



Mesa Redonda con Jorge Danós Ordóñez(*)
Juan Carlos Morón Urbina(**) Ramón Huapaya
Tapia(***) Richard Martín Tirado(****)

Temas sobre **Derecho Administrativo Económico** y el Régimen de Concesiones en nuestro país(*****)

El rol del Estado en la economía ha sido -y probablemente siempre será- uno de los temas más controvertidos de la disciplina del Derecho Administrativo, aunque, definitivamente, se trata de una cuestión cuyos alcances rebasan el análisis estrictamente jurídico. En efecto, a lo largo de los años, hemos podido apreciar cómo, de acuerdo con determinadas políticas de gobierno, ciertas formas de intervención estatal se han visto fortalecidas en desmedro de otras y viceversa.

En esta oportunidad, cuatro expertos en la materia nos comentan su posición respecto de diversos temas en relación con el Derecho Administrativo Económico y el Régimen de Concesiones en nuestro país, esperando aportar, a partir de su reflexión, algunas ideas claves sobre estos controvertidos temas.

1. La intervención del Estado en la economía se ha manifestado a lo largo del tiempo a través de distintas formas (actividad prestacional, actividad de fomento, actividad reguladora, etcétera). En ese sentido, en nuestro ordenamiento jurídico vigente, ¿cuál considera que es la principal forma de intervención del Estado en la economía?

Jorge Danós Ordóñez (JDO): Ante todo muchas gracias y, por mi parte, mi felicitación a IUS ET VERITAS por su preocupación para generar este

-
- (*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho Administrativo. Profesor de diversos cursos de Derecho Administrativo en dicha casa de Estudios. Socio de Estudio Ehecopar Abogados.
- (**) Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Especialista en Derecho Administrativo. Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Estudio Ehecopar Abogados.
- (***) Abogado por la Universidad de Lima. Profesor de Derecho Administrativo Económico en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima.
- (****) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Administrativo en dicha casa de Estudios.
- (*****) La presente Mesa Redonda fue realizada por Natalia Mori Torres, Carlos Ríos Pizarro y Sergio Cueva Chauca, miembros de la Asociación Civil IUS ET VERITAS. Agradecemos a Estudio Ehecopar Abogados por la amable cesión de un espacio para llevar a cabo su grabación.

Temas sobre Derecho Administrativo Económico y el Régimen de Concesiones en nuestro país

espacio de debate sobre temas muy importantes, como lo es el de la intervención del Estado en la economía.

Si la pregunta consiste en determinar cuál es la principal forma de intervención estatal, podríamos tener, dependiendo de las perspectivas desde que se analice, distintas respuestas. En primer lugar, si se trata de definir cuál es la forma de intervención más extendida, nos estaríamos refiriendo al poder de policía que constituye la actividad administrativa más común que se manifiesta, como todos sabemos, en el otorgamiento de licencias, autorizaciones, permisos, que tienen por finalidad comprobar que la actuación de los privados se dé sin afectar los intereses de la colectividad en ejercicio de su derecho a la iniciativa privada.

Complementariamente a otras, se encuentra la potestad de fiscalización o supervisión (verificación del cumplimiento de las normas) y la potestad sancionadora, muy en boga, acompañada de medidas correctivas y otras disposiciones por parte de la Administración para revertir determinadas inconductas de los administrados.

Además de las ya mencionadas potestades, diría que, en segundo lugar, hay una potestad en sentido amplio, que es la de *regulación*, no la regulación económica específica de servicios públicos de infraestructura, sino la regulación como la potestad del Estado de establecer el régimen jurídico aplicable a un determinado tipo de actividad económica por diversas razones, pero siempre en tutela de intereses públicos (seguridad, medio ambiente, salud, etcétera). La regulación, diría que es, entonces, la segunda potestad más extendida y, sin embargo, la que más se ha estudiado en los últimos años, dado que es una técnica que se importa en la época de los noventa con las privatizaciones y que además incide sobre un aspecto muy importante en la economía que es la regulación económica, aplicada a los servicios públicos y concesiones de infraestructura.

Esta última técnica tiene que ver con aquellos casos en los que se presta servicios o desarrolla infraestructuras con bienes escasos, cuando hay monopolio natural y el precio se forma en el mercado. En estos supuestos, el Estado interviene para generar condiciones de competencia, para establecer la tarifa que no puede ser fijada por libre juego de oferta y demanda. Finalmente, es cierto que históricamente en todos los países ha dependido de la evolución política, social, económica, en cada

sociedad, en cada contexto, para ver cuáles son las formas de intervención principales. En algún momento ha sido el fomento, en otros la prestacional y en este momento, aparte del poder de policía, la regulación en términos amplios, viene a ser una de las más llamativas en los últimos veinte años.

Juan Carlos Morón Urbina (JCMU): Ante todo, muchas gracias por la invitación. Quisiera empezar, en primer lugar, con una reflexión. La identificación de estas actividades (la prestacional, la de fomento, la de ordenación, la de policía, la de regulación) obedecen a categorías académicas o doctrinarias pero que en la práctica están bastante intercambiadas y matizadas, de tal suerte que cuando el Estado quiere atender un servicio público o un problema específico (seguridad, por ejemplo) tiene que recurrir a una o más de esas técnicas y, probablemente, en el tiempo reemplazarlas a medida que identifique cuál sea más exitosa. En ese sentido, la distinción yo la haría en cuanto a qué actividad es la más relevante para obtener el resultado buscado por el Estado. Y la verdad, no podría decir que existe una más importante que otra.

Lo que nos interesa es que, en un contexto determinado o en una realidad económica específica, el Estado produzca la mayor satisfacción de intereses en aras del interés colectivo. Lo que ha sucedido en los últimos años es que las actividades han estado condicionadas por ciertos factores ideológicos. En efecto, en los últimos años se ha huido, se ha satanizado la actividad de policía y de prestación, confundiéndolas con un estado de arbitrariedad. Así, pasamos a un Estado que cuestionó la actividad prestacional, como si fuera *per se* mala y que se retrajo a ser de fomento y muy poco interventor por un condicionamiento ideológico. Como consecuencia de ello, algunos sectores han logrado avanzar, pero otros no han logrado el progreso necesario. Para tales efectos,



Mesa Redonda con Jorge Danós Ordóñez, Juan Carlos Morón Urbina, Richard Martin Tirado y Ramón Huapaya Tapia

probablemente sea necesario complementar distintas actividades entre sí. Se torna así relevante la decisión del gobierno para utilizar la técnica adecuada en el momento adecuado y saber cuándo puede reemplazarla: tanto Estado como sea necesario y tan poco como sea posible. Lo que importa es que resulte exitoso. Esta es la medida en que, creo, deberíamos entender a estas actividades. No pensar *per se* que son buenas, malas, mejores o peores. En la Universidad siempre lo conversamos con los alumnos, estas son técnicas instrumentales, al servicio de principios o valores superiores, por lo que no debemos tampoco satanizarlas.

Richard Martin Tirado (RMT): Agradezco la oportunidad a IUS ET VERITAS. Ahora bien, creo que antes de entrar a conversar sobre la forma de intervención del Estado más notoria en estos momentos, hay un tema previo. El solo hecho de preguntarnos por la intervención del Estado en la economía plantea la ruptura de un paradigma, sobre todo la ruptura de un paradigma liberal, que es la tesis de la no intervención del Estado. El solo hecho de plantearnos si el Estado debe intervenir ya es, como diría Ariño, preguntarnos por la función del Estado que, como bien señala dicho autor, tiene una función ordenadora y correctiva en la actividad económica. Creo que eso es importante para analizar cómo se manifiestan las diversas formas de actuación estatales. No diría que hay actividades más importantes que otras.

En ese sentido, creo, como dice Juan Carlos, que todas son clasificaciones ideadas desde la doctrina pero que son justamente instrumentales porque hace treinta, cuarenta años no hablábamos de esta forma de actuación y el Estado y su evolución histórica ha sentido la necesidad de adoptar determinados tipos de conductas, que hoy las clasificamos en actividad prestacional, empresarial, sancionadora, regulatoria, etcétera; pero que en su momento, por un tema casi de espontaneidad, de rol básico del Estado, las tenía que desarrollar el Estado. En la lógica del Estado Básico, seguramente el rol del Estado se reducía a proteger las libertades, la propiedad y la seguridad. Pero ese contexto ha evolucionado en el tiempo y hoy el Estado se encuentra con una variedad de opciones. Y es por ello que hoy en día todas las formas de actuación son absolutamente instrumentales pero algunas son más notorias en el tiempo que otras.

De los noventa en adelante, quizá se ha exacerbado con mayor intensidad la actividad prestacional del Estado y la

posibilidad de que el Estado tenga la gestión indirecta de esta actividad prestacional a la luz de un nuevo concepto de servicio público y aparezcan entidades como los organismos reguladores para no abandonar al viejo Estado sino recrear una función del Estado, que es la función reguladora. Pero lejos de que esto signifique una ruptura con lo tradicional, esto también ha fomentado un nuevo enfoque de las formas de actuación. Creo que ya no podemos seguir hablando de formas tradicionales de actuación. Hace poco el poder de policía se ha tenido que actualizar. Las políticas de conducta ya no son las de hace treinta años. Disposiciones tan absurdas como las que señalaban que “no podías tener una botica a menos de 100 metros”, constituían una forma de proteger la actividad económica. Hoy en día eso es absolutamente insano. Hoy, por el contrario, se busca incentivar la formación de actividades económicas. Entonces, si se dan cuenta, las formas de actuación del Estado en la economía finalmente terminan actualizándose a la luz de los tiempos por lo que creo que hay un sentido instrumental en la forma de actuación.

En este sentido, no hablaría de formas más importantes de intervención estatal, sino, más bien, de formas complementarias unas a otras. Sí rescataría, en el país, los últimos veinte años donde particularmente ha habido un uso más adecuado de las técnicas prestacionales y una suerte de retroceso de la actividad empresarial del Estado. Vamos a ver qué ocurre de aquí en adelante. Pero de alguna manera lo que está en pie del debate es el carácter totalmente instrumental y complementario del Estado y su forma de acción.

Ramón Huapaya Tapia (RHT): En mi perspectiva, coincido con lo señalado por el profesor Danós, en que el eje central de la intervención se da sobre la actividad de policía administrativa y la tendencia a usar el término anglosajón de la “regulación”

Temas sobre Derecho Administrativo Económico y el Régimen de Concesiones en nuestro país

de las actividades de los particulares, no solamente en lo que se refiere a la regulación económica (de monopolios naturales, infraestructuras y servicios públicos, así como de actividades de interés general) y a la regulación de riesgos. Sin embargo, no hay que plantearlo en términos de cuál es la “principal forma” sino de entender que el rol actual del Estado, planteado desde la Constitución de 1993 y la legislación de desarrollo constitucional, es un Estado subsidiario, a la vez que “vigilante” o “regulador” de las actividades económicas, con lo cual se potencian los mecanismos ordenadores y correctivos del mercado, mientras que se reducen los ámbitos prestacionales y empresariales, aunque, esto está empezando a cambiar en otras experiencias cercanas. La idea es buscar un equilibrio porque si bien es cierto existe un Estado enfocado en regular, también es un Estado social, que reconoce la existencia de ciertas prestaciones y servicios a cargo del Estado que no pueden desconocerse porque también tienen base constitucional. De tal manera que la base es el ámbito de ordenación, aunque también no hay que descuidar el eje prestacional y de servicios sociales, ámbitos éstos que también pertenecen al derecho administrativo económico.

2. En nuestro ordenamiento jurídico no existen parámetros uniformes que determinen un concepto unívoco de servicio público, sino que existe legislación dispersa que califica a determinadas actividades como servicios públicos. En ese contexto, en su opinión, ¿cómo se debe entender al servicio público actualmente? Y, ¿cuáles son los problemas que la falta de parámetros uniformes implica para la delimitación del concepto de servicio público y los supuestos sobre los cuales debe operar el mismo?

RMT: Hay que dejar de pensar que el legislador formal (el Congreso) es el único llamado a declarar, darle contenido y legalidad, a través del procedimiento conocido como *publicatio*, a un servicio público. Por lo menos, en el Derecho peruano, esa no ha sido la ruta más adecuada para construir un concepto de servicio público. De hecho, en sucesivos decretos de urgencia y en la jurisprudencia se han ido construyendo y regulando

los vacíos que lamentablemente el legislador no ha sabido -o no ha querido- desarrollar en materia de definición del concepto de servicio público.

Sin embargo, el tema nos plantea aristas más complejas porque ya en otros países se ha planteado el debate sobre qué actividades constituyen un servicio público y su clasificación y siempre han habido dos tendencias confrontadas. Por un lado, se postula la tesis del número *clausus* de actividades que deben ser calificadas como servicio público. A esta tendencia siempre se le ha cuestionado que el establecer un número *clausus* puede significar ser absolutamente excluyentes de algunas actividades que merecen ser clasificadas como servicio público. Por otro lado, hay quienes postulan que el servicio público debe ser clasificado en cada situación concreta y definido bajo otros esquemas o parámetros. Ambos extremos parecen complejos: si dar una ley que establezca todos los servicios públicos o dejar al libre albedrío del legislador en cada oportunidad que clasifique a una actividad como servicio público.

Así, me parece que es importante ir construyendo parámetros que vayan definiendo un concepto de servicio público para no depender de esa suerte de absolutismo legislativo que bajo calificaciones arbitrarias termina definiendo una actividad como servicio público. Lamentablemente, estamos expuestos a una suerte de “resaca legislativa”, donde en función de cómo amaneció el legislador, se califica una actividad como servicio público. Y ya hemos visto que hay una serie de actividades de interés general sobre las cuales no tenemos justificación para explicar por qué en un caso califica como servicio público y otros casos no. Sin embargo, se ha ido avanzando mucho. Se ha ido abandonando el concepto subjetivo de servicio público hacia un concepto más



Mesa Redonda con Jorge Danós Ordóñez, Juan Carlos Morón Urbina, Richard Martin Tirado y Ramón Huapaya Tapia

prestacional. Y creo que ese enfoque es el que nos permitirá acercarnos más a las directivas de la Unión Europea, a saber, un servicio público universal con determinados parámetros de regulación. Creo que hacia ahí está la tendencia y hacia allí deberíamos ir construyendo el concepto de servicio público en el caso peruano. Ciertamente, la legislación interna no está ayudando. Es sumamente dispersa. Hay algunas excepciones, alguna norma que construye categorías alternativas al servicio público tradicional, pero ciertamente el desarrollo mayoritario a nivel legislativo no se ha dado y creo que en ese tema el Tribunal Constitucional, así como la legislación administrativa ha ido dando algunos parámetros, sobre todo en cuanto a los elementos tipificantes del servicio público. Por tanto, creo que se ha avanzado, pero que deberíamos, finalmente, quitar el dogmatismo, el absolutismo del legislador para calificar, sin ningún tipo de sustento o contenido, una actividad como servicio público.

JDO: Hay dos formas de contestar esta pregunta. Una específica y otra con algunas reflexiones. Primero, ¿qué debe entenderse por servicio público actualmente? En el concepto de servicio público hay dos aspectos importantes, quizá tres: uno *material* que es lo que el Dr. Martin dijo, consistente en el carácter esencial de la actividad: se trata de una actividad que los poderes políticos determinan que es esencial para la sociedad. Las razones históricas en este momento no vienen al caso. Y un segundo tema es el *formal*: requiere de norma legal, que tradicionalmente se ha entendido en el Perú, es norma legal nacional, no vía ordenanza sino vía norma legal nacional. Hay un tercer requisito que algunos discuten, que se trata de la titularidad estatal. Como el Dr. Martin antes comentó, el énfasis de que sea de titularidad estatal no debe dejar de lado el tema sustantivo, que es el carácter esencial de la actividad. Algunos señalan que esto puede ser incompatible porque el Estado es prestador y ello no es cierto. La titularidad estatal, como dice la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el caso del medio pasaje, puede existir, pero lo cierto es que ello no hace al Estado necesariamente prestador porque allí opera el principio de subsidiariedad.

Ahora bien, ¿qué implica jurídicamente ser un servicio público? A la luz de la jurisprudencia del Tribunal, implica la sujeción a un régimen legal que se estructura en base a un conjunto de principios (establecidos, por ejemplo, en el caso del medio pasaje), tales como: generalidad, igualdad, regularidad, continuidad; a los que la doctrina añade la actualización

tecnológica. Son estos principios básicos los que caracterizan al servicio público debido a su carácter esencial. Y estos principios obviamente no están consagrados uno tras otro en una norma. No creo que ello sea indispensable porque la tónica en nuestro país ha sido que esto debe desarrollarse en las normas legales correspondientes, donde podremos encontrar la regulación de este común denominador de servicio público.

Otro tema que cabe preguntarse es, ¿por qué hay servicio público? El concepto tiene su por qué ya que en un momento determinado, en Europa por ejemplo, las Cartas no usan el concepto de servicio público. No todos los países han tenido el concepto de servicio público. No lo ha tenido Alemania, no lo ha tenido Inglaterra. Allá quizá el concepto más parecido es “servicio privado de interés público”. Y, sin embargo, la sociedad lo sigue usando, los libros lo siguen usando. Los profesores lo siguen usando. Pero la legislación a nivel supranacional europea no. Entonces, ¿Qué es lo que nos quieren indicar? ¿Es indispensable o no? Y eso depende del nivel de desarrollo y del nivel de competencia. Hay ciertos países donde un servicio deja de ser servicio público (o servicio privado de interés público) porque hay suficiente competencia. ¿Qué se quiere garantizar por vía del servicio público? Es un régimen jurídico para que el Estado garantice la prestación de actividades esenciales de la población. Es para ello que se le sujeta a un régimen especial compuesto por ese conjunto de principios. ¿Por qué existe el servicio público? Porque los ciudadanos en la vida actual no pueden desarrollarse sin tener esas prestaciones. El hecho de vivir en ciudades nos ha hecho interdependientes, nos ha dificultado que podamos ser autosuficientes para obtener la energía, el agua, para poder comunicarnos. Por eso es que ese conjunto de situaciones son identificadas por los poderes políticos y tipificadas como “servicio público” para que el Estado cumpla un determinado rol

Temas sobre Derecho Administrativo Económico y el Régimen de Concesiones en nuestro país

que no es prestarlo, sino garantizar, en buena cuenta, que los ciudadanos puedan acceder a ellos.

Hay un último aspecto con el cual concluyo. Los servicios públicos, son uno de los elementos indispensables para garantizar, en buena cuenta, el equilibrio social. Ese rol social del Estado, en una economía social de mercado, se cumple fundamentalmente a través de los servicios públicos que son esenciales porque permiten a los ciudadanos contar con un mínimo de condiciones básicas para garantizar igualdad de oportunidades. Ese rol social del Estado en el régimen económico se manifiesta principalmente en el tema de servicios públicos, porque permite que los ciudadanos puedan acceder a ese mínimo de condiciones esenciales básicas que garantizan un mínimo de base de igualdad de oportunidades de desarrollo. Ese es el rol del Estado. Este elemento social muchas veces se pierde en los servicios públicos, lo cual no implica necesariamente que el Estado tenga que prestarlo, insisto. Tenemos siempre que leerlo con el principio de subsidiariedad.

JCMU: Para comprender el tema del servicio público es necesario partir de una noción un poco más general. Recordemos que nuestra disciplina, el Derecho Administrativo, se ha desarrollado en base a conceptos jurídicos indeterminados definidos en la práctica. Así, nuestra disciplina ha crecido y se ha desarrollado a través de diversos títulos de intervención que constituyen conceptos jurídicos indeterminados que han permitido a la Administración Pública intervenir en diversos ámbitos que originalmente son privados. Una primera categoría es el interés público, los bienes de dominio público, el servicio público y muchas otras denominaciones que llevan el apellido *público*, que han permitido a la Administración regular temas de interés general.

Ahora, ¿cuál es el contenido de cada uno de ellos? Ello es difícil de determinar *a priori* porque cada país, cada realidad, los desarrolla a partir de sus propias necesidades. Lo que sucede en nuestro país es que el tema de servicio público ha sido jurídicamente bastante mal tratado. Yo siempre pongo la propia Constitución como ejemplo. Si uno mira la Constitución, la palabra *servicio público* aparece en dos artículos: el artículo 119 y el 58. El primero dice que: “La dirección y la gestión de los *servicios públicos* están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo”, como si cada ministro fuese titular

de un servicio público cuando hay muchos ministerios que no tienen un servicio público a su cargo. Así, desde la propia Constitución el servicio público se asimila casi a la función pública. Por otro lado, el artículo 58 de la Carta Magna, referido a la economía social de mercado, señala que “la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, *servicios públicos* e infraestructura”, como si la educación o la salud no fueran servicios públicos. Entonces, si desde la propia Constitución tenemos ese déficit de implementación, nuestra legislación sigue esa corriente.

Ahora, yo me atrevo a recordar, a veces regresando un poco a los principios, ¿por qué surgió la noción de servicio público? La noción originaria de servicio público nació con la idea de la *publicatio*. Después entró en crisis el concepto pero partía de la premisa de que el Estado podía determinar en qué materias intervenía y en qué materias era titular, incorporando un mercado a su patrimonio, asumiendo dicha titularidad.

Que lo ejerciera directamente mediante la prestación directa del servicio o lo trasladase a privados mediante la concesión, es una cuestión de estrategia, pero la responsabilidad por esa actividad recae en el Estado. La noción originaria de servicio público surgió precisamente para diferenciarlo de los servicios privados. Mientras que éstos se manejan espontáneamente, el Estado titulariza el servicio público a través de una calificación determinada de una actividad. Claro, ya con el tiempo la noción de *publicatio* se ha ido diluyendo y ahora el servicio público es entendido como una serie o conjunto de actividades esenciales, como el Dr. Danós ha resaltado, que tienen una serie de atributos (de continuidad, vinculados con el desarrollo,



Mesa Redonda con Jorge Danós Ordóñez, Juan Carlos Morón Urbina, Richard Martin Tirado y Ramón Huapaya Tapia

con el tema de la progresividad), pero cada día es más tenue su categorización y virtualmente nos estamos quedando con que servicios públicos son los regulados por el Estado a través de los Organismos Reguladores. Creo que a partir de ahí tenemos un mínimo común que deberíamos desarrollar. Pero ciertamente es un déficit en nuestra legislación que no apuntala bien la identificación de servicio público, ni es desarrollado jurisprudencialmente.

RHT: Hay una frase famosa del catedrático español José Luis Villar Palasí, en un prólogo a un libro clásico de José Luis Meilán Gil, que señalaba lo siguiente: “Como el *Matías Pascal* de Pirandello, el servicio público, una de las pocas cosas, es más, tal vez la única cosa que sabe de sí mismo, es que se llama servicio público⁽¹⁾”. Definir un concepto constitucional del servicio público en nuestro país es inviable actualmente, por la inexistencia de datos sólidos o de base constitucional. Tenemos jurisprudencia del Tribunal Constitucional (la sentencia del caso “medio pasaje”, Expediente 034-2004-AI), pero que no desarrolla un concepto “constitucional” del servicio público, o al menos no lo deriva de un artículo constitucional específico como bien se ha señalado. Es más, la propia Constitución es ciertamente contradictoria como bien lo ha señalado el profesor Morón, ya que de un lado propone un concepto amplísimo de los “servicios públicos” como lo hace en el artículo 119, mientras que en el segundo párrafo del artículo 58 pareciese que lo empleara en un concepto más económico, más vinculado al marco de lo que los franceses llaman “servicios públicos económicos o infraestructurales”. En tal sentido, sin marco constitucional conceptual, es muy difícil llegar a un concepto legal de servicio público. Ante dicho dilema yo considero que el servicio público en nuestro ordenamiento es un régimen jurídico, un concepto objetivo, que es fijado por el legislador, pero atendiendo a la esencialidad de ese servicio para la comunidad, circunstancia que hace necesario que se preste en condiciones de calidad, regularidad, continuidad, acceso universal, igualdad y progresividad. Esto desde el punto de vista jurídico, y desde el económico y técnico, deben tratarse de monopolios naturales o actividades que tienen un fuerte soporte de infraestructuras de red, y asimismo, ser servicios que tienen una fuerte demanda por parte del público, motivo por el cual la prestación de estos servicios debe ser regulada o controlada por la Administración

con un régimen jurídico especial, vale decir, el régimen del servicio público. Pero esto no significa que haya *publicatio* o reserva al Estado del servicio, el servicio público ya dejó de ser un concepto “subjetivo” o una tarea reservada a la Administración (como bien lo ha hecho notar también el profesor Víctor Baca en nuestro país), sino que se trata de una actividad sujeta a un régimen jurídico especial por su esencialidad, sujeta al derecho público, pero que ya no es parte de los cometidos básicos prestacionales de la Administración, la cual pasa a ser ahora un *comptroller* de la prestación, a través de los Organismos Reguladores.

En los últimos años, han podido configurarse la figura de los servicios esenciales económicos en nuestro país, los cuales pueden vincularse a los servicios de energía eléctrica, telecomunicaciones, agua y saneamiento, gas natural por red de ductos y los servicios postales. Más polémico es que el Estado haya considerado como servicio público a la educación básica regular (que es un servicio público social, no económico) o al transporte aéreo de pasajeros, y que por otro lado, deje fuera de dicha calificación al transporte público de pasajeros (urbano, rural e interprovincial). Sin embargo, ello no obsta para señalar que con los bemoles antedichos, es posible aislar e identificar a los “grandes servicios públicos” de ámbito nacional.

Por último, es necesario teorizar sobre el servicio público local. La Constitución los contempla (artículo 195) como servicios reservados a las municipalidades, donde puede afirmarse que estamos frente a servicios sujetos a *publicatio* y que son parte de las tareas esenciales de los gobiernos locales. Lamentablemente en nuestro país no se les ha prestado mayor atención teórica.

(1) Confróntese VILLAR PALASÍ, José Luis. Prólogo a MEILÁN GIL, José Luis. *La cláusula de progreso en los servicios públicos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968. p. XVI.

3. Al igual que en el caso del servicio público, nuestro ordenamiento no contiene un concepto uniforme de la concesión, sino que su naturaleza jurídica varía dependiendo del sector de que se trate. En este sentido, ¿cómo debe concebirse a la concesión y cuáles serían sus principales características? Asimismo, ¿cómo debe entenderse el régimen general (nivel nacional) de concesiones de nuestro país, considerando el Decreto Supremo 059-96-PCM y el Decreto Legislativo 1012?

JCMU: La concesión usualmente es un título que le permite al Estado trasladar al agente privado una serie de responsabilidades públicas. Se manifiesta a veces bajo la forma de un acto administrativo, como en algunos sectores como energía por ejemplo; y en otros casos se manifiesta bajo forma contractual que es, digamos, la parte más desarrollada y donde se intenta que la concesión vaya a desarrollarse bajo esta forma para hacerla más igualitaria, mas paritaria, mas reciproca de alguna manera con cláusulas de compromisos bilaterales (el Estado y el privado). Pero básicamente, es un título que le permite al privado ejercer y trasladar la competencia preponderante del Estado, bajo la idea de un Estado vigilante de esta actividad cedida.

JDO: Observo que hay dos preguntas. Una que es la que ha referido el doctor Morón, que es cómo debe concebirse a la concesión y coincido plenamente. La concesión es un instrumento, un título mediante el cual el Estado delega u otorga la gestión o explotación, ya se trate de una actividad o de un bien público o de dominio público, como el caso de los recursos naturales. Esa es la concesión. No hay un régimen general, es complicado que lo haya. En el Perú no tenemos uno. Aparte, como bien se ha señalado, no toda concesión es un contrato. Este es un tema muy importante. Como se ha dicho ya, la concesión no es el único título mediante el cual el Estado promueve la inversión privada en servicios públicos. Todos sabemos que son diversas modalidades reguladas (asociación en participación, *joint-venture*, y otras más).

En cuanto a la segunda pregunta, ¿cuál es la relación entre el Decreto Supremo 059-96-PCM (en adelante, DS 059) y el Decreto Legislativo 1012 (en adelante, DS 1012)? El 059 es una norma de procedimiento en la práctica. Carece de todo contenido sustantivo porque básicamente en cuanto al contenido del contrato remite a lo que establezca ProInversión o el órgano de administración correspondiente. Y como bien sabemos, tanto el DS 059, como el Decreto Supremo 060-96-PCM, regulan la promoción y, principalmente, las concesiones en servicios públicos de infraestructura sin perjuicio de las normas sectoriales. Es, entonces, una norma que sirve de ómnibus para normas sectoriales que se aplican preponderantemente en esta materia también, como ocurre en concesiones eléctricas o en comunicaciones.

Más interesante, es el DS 1012, porque éste regula Asociaciones Público-Privadas (en adelante, APP) y regula el tema de iniciativa privada. Y más allá de que no es el caso en este momento hablar de las etapas del proceso de promoción (una primera etapa básicamente de privatización, luego de concesiones y luego iniciativas privadas y APP, que son las tres grandes etapas); es interesante analizar cómo el DS 059 y el DS 1012 se han articulado. Ello pues, el DS 1012 regula uno de los mecanismos de iniciativa privada pero también las APP. La APP no es un contrato que tiene una configuración propia, sino que descansa en los otros contratos, como la concesión. Sin embargo, hoy día tengo la impresión de que cualquier proceso de promoción de la inversión privada de cualquier nivel tiene que pasar primero por el DS 1012 para determinar si estamos ante una cofinanciada o una autofinanciada o si tiene garantía o no, para saber cuál es el procedimiento aplicable, ya que debe pasar primero por el DS 1012 y luego ver si resulta aplicable el DS 059 y, complementariamente, pueden aplicarse algunas normas del DS 1012, porque para



Mesa Redonda con Jorge Danós Ordóñez, Juan Carlos Morón Urbina, Richard Martin Tirado y Ramón Huapaya Tapia

que sea APP (que es un término genérico para comprender estas diversas formas de intervención) y, por tanto, se regule solo por el DS 1012 o no sea APP y se regule por el DS 059 por decirlo en términos genéricos.

Sin embargo, hay normas del DS 1012 que también son aplicables al DS 059, en temas tales como las restricciones para poder firmar adendas, las prohibiciones para el arbitraje en decisión de los reguladores y otra serie de normas que tienen una amplitud general, que no se circunscriben solamente al DS 1012. Ello está operando así en la realidad y lo podemos ver, por ejemplo, en la página web de OSITRAN. Esto, finalmente, me lleva a una preocupación, que es la falta de sistematización de la normativa. Probablemente, más que una regulación general de servicios públicos en las concesiones, hace años que en el Perú hace falta una regulación general de promoción de la inversión privada en el sector público. Es un poco complicado me imagino en el contexto actual. Me queda claro que el DS 1012 responde a una lógica de resguardar y ser cauto en el uso de los recursos públicos para cofinanciar concesiones. Ese es el objetivo fundamental.

RMT: Coincido con que la concesión es un título habilitante que permite desarrollar una serie de tareas que en principio el privado está vetado de realizar. Yo entiendo la concesión desde una triple dimensión: como procedimiento, acto y contrato. Desde ese punto de vista, creo que hay que enfatizar el carácter *adjetivo* de la concesión. Tal como está regulada actualmente en el régimen general en nuestro país, la concesión es un procedimiento especial sujeto a determinadas reglas que deben ser evaluadas no en un contexto estrictamente jurídico. Es un negocio sometido a regulación.

A diferencia de otros mecanismos tradicionales de contratación como es el caso de las contrataciones del Estado donde *ex ante* está garantizado el financiamiento del proyecto y no puede haber ningún proyecto fuera del Plan Anual de Contrataciones, el cual es absolutamente controlado, en el caso de las concesiones la lógica del negocio implica desarrollar desde el comienzo un procedimiento destinado a la selección de un concesionario estatal cuyas tareas van a empezar recién desde la adjudicación de la buena pro, a diferencia de lo que ocurre con la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE), porque recién con la adjudicación se va tener un título firme que le va permitir a ese adjudicatario salir al mercado a buscar el financiamiento para su proyecto, que se caracteriza

por carecer de este mecanismo desde el inicio de su esquema de organización. Así, la concesión es un procedimiento que requiere ser visto como un negocio y no con la rigidez de la LCE. Esa es la razón por la que alguna de las etapas del procedimiento de otorgamiento de la concesión no están vinculadas a plazos legales. Por ejemplo, el cierre de la concesión es un fenómeno estrictamente económico que responde a factores extralegales. Tiene sus propias reglas y plazos, la lógica de su desarrollo es especial.

Por otra parte, no se podría entender la naturaleza jurídica de la concesión como acto si no se entiende que el desarrollo del procedimiento conduce al acto administrativo de adjudicación de la buena pro mediante el cual, técnicamente el Estado acepta una oferta presentada por un postor, de modo que se forma el *contrato* pero no se formaliza porque si bien hay un acuerdo de voluntades entre ofertante y el Estado, no hay formalización. En efecto, los que forman el contrato no son los sujetos que van a formalizar el contrato -por lo menos en el régimen general-, ya que quienes van a ser los contratantes son el Estado y la sociedad concesionaria (no el adjudicatario). Por ello, podemos afirmar que la concesión tiene una triple identidad (procedimiento, acto y contrato) que no puede ser desligada una de otra.

Por otro lado, la concesión ha atravesado un proceso de evolución. La concesión que hemos conocido a inicios de los noventa es la concesión típica o tradicional que establece su mecanismo de recupero a través de los usuarios. Desde ese punto de vista, la concesión no necesitaba más mecanismo normativo que el Decreto Supremo 059-96-PCM y el Decreto Supremo 060-96-PCM. Sin embargo, llegan momentos en que no todo proyecto puede justificar su recupero de inversión a través del pago de usuarios. Se empieza a pensar, en mecanismo alternativos que permitan el repago de la inversión

Temas sobre Derecho Administrativo Económico y el Régimen de Concesiones en nuestro país

desarrollada por el concesionario. Surge así, la concesión *cofinanciada*, los esquemas que son el paso previo del umbral que después ha dado lugar a las Asociaciones Público Privadas (en adelante, APP).

Cuando el sistema de recupero no ha tenido capacidad de respuesta se empieza a cuestionar el concepto tradicional de concesión. El Decreto Supremo 059-96-PCM responde a un esquema clásico de modalidades de concesión pero no tiene una respuesta cuando el Estado empieza a sustituirse en el pago de la contraprestación a los concesionarios. Entonces, el Decreto Legislativo 1012 surge como una especie de cajón de sastre para los fenómenos que no podían calificarse como concesión.

Hoy en día están conviviendo el Decreto Supremo 059-96-PCM y el Decreto Legislativo 1012 que no lo deroga, sino que reconoce que opera para determinados supuestos. Así, tenemos un régimen de convivencia de ambas normas donde básicamente el Decreto Supremo 059-96-PCM es la respuesta a los mecanismos que se desarrollen por concesiones en un ámbito tradicional y ante las nuevas formas o formas no convencionales donde viene participando el modelo de concesiones y donde no se encuentran respuestas en dicha norma, es aplicable el Decreto Legislativo 1012.

Ante ello, surge la pregunta de si la concesión es el género o la especie. La concesión es un tipo de APP porque la APP hoy en día regula todas las operaciones donde participa el Estado vía promoción de la inversión privada y donde no se hace mayor problema, por ejemplo, por los mecanismos de pago al inversionista que ha desarrollado su proyecto. Entonces, hay una razón de complementariedad entre ambas normas. Donde haya mecanismos de respuesta directa, vamos a seguir aplicando el Decreto Supremo 059-96-PCM, donde no tengamos mecanismos de respuesta directa para justificar algunas actividades del Estado, es más fácil irnos por el Decreto Legislativo 1012. De alguna manera son mecanismos complementarios.

Por tanto, no debe quedar dudas que estamos ante una naturaleza tripartita de la concesión como procedimiento, acto y contrato y que, por otro lado, las concesiones desde un punto de vista histórico se complementan con el nuevo esquema de APP por lo que no debe ser vistos como enemigos íntimos, sino como mecanismos complementarios.

RHT: Coincidiendo con la innovadora triple perspectiva del profesor Martin, yo la complementaría señalando que no existe un concepto unívoco de concesión en nuestro ordenamiento jurídico, sino que existirían concesiones de servicios públicos, obras públicas de infraestructura, de recursos naturales y de funciones públicas. Existiría un cuádruple ámbito de acción de la concesión, entendida desde una perspectiva general como un título habilitante que transfiere el ejercicio o gestión de funciones, bienes o tareas propias de la Administración Pública.

Sin embargo, en el Perú, el marco legal de la concesión muchas veces no se condice con el concepto teórico de las mismas. Así, es posible entender el esquema señalado por el Dr. Martin, ya que por ejemplo, la concesión puede enfocarse como un procedimiento administrativo (sea por licitación como ocurre en los realizados al amparo del DS 059-96-PCM, o procedimientos a pedido de parte como pasa en las concesiones sectoriales), como un acto administrativo (como lo establecen los marcos sectoriales y el propio Reglamento del TUO de concesiones, el Decreto Supremo 060-96-PCM) y como un contrato, de naturaleza eminentemente administrativa. En tal sentido, existe un procedimiento formativo de las concesiones, estas se otorgan por acto administrativo y luego se celebra un contrato en función al cual se reparten tareas y responsabilidades entre el Estado y los particulares. Ahora bien, lo que faltaría sería teorizar sobre la concesión en nuestro medio, que tiene una realidad normativa muy diferente a lo que sucede en experiencias de derecho administrativo cercanas como Argentina, Chile o España, ya que conviven “varios” conceptos de concesión.

En lo que se refiere al tema de la “convivencia” de los regímenes del Decreto Supremo 059-96-PCM y el Decreto Legislativo 1012, yo



Mesa Redonda con Jorge Danós Ordóñez, Juan Carlos Morón Urbina, Richard Martin Tirado y Ramón Huapaya Tapia

creo que se trataría de dos “versiones” del régimen legal de concesiones de servicios públicos y obras de infraestructura. Usando una analogía informática, el DS 059-96-PCM sería un modelo “1.0” de concesiones, que se empleó exitosamente para varios casos, como el de la concesión del aeropuerto Jorge Chávez, la red vial 5, la red vial 6, la línea de transmisión Mantaro-Socabaya, entre otros procesos, y con flexibilidad tal que hasta permitió la inclusión del germen de las APP a partir de la entrega de concesiones cofinanciadas como las concesiones de los tramos de la carretera Interoceánica y del eje IIRSA Norte. Sin embargo, la necesidad de mejorar el tema de las concesiones cofinanciadas y el régimen de iniciativas privadas, hizo necesario adoptar un modelo de concesiones revisado y diferente en algunos aspectos puntuales del anterior, que es el modelo de concesiones que usan el Decreto Legislativo 1012, bajo la modalidad de asociaciones público-privadas, que sería un modelo “2.0” de concesiones. En tal sentido, el modelo del Decreto Legislativo 1012 se integra y complementa con la versión 1.0 aprovechando sus ventajas y corrigiendo algunos aspectos puntuales de la “primera versión”.

4. El artículo 60 de la Constitución Política de 1993, a diferencia de la de 1979, establece límites específicos al desarrollo de la actividad empresarial del Estado. En consideración a ello, ¿cómo debe concebirse a la empresa estatal, cuál es su función y principales diferencias de las empresas privadas? Por otro lado, ¿es posible concebir a la empresa estatal como una opción para la gestión directa de servicios públicos?

JDO: La empresa estatal, conforme a nuestro diseño constitucional del régimen económico de la carta de 1993, es un instrumento para la satisfacción de necesidades públicas en los casos donde no exista oferta privada o habiéndola ésta sea insuficiente, en la prestación de bienes o servicios indispensables para la población (no de tareas administrativas o públicas del Estado). Para que haya empresa del Estado tiene que haber necesidad pública: necesidad de la población. La Constitución lo regula en el artículo 60 que establece cuáles son las condiciones formales y materiales

para la creación de empresas públicas. Se habla de interés nacional que traducido en términos administrativos alude a necesidades públicas.

La empresa estatal no sirve para generar rentabilidad. No es una forma alternativa para obtener ingresos, sino que está referida a un interés público: satisfacer necesidades públicas que se evalúa son apremiantes por parte de la población y que, por tanto, requieren una respuesta por parte del Estado.

A diferencia de la empresa privada, la empresa pública responde a una necesidad pública. Solamente puede generarse para satisfacer dicha necesidad y, por tanto, debe contar con los medios necesarios para ello. Lo que no puede hacer es perjudicar al privado, competir deslealmente. Por ello, el ordenamiento vigente establece en el artículo 14 del Decreto Legislativo 1444 que una empresa del Estado que no cumpla esos requisitos establecidos en la Constitución, se considera competencia desleal. Como sabemos, han habido casos recientes en los cuales Indecopi se ha pronunciado acerca de manifestaciones de actividad empresarial del Estado que rebasan lo previsto por la Constitución.

Por regla general, no es posible concebir a la empresa como una opción para la gestión de servicios públicos. Hoy en día las empresas de saneamiento son estatales (como Sedapal) o municipales. Todavía hay en provincias varias empresas de distribución eléctrica que no se han llegado a privatizar. Hoy en día hay empresas, cuya creación data de años anteriores, que siguen prestando servicios públicos. La pregunta es si deberían ser utilizadas para brindar servicios públicos. Da la impresión que en tanto se cumplan los requisitos que se derivan de la Constitución, podrían ser utilizadas para tal fin, pero hay que tener en cuenta que ya en el Perú hay mecanismos para que las poblaciones que no

Temas sobre Derecho Administrativo Económico y el Régimen de Concesiones en nuestro país

cuentan con oferta privada en materia de telecomunicaciones o energía para que el Estado pueda permitirles acceder a lo que en otros países se llama el servicio universal.

Ese es el caso, en el sector eléctrico, de las normas sobre electrificación rural y el caso del FIDEL. En esos casos, la opción por parte del Estado ha sido que no crear una empresa estatal, sino convocar a los privados ofreciendo el cofinanciamiento, o subsidio en buena cuenta, para brindar el servicio. Además, hay otros mecanismos adicionales. Cuando el Estado ha otorgado concesiones en las bandas nuevas de telecomunicaciones ha condicionado a que quien ingrese también se comprometa a brindar servicios ahí donde no habría el incentivo rentabilidad privada. Por tanto, existen varios mecanismos que evitan que el Estado tenga que crear necesariamente una empresa en los servicios en los cuales ya hay oferta privada pero en los cuales el Estado tiene un rol constitucional en materia de servicios públicos.

Por tanto, si la pregunta es general podría ser que el Estado muy eventualmente, gestione servicios públicos mediante la actividad empresarial, en aquellos casos donde no cabe recurrir a otros mecanismos que también puedan ser efectivos. Entonces, el Estado también puede convocar al privado y más bien colaborar subsidiando para asegurar la prestación de estos servicios esenciales para la población.

RMT: El tema de subsidiariedad en el caso peruano y en el modelo constitucional no puede estar ajeno al principio de solidaridad. Son dos ejes rectores que le dan el balance al modelo constitucional: solidaridad versus subsidiariedad. Desde ese punto de vista, yo sí creo en la empresa estatal y también en los procesos de privatización. Creo que privatizar y fortalecer las empresas estatales no es una propuesta contradictoria. Lo que sucede es que nos están vendiendo un modelo de gestión u organización de la empresa estatal caduco, que no es el que queremos para nuestro país. Hay empresas estatales como las colombianas que cumplen múltiples actividades y son eficientes, incluso hay empresas estatales que son concesionarias en otros países como en España (entidades, ayuntamientos que son concesionarias). Por tanto, en otros países, la empresa estatal es una realidad. Definitivamente, el modelo clásico de la empresa ineficiente es un modelo a combatir por todos. En el modelo constitucional peruano, el Estado tiene un rol que cumplir a la luz del principio de subsidiariedad y de solidaridad. Desde ese punto de vista

hay que evaluar el funcionamiento de las empresas estatales en el modelo peruano y determinar con cuáles nos quedamos y con cuáles no.

Coincido en que el Estado para cumplir con el principio de solidaridad no necesariamente necesita de empresas. Los mecanismos de fondos especiales o de subsidios como el Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (en adelante, FIDEL) nos demuestran que el Estado no ha necesitado de empresas para cumplir finalidades sociales pero sí es cierto que el Estado debe tener -por ser Estado- la posibilidad de actuar, conforme lo dice el propio Tribunal Constitucional, en un régimen de libre competencia con otros agentes económicos y que sea el propio mercado el que demuestre la eficiencia o no del Estado. Hay quienes desde un punto de vista extremista dicen que el Estado no debe participar en la economía solo por ser Estado, lo que implica la subsidiariedad entendida como exclusión de cualquier participación estatal en materia económica pensando que el sector privado todo lo puede y que siempre la oferta disponible va permitir que el sector privado satisfaga las necesidades de la población. Yo me pregunto: en un país como el nuestro donde el Estado tiene que cumplir roles prioritarios por mandato constitucional tales como empleo, salud, educación y seguridad, ¿podemos darnos el lujo de decir que esas actividades en tanto y cuando sean iniciadas o tengan como actores iniciales al sector privado deban ser abandonadas por el Estado? Creo que no. El Estado puede convivir con actores económicos privados en tareas que son primordiales para su funcionamiento. No estoy pidiendo un Estado omnipotente en todas las actividades económicas pero sí un Estado que participe en un núcleo duro de actividades prioritarias como la promoción de empleo, salud, seguridad y educación porque la historia nos enseña que el empresariado no necesariamente apuesta por esas tareas



Mesa Redonda con Jorge Danós Ordóñez, Juan Carlos Morón Urbina, Richard Martin Tirado y Ramón Huapaya Tapia

prioritarias que mal o bien el Estado tiene que desarrollar en base al principio de solidaridad.

Entonces, creo que es importante hacer una apuesta, sobre la base de una reingeniería, por introducir nuevas prácticas de gestión en la empresa estatal. Por qué no pensar en asociaciones estratégicas donde más allá del debate ideológico, apostemos a darle un sentido de eficiencia a la actividad empresarial del Estado: contratos entre Petroperú y Petrobras, contratos asociativos entre Sedapal y otros operadores que permitan cumplir con finalidades y criterios de eficiencia empresarial.

Por último, quisiera llamar la atención sobre el rol que en estos temas están llamadas a cumplir ciertas entidades. Me preocupa de sobre manera el rol de Indecopi quien está haciendo, como en los noventa, algunos esfuerzos por evaluar o desarrollar los criterios del principio de subsidiariedad pero me temo que se está concentrando simplemente en la excepción que confirma la regla. Está atacando algunos casos de actividades empresariales del Estado con las que efectivamente nadie puede estar de acuerdo. El día que evalúe a cabalidad el funcionamiento de PETROPERÚ, de ENAPU, de CORPAC, las grandes empresas estatales, y pretenda que éstas no sigan funcionando en aras del principio de subsidiariedad, creo que más fácil sería cerrar el Indecopi antes que a dichas empresas estatales. En efecto, creo que Indecopi sigue equivocándose en la concepción del principio de subsidiariedad, pues sigue pensando que la sola presencia del Estado *per se* es dañina cuando hay agentes económicos privados, cuando debería superar ese dogma de la subsidiariedad y plantearse que el Estado participe en el mercado con el sector privado y demuestre su eficiencia.

El gran problema de hoy en día es que el tema de la subsidiariedad se ha vuelto un tema completamente ideológico y no nos está dejando ver que conforme al propio modelo constitucional, el Estado es un actor, es un agente económico: dejémoslo ser agente económico y si no funciona que sea la propia economía, el propio mercado el que excluya su participación. De lo contrario, vamos a seguir ideologizando y pensando que el sector privado todo lo puede y, bajo ese dogma, vamos a esperar largo tiempo que se desarrollen actividades económicas por la sola y libre iniciativa del sector privado.

RHT: En un mundo ideal se podría optar por sistemas en los cuales no existan empresas públicas, sin embargo, eso es una quimera, en el mundo no existe tal sistema, puesto que hasta en los países de impronta más liberal o más fundamentalistas en torno al respeto a la iniciativa privada, existen empresas de propiedad del Estado o empresas públicas. Ahora bien, en nuestro país, existen varias empresas públicas, las cuales cumplen diversas funciones y salvo Petroperu están bajo el ámbito de dirección del holding empresarial de Fonafe, en lo que respecta al gobierno nacional. Asimismo, existen empresas de propiedad de los gobiernos locales, los cuales en ejercicio de su autonomía, las usan para realizar diversos cometidos.

El eje del funcionamiento del sistema de empresas públicas está en función al artículo 60 de la Constitución, el cual consagra el principio de subsidiariedad, el cual no prohíbe per se la práctica empresarial del Estado, sino que lo somete a una limitación importante, a un filtro, el cual hasta la fecha ha funcionado bastante bien. Yo creo que no es bueno que la iniciativa empresarial pública domine nuestro sistema pues se ha comprobado que fracasa en competencia abierta con el sector privado. Por ejemplo, es inaudito que se pretenda que el Estado tenga cines, pollerías, tiendas de ropa, supermercados, ámbitos que están suficientemente cubiertos por la iniciativa privada. Pero existen ámbitos distintos, en los cuales el Estado debe dirigir su actividad empresarial ya que no existen privados interesados en realizar dichas actividades por deficitarias o poco atractivas. En tal sentido, el Estado no solamente regiría su intervención sobre parámetros de eficiencia, sino que buscaría otros objetivos distintos, que pueden ser el servicio universal, equidad, objetivos redistributivos, entre otros. La empresa pública entonces no es *malum per se*, sino que debe ser sometida a filtros de conveniencia nacional, a un análisis previo de impacto sobre

Temas sobre Derecho Administrativo Económico y el Régimen de Concesiones en nuestro país

el mercado y sobre todo debe obedecer a objetivos claros y precisos en beneficio de la economía nacional.

Por último, hay que recordar también que en función al principio de subsidiariedad, es posible afirmar escenarios distintos donde la utilización de una empresa pública para lograr cometidos no es necesaria. La empresa pública sería la última opción de un abanico de posibilidades entre los que tenemos emplear sistemas de prestación privada de servicios con aporte estatal (subsidios), asociaciones público-privadas, fondos concursables, u otros esquemas que pueden (y de hecho, en muchos casos lo son) ser más eficientes que instaurar o crear una empresa pública.

JCMU: Para empezar, creo que si queremos analizar el tema de la actividad estatal o la actividad prestacional del Estado no podemos leer solo el artículo 60, sino conjuntamente con el 58 de la Constitución que dice que el Estado está a cargo de los servicios públicos, de la seguridad, salud y educación. No dice que lo haga bajo la forma de actividad empresarial, tampoco dice que lo haga de forma directa pero si dice que el Estado participa en esas actividades. Luego, el 60 dice que la actividad empresarial estatal es subsidiaria respecto a la privada. Entonces, en un caso tenemos qué deberes estatales tiene que cumplir, cuáles son los cometidos estatales y en la otra parte qué formas de intervención tiene que utilizar. A veces creo que el error ha sido leer el 60 y reducir toda la Constitución a ese artículo.

En los últimos años el tema de la subsidiariedad estatal ha sido casi un fetiche ideológico y utilizado como arenga política cuando es un tema más serio porque en teoría, desde un plano abstracto, se podría decir que una empresa pública sería ideal ya que sería una empresa con un socio con capital incommensurable que no tiene urgencia de obtener rentabilidad en el corto plazo, que no tiene que repartir utilidades a nadie, tiene la posibilidad de hacer inversiones a cincuenta años, no tiene la urgencia de poder quebrar. El problema es que en la práctica ese idealismo no funciona. Las empresas estatales se convierten básicamente en problemas porque no adoptan parámetros de gestión claros, no adoptan políticas de gestión adecuadas y no tienen objetividad de decisiones porque tienen el populismo inmediato, el inmediateismo de responder a un gobierno y a las necesidades colectivas del día a día, así se convierte en el clientelismo del partido de gobierno obstaculizando la participación de otros agentes

económicos pues si está desarrollándose en una actividad económica, se desalienta a otros agentes. De alguna manera cuando el Estado hace presencia empresarial acude a algunas prácticas de reservas de mercado, cuotas, privilegios, exoneraciones tributarias que conllevan a que obtenga un beneficio indebido. Sin embargo, creo que hay algunas falacias que desmitificar. La empresa pública mala per se no es, la empresa privada buena tampoco, el tema es que existan correctamente y asegurarnos que haya eficiencia.

El hecho de que el artículo 60 nos hable de subsidiariedad implica que el Estado no tiene que estar interviniendo en la actividad empresarial porque tiene a la vez que atender un conjunto de servicios públicos y atender a dichos servicios públicos bajo la forma empresarial es una de las formas más costosas que hay porque se tiene que crear todo un aparato burocrático-administrativo a nivel nacional para cubrir un servicio. Entonces, ¿por qué optar por una opción empresarial pública que demanda mayores costos cuando el Estado tiene otros tipos de servicios que cumplir? No obstante, sí es posible concebir a la empresa estatal como una opción para la gestión de servicios públicos pues la Constitución no lo veda, solo le pone condiciones: que sea bajo una ley, que haya subsidiariedad y yo le agregaría un tema de transparencia (que tenga suficientes candados institucionales) para que no se convierta en la caja chica del gobierno de turno.

Además, es necesario comparar la actividad empresarial del Estado con otras técnicas de intervención, sobre todo con la técnica de fomento. Si es necesario cubrir un servicio público de una manera determinada, el Estado debe poner en una balanza si lo presta bajo forma empresarial o si tiene algún mecanismo de fomento para incentivar al privado que lo haga. De hecho, la técnica del fomento va resultar menos costosa que hacer toda una



Mesa Redonda con Jorge Danós Ordóñez, Juan Carlos Morón Urbina, Richard Martin Tirado y Ramón Huapaya Tapia

empresa nacional. Lo malo es tener técnicas de fomento que no funcionan y eso es lo que pasa en los últimos años.

5. Teniendo en cuenta que el sistema de Derecho Público está basado en la existencia de potestades públicas, ¿considera usted que el Estado tiene potestades exorbitantes implícitas en ciertas materias, como en los contratos de concesión y por qué? ¿Cuáles serían los límites a dichas potestades?

RMT: Creo que el Estado no debe tener potestades implícitas. Hay un tema de seguridad jurídica que nos obliga a tomar todas las previsiones en todo tipo de actividad contractual del Estado, por lo que deberían estar expresamente consagradas en la ley o en el contrato las atribuciones de las partes. Sin embargo, también debo reconocer que en el contrato administrativo, a diferencia de los contratos civiles, no obra la igualdad entre las partes. Los contratos administrativos son contratos desequilibrados en su estructura porque detrás de su configuración se esconde la presencia de un Estado que, en el caso de un contrato de concesión, está cediendo parte de su gestión sobre bienes o servicios de su patrimonio a favor de los particulares.

No obstante, en los hechos, los Estados desarrollan potestades implícitas. Hay un célebre artículo que escribió hace cinco años Dromi en el Clarín para justificar el Decreto de Clavija mediante el cual Evo Morales intervino el régimen de los contratos petroleros donde se demuestra que en el plano de los hechos los Estados ejercen todas las potestades implícitas para, en nombre del interés general, rescatar o retomar para el Estado una serie de actividades, bienes o servicios que no están siendo adecuadamente conducidos. Entones, decirle a un Estado que renuncie a los principios inherentes a su soberanía, a su razón de ser, es un tema bastante complejo pues es decirle que deje de actuar en nombre del interés general dado que no tiene las potestades adecuadamente consagradas en una ley o en un contrato.

Nadie en su sano juicio debería estar de acuerdo con la tesis de potestades implícitas, todo debería estar regulado en los marcos normativos y contractuales respectivos pero también

seamos conscientes que hay realidades que escapan más allá de la ley y de los contratos, donde el Estado haciendo uso de su soberanía se encuentra en la necesidad ineludible de ejercer una potestad implícita. Esto en el plano de los hechos es terrible porque rompe las categorías más firmes de la seguridad jurídica. Los contratos o cualquier decisión que haya adoptado el Estado en el marco de la predictibilidad son sobrellevados por la tesis de las potestades implícitas porque, finalmente, el Estado en nombre del interés general podría adoptar cualquier tipo de decisiones. Entonces, creo que en los contratos de concesión todo debería definirse a través de parámetros normativos pero reconozco que en nombre del interés general esta es una figura de excepción que no deberíamos justificar nunca pero que en determinadas condiciones se tienen que dar. Ahora, no es extraño que en determinados casos se haya generado en procedimientos administrativos en el Perú una invocación a la tesis de las potestades implícitas de la Administración.

Ahora bien, cuando son fundamentos que pasan a tener las condiciones de conceptos jurídicos indeterminados los que justifican el ejercicio de las potestades implícitas, es bien fina la línea entre la arbitrariedad y la discrecionalidad de la autoridad y hemos sido formados para actuar sobre la base de decisiones discrecionales pero jurídicas y no sobre decisiones arbitrarias. Por ello, creo que nadie está de acuerdo con la tesis de las potestades implícitas pero reconozco que es una decisión soberana que podría aplicarse por excepción bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

JDO: La idea de potestades exorbitantes implícitas en contratos estatales nos lleva necesariamente a preguntarnos sobre la tesis adoptada en el Perú, donde de manera similar a lo que ocurre en determinados ordenamientos como el caso de Europa, hemos asumido la

Temas sobre Derecho Administrativo Económico y el Régimen de Concesiones en nuestro país

tesis del contrato público con prerrogativa exorbitante. En estos ordenamientos lo que caracteriza al contrato público no es, como en nuestro ordenamiento, que participa en ellos participa el Estado o que pueda estar precedido de un procedimiento administrativo, sino más bien que el Estado, así como en los procedimientos unilaterales, cuenta con prerrogativas de tutela del interés público, en esos otros países se señala en sus ordenamientos que el Estado también debe contar con las mismas prerrogativas de tutela del interés público incluso en relaciones contractuales. No obstante, en dichos países esas prerrogativas están reconocidas en la jurisprudencia que nace, por ejemplo, del Consejo del Estado (en el caso de Francia) o son reconocidos por la legislación o están afectados por la doctrina o están recogidos en el propio contrato, con lo cual incluso hay autores que dicen que si está en el contrato ya no son potestades exorbitantes.

A diferencia de ello, nuestro ordenamiento jurídico no consagra esas prerrogativas exorbitantes de manera general, no las consagra ni la legislación, menos la jurisprudencia que es inexistente sobre el tema, más aún si desde hacía diez años hasta la actualidad la mayor parte de las discusiones contractuales del Estado es resuelta en vía arbitral.

Entonces, en nuestro país no se han generado las mismas condiciones que en otros ordenamientos ya que no ha estado recogido en la jurisprudencia de manera constante. El Tribunal Constitucional en tres sentencias ha señalado que la primera parte del artículo 62 de la Constitución consagra la estabilidad del contrato suscrito con el Estado independientemente de que se trate de contratos leyes o no. Lo cierto es que en nuestra tradición no hay una figura de contrato estatal sinónimo de prerrogativas exorbitantes y si bien sí existen, existen porque están reconocidas o en la legislación como ocurre en contrataciones y adquisiciones, o están implícitamente reconocidas en materia de concesiones como ocurre con el Decreto Supremo 059-96-PCM donde se reconoce que los contratos establecerán la posibilidad de resolución unilateral y están en los propios contratos. Sin embargo, no hay un reconocimiento general implícito a ellas en nuestro país.

Ello conlleva a un segundo tema porque como ocurre en todo país y en todo régimen, las normas corresponden o son respuestas históricas a un momento determinado a ciertos problemas y una de las grandes preocupaciones que ha habido en el Perú es, de un lado, la inseguridad jurídica y de

otro, el excesivo intervencionismo del Estado motivado por razones políticas que origina un conjunto de distorsiones o finalmente repercuten en el déficit fiscal.

A eso responde el principio de subsidiariedad, a eso responde el principio de estabilidad contractual y la garantía del respeto del estado, la cual conduce a la inmutabilidad de los contratos suscritos con el estado. Entonces, esos valores son muy importantes de tener presente porque estamos hablando de estabilidad independientemente del contrato ley y esos mecanismos en los ordenamientos donde existe están consagrados en sus régimen jurídico que no es el caso peruano en el cual las únicas prerrogativas que puede tener el estado tiene que estar previstas en la normas legales o en el texto del propio contrato, no hay otra manera de que el estado pueda hacerlo, porque de lo contrario se generan situaciones de inseguridad aún en concesiones. Un tema que ha estudiado el Dr. Morón en un artículo es el de las prerrogativas que tiene el estado es la de resolver unilateralmente la concesión que es lo que los argentinos llaman como rescate, esa figura está referida en el 059 pero no normada y lo que dice es que “los contratos podrá regularse, en los contratos donde cuando el estado convoca a un proceso de concesión coloca esa potestad pero esta colocado de manera tal que tampoco le resulta gratuita, está establecida también con un conjunto de garantías para el concesionario y para los que le van a dar el crédito. No puede ser usada de manera arbitraria pero está regulada, no es una facultad implícita en buena cuenta la facultad exorbitante.

JCMU: Lo implícito no existe en el derecho público. Lo que existe es lo expreso, la competencia, las capacidades, desde esa perspectiva la respuesta es sencilla, pues no existen facultades implícitas de potestades exorbitantes. El estado constitucional de



Mesa Redonda con Jorge Danós Ordóñez, Juan Carlos Morón Urbina, Richard Martin Tirado y Ramón Huapaya Tapia

derecho existe que las competencias partan aquellas que están autorizadas por el marco legal o están convenidas por un contrato, entonces asumir que una de las partes tiene algo por encima de lo legal es reconocer que hemos regresado a Maquiavelo y el príncipe, pues alguien puede por encima de los dos pensar y decidir. Hay que huir en el derecho público de estos conceptos indeterminados que nos permiten hacer mucho o muy poco por el interés público.

Hay que desmitificar que en los contratos administrativos el tema de las facultades exorbitantes que parte de un concepto bien primario y casi inexistente, y es el hecho de que exorbitante es algo que no existe en el derecho común o no existe en el contrato común. Cuando hablamos de esas facultades exorbitantes estamos hablando de la posibilidad de que el contrato sea modificado unilateralmente o que pueda ser resuelto unilateralmente y en verdad ninguna de esas potestades no son ajenas al contrato privado, porque si ustedes miran determinados contratos privados hay facultades para la resolución unilateral del contrato, de acuerdo al código civil, basta que lo pacten las partes. La resolución unilateral, también ocurre en los contratos de consumo. Entonces, decir que no existe en el derecho privado no es tan cierto pues también existe en el mismo, no como exorbitantes pero si como potestades típicas de un estado que busca un servicio o una infraestructura pública a gestionar. Ahora la tendencia en estos últimos años ha sido la disciplinar estas potestades a partir de la ley, si miramos la ley de contrataciones “el estado tiene la potestad de modificar unilateralmente el contrato” si pero con un límite, con una razón y bajo un procedimiento determinado Tiene capacidad para resolver unilateralmente un contrato o para rescatar una concesión, pero bajo determinadas condiciones o presupuestos. Entonces, esa capacidad que constituyen una característica histórica parte por entender que son potestades que existen en los contratos administrativos que son parte de su naturaleza, que muchas veces también existen en el contrato privado pero lo que pasa es que son indispensables para gestionar de mejor manera el interés colectivo. No obstante, deben partir de una base constitucional o legal sino estamos poniendo en peligro el estado de derecho.

RHT: Coincido por completo con lo señalado por los profesores Danós, Morón y Martin, y sobre todo quisiera puntualizar que no tener una norma sustantiva de contratación administrativa (salvo algunos regímenes sectoriales, como las normas de

concesiones de servicios públicos, sobre todo en electricidad y telecomunicaciones), genera una serie de vacíos y distorsiones y sobre todo una “invasión” del derecho civil, lo cual se denota en los arbitrajes de contratos públicas que se celebran y que son resueltos usando normas civiles que no responden a la naturaleza de los acuerdos contractuales públicos. Ahora bien, tengo dos perspectivas: (i) desde la perspectiva teórica coincido con el Dr. Morón en el sentido que no existen y no deberían existir potestades implícitas puesto que el criterio general del derecho administrativo es que las competencias y poderes son explícitos en cumplimiento del principio de legalidad. Sin embargo, en la práctica, como bien ha señalado el profesor Martin, existen varios ejemplos en los que se muestra que el Estado interviene usando “la procura del interés público” o la “conveniencia nacional” para realizar actos de expropiación o intervención sobre la propiedad privada o los contratos. Ahora bien, dicha intervención tiene un problema de fondo y es que nuevamente no está sustentada en un régimen legal expreso ni tampoco en jurisprudencia (aún cuando existe una sentencia “perdida” del Tribunal Constitucional que justifica la resolución de un contrato de concesión municipal basándose en el “interés público”, Sentencia 02488-2004-AA).

Por tanto, se impone la revisión del marco contractual público nacional en términos generales, para establecer un régimen sustantivo de la contratación pública, al menos en lo que respecta a los principales contratos administrativos. (ii) Una perspectiva adicional es la reciente internacionalización del derecho administrativo, fenómeno que ha incidido bastante en la contratación pública y en la práctica del arbitraje de las inversiones extranjeras. Precisamente, ello nos hace ver que las características tradicionales del “contrato administrativo” de impronta francesa, están siendo dejadas de lado por el fenómeno

Temas sobre Derecho Administrativo Económico y el Régimen de Concesiones en nuestro país

de la internacionalización de la contratación pública, la cual se basa cada vez más en estándares anglosajones, dándose gran importancia a las figuras de la buena fe, los actos propios, el *stoppeel*, y la vigencia de los estándares de protección a las inversiones de los Tratados de Libre Comercio (trato justo y equitativo, protección ante las expropiaciones, no discriminación, entre otros). Por tanto, es necesario adecuar el marco nacional a estos nuevos principios que están presentes en acuerdos comerciales y tratados suscritos por nuestro país, a fin de que eleven los estándares de protección también en nuestro derecho interno.

6. En nuestro país existe la paradoja de que, por un lado, existe un alto porcentaje de la población que tiene necesidades básicas insatisfechas que no están siendo atendidas y, por otro, existen recursos públicos disponibles destinados a satisfacer dichas necesidades que no están siendo utilizados. En ese sentido, ¿cuáles considera que son los principales obstáculos que se presentan en el desarrollo del proceso de ejecución de inversión pública? ¿Se puede considerar que el retraso en la ejecución de proyectos de inversión pública se ha debido a la existencia del Sistema Nacional de Inversión Pública?

JDO: Si es que se establecen determinadas necesidades que por vías, la política establece además la asignación de fondos para poder atenderlas, hay que referirse a los medios con los que cuenta la administración para poder realizarlas sería: (i) gestión directa, hacerlo a través de los órganos existentes tratase de organismos públicos o por medio de la municipalidad, la región o el ministerio; (ii) Ley de Contrataciones del Estado, por medio del cual se recurre a la compra de bienes y servicios, se sale a obtener lo que no cuenta el estado; (iii) Proceso de Promoción de la Inversión Privada a través del DS 059, DS 1012, la ley de promoción de la inversión de centralizada y todo mecanismo de promoción de la inversión por parte del estado para ofertar y señalar, si fuera el caso, vamos a cofinanciar, en tanto, no hay oferta privada pero si una necesidad. Estos son mecanismos que

hay en nuestro ordenamiento jurídico que se abren como un menú de posibilidad de para llevar a cabo.

El retraso por el SNIP es algo que se venía diciendo en su creación hace diez años, creo difícil que se pueda mantener, aunque no niego que probablemente los cambios de gestión y la falta de estabilidad, de carrera y continuidad en la gestión administrativa hace que se pierdan capacidades en cada cambio de los titulares de municipalidades y regiones o ministerios no contribuyen.

Luego de 10 años echarle la culpa al SNIP es complicado y además el proceso del SNIP ha tendido a liberalizarse, es decir, en los temas que el gobierno a considerado de interés público ha tendido ir a abrir a facilitar el tema de la aprobación por parte del SNIP. El problema no está allí, cada vez más se va generando más conocimiento del tema y el desarrollo de asesorías u otras en materia de SNIP. El problema esta en la capacidad de poder gestionar y claro cuando se opta por el tema de contrataciones, se cree que probablemente allí hay un problema, el cual ha tratado de ser solucionado por vías alternas de otro mecanismo, es decir, creo que hay un régimen que es la ley de contrataciones que es un régimen bastante formal y lo que se ha venido haciendo en los últimos años es crear como diez regímenes paralelos dependiendo de las necesidades coyunturales en cada caso para facilitar, pero no se ha sincerado el régimen, por tanto ahí hay un tema de traba porque mas allá que sea cierto o no algunos estudios dicen que en materia de obra pública demora bastante el poder llegar cuando son obras publicas importantes, es verdad que hay normas especiales para obras publicas más concretas hasta determinado monto, pero no sabe si están operando y cree que para se dan solo respecto de determinadas actividades. Hoy se sabe el ranking de las inversiones no realizadas, pero el marco que esta regulando



Mesa Redonda con Jorge Danós Ordóñez, Juan Carlos Morón Urbina, Richard Martin Tirado y Ramón Huapaya Tapia

el tema en el marco de contratación pública cree que no se ha sincerado ni modernizado lo suficiente.

Un segundo tema es aquel en el cual se tiene en la cuenta pero no la disponibilidad presupuestal. Hay casos en los que se depende de que el ministerio de economía y finanzas habilite la cuenta y ahí son diversas razones presupuestarias las que hacen que no sea cierto que si bien puede uno estar contablemente con el recurso no tiene la disponibilidad por parte del ministerio porque ello se ciñe a otras políticas.

JCMU: Considero que el SNIP al tener 10 años ya ha pasado por un proceso de aprendizaje. Creo que la existencia de recursos y su no ejecución tiene que ver con la confluencia de varias circunstancias, pues por ejemplo en la administración pública peruana no se ha tenido la experiencia de gerenciar con metas y objetivos. En la administración de municipalidades se cambia cada cuatro años la gestión, en el gobierno central también ahora que hay cambio de gobierno se cambiará a toda la Administración Pública. Ahí hay una curva de aprendizaje. El que ingresa nuevo va comenzar a aprender y eso le llevará un año y medio y se ira dentro de tres o cuatro años y va poder tener un aprendizaje que va ser inconcluso porque luego vendrá otra cadena de personas. Hay también un tema de estructura del sistema presupuestario, en el cual esta previsto como un mecanismo de rigidez para la ejecución y de mucha rapidez para la captación. El Estado muchas veces se ha preocupado mucho por los mecanismos de captación, darle flexibilidad a los mismo, pero para la ejecución le ha puestos todos los candados que se plasma en el principio presupuestario del centralismo, pues todas las decisiones se centralizan en un sistema a partir de la desconfianza, entonces, eso genera la poca viabilidad de que puedan ejecutarse los recursos. Hay también un problema en las propias entidades públicas de poder generar proyectos, porque para generar demanda de recursos debes tener proyectos razonables, si vemos los ejemplos que pone el ministerio de economía y finanzas que motivaron la creación del SNIP es porque se hacen muchas veces gastos inútiles pensando en la vanidad de los funcionarios más que la utilidad para la colectividad. Hay una serie de concausas que son las que llevan a tener una insatisfacción de recursos que hay pero no se ejecutan cuando deberían.

RMT: Considero que el tema del SNIP nos remite a un tema mayor que es la estructura sistémica y centralizada que

tenemos como estado. Con que objetivo nace el SNIP o bajo que premisa nace, doctrinariamente nace para modernizar la calidad y la gestión de los proyectos porque históricamente hemos sido un país con pocos recursos y encima con deficiencia en la calidad de los proyectos. Entonces, el SNIP nace con el objetivo de optimizar la calidad de dichos recursos que hemos tenido siempre como país. En el tiempo este enfoque sistémico ha revelado su limitaciones porque en un país que nació como un paraguas o para choque que es el sistema de SNIP con total calidad de eficiencia y gasto público se encuentra un momento en que las regiones y los gobiernos locales empiezan a tener recursos o generar recursos, entonces el dogma de que los proyectos solo podrían desarrollarse porque había un SNIP y que le daba un enfoque de calidad y eficiencia a los proyectos empieza a caer porque no es cierto de que los gobiernos locales sean pobres lo que tienen es deficiencias en calidad en gestión. Ahí empieza a generarse un contrapunto entre el sistema y la capacidad de recursos que tenían los gobiernos locales y regionales. Ya el hecho de que fueran pobres no es un argumento para decir que haya o no SNP. Se empezó a revelar históricamente la falta de gerencia pública en niveles de organización como gobiernos locales y regionales y eso ha llevado a que el SNIP sea considerado como una piedra en el zapato. Martín cree en la importancia del SNIP. Los proyectos no tendrían la solidez entorno a los proyectos si es que no hubieran pasado por el SNIP. En el Perú ha habido normas de Proinversión, los estudios tienen una fase una secuencia el perfil el estudio básico y la prefactibilidad del estudio definitivo sino tuviéramos SNIP históricamente este país sería una país pegado en mantequilla, por ello tenemos la necesidad de un SNIP. Martín cree hay que reorientar el sistema de inversión pública, en tanto, ya no estamos en un esquema donde hay pocos recursos sino bajo un esquema

Temas sobre Derecho Administrativo Económico y el Régimen de Concesiones en nuestro país

con recursos pero los cuales necesitan ser reorientados para brindar una adecuada gerencia pública. Uno de los errores que históricamente ha maltratado el SNIP ha sido la homogeneidad que durante muchos años tuvo el sistema. Pensar que las normas que eran diseñadas para un universo de entidades que eran homogéneas en sí mismas, esto se ha ido corrigiendo en el tiempo y tenemos SNIP flexibilizados en el sentido de que los niveles de actuación regionales o locales están en función de montos y se relajan y relativizan algunos proyectos y sus exigencias, pero también tenemos una burocracia estatal sobretodo monitoreada a través del MEM que sigue entendiendo que los criterios tradicionales sobre el SNIP son absolutos. El profesos tuvo la oportunidad de ver temas de pasivos ambientales en los que para el MEF todo uso de recursos estatales termina sien do gasto o viceversa termina siendo inversión , entonces no hay ni siquiera uniformidad en el tratamiento de los recursos que se asignan y que generan una dispersión en el tratamiento del SNIP, hay supuestos contradictorios al tratamiento del SNIP. El tratamiento contable que va mas allá del tema del snip es un tratamiento perverso y que afecta la eficacia del Sistema de inversión pública, por eso cree que si es importante contar con un sistema de inversión pública porque califica y filtra el gasto público pero cree que hay que hacerle ajustes al SNIP aterrizarlo a un esquema de la realidad de los gobiernos locales y regionales y sobre la base de ello se entiende que este esquema no ha sido rediseñado solo para los parientes pobres está diseñado para un contexto donde hay entidades con recursos, relativos recurso y escasos recursos y esa realidad hay que entenderla y manejarla a través del SNIP.

RHT: El tema del SNIP ha sido satanizado injustamente, pero en realidad provee un eficaz filtro para detectar cualquier tipo de gasto superfluo o innecesario propuesto por las diferentes instancias de gobierno. El tema aquí parte por señalar que el sistema ha ido evolucionando de menos a más, con lo cual actualmente está muy liberalizado, tiene un sistema de niveles bastante flexible y ciertamente en un balance, su resultado es positivo. Yo creo que antes que nada el problema está en la falta de un adecuado marco de competencias de ejecución de los gobiernos regionales y locales para realizar obras, y en segundo lugar, la notoria falta de capacidad de tales instancias de gobierno para planificar, diseñar y ejecutar obras públicas. A lo cual hay que sumar la nefasta legislación de contratación pública que tenemos, en la cual se hace una mezcolanza de

normas antiguas, normas civiles, controles exagerados y vacíos terribles.

En tal sentido, lo primero sería tener una planificación articulada desde la Secretaría de Descentralización (o en el futuro, mediante la reactivación del Consejo Nacional de Descentralización o mejor aún de un Ministerio para las Administraciones Públicas y la Descentralización) que articule procesos concretos de determinación de obras prioritarias para ser ejecutadas desde los gobiernos regionales y locales en coordinación con los mismos. Luego, generar capacidades concretas en cada instancia descentralizada de gobierno para que puedan planificar y ejecutar tales obras. El SNIP sería algo accesorio pero necesario para filtrar las obras necesarias y primordiales de las que no son tanto. Y por último, hay que echar a la basura la legislación de contrataciones del Estado y rehacerla, por completo, tanto la Ley como su Reglamento y sus regímenes especiales y paralelos.

7. En el marco del proceso de descentralización del Estado, ¿cuáles son las principales dificultades que se presentan desde el punto de vista de la organización del Estado para diseñar un modelo institucional de promoción de la inversión privada que articule el nivel del gobierno nacional con los gobiernos regionales y locales existentes en el país? ¿en qué manera influye el rol de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – Proinversión en el desarrollo de los procesos de inversión privada a



Mesa Redonda con Jorge Danós Ordóñez, Juan Carlos Morón Urbina, Richard Martin Tirado y Ramón Huapaya Tapia

nivel de gobierno regional y local, considera que es necesario ampliar los alcances de su actuación?

RMT: Para responder a la pregunta hay que partir de una premisa histórica, en tanto, para fines de los 90 el escenario descentralizado era ajeno a la políticas públicas, porque era ajeno a la políticas democráticas no se requería un de consultar a la población ni un esquema participativo. Los grandes proyectos de los 90 no se plantearon bajo un esquema descentralizado de los proyectos, en tanto, existía un escenario de conflicto entre el gobierno central y el local. No se planteo allí un escenario de inversión descentralizada, no hubo articulación en materia de inversión. Se hizo lo que se quiso pero no bajo un contexto de articulación en materia de inversión entre gobierno local y nacional.

A partir de la década de Paniagua se emite un decreto de urgencia 054 en el cual plantea un contexto de apertura de inversión más articulado en el cual incluso se incluye a la sociedad de beneficencia en los temas de inversión privada. Se produce un fenómeno poco conocido pero interesante, Pro inversión entendía que los proyectos no podían desarrollarse sin tomarse en cuenta la realidad social. Se empieza a articular los temas de inversión y equidad la literatura, el BID y el banco mundial empieza a hablar de pobreza y privatización y el esquema empieza a recibir ese mensaje, y así fomenta la participación de la ciudadanía, se crean fideicomisos sociales, etc bajo un esquema articulado de comités en el marco de la reforma de la descentralización.

Hoy los gobiernos locales han desarrollado un régimen de ordenanzas muy interesante en el marco de los proyectos de inversión privada También, se da en el marco regional, los cuales han superado el marco del DS 059 sino en apertura del marco del DS 1012. Se establecen convenios por encargo para inversión como parte de la extensión de los proyectos regionales y locales. Entonces, respecto del tema en el plano de la inversión privada se han creado los mecanismos a través de proinversión no se ha convertido al país en una agencia de promoción pese a que existe la obligación de promoverlas, no se han creado estas agencias a nivel de todas las instituciones. Sería caótico tener Proinversiones en todo el país. No ha habido muchos mecanismos regulatorios en cuanto a los servicios locales y regionales, a pesar de que si exista un modelo de promoción de la inversión privado descentralizado.

Falta un modelo regulatorio para éste último proyecto ya emprendido.

Ya la literatura del Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial, desde hace diez años, empieza a hablar de “pobreza y privatización”, “privatización y equidad social”, “privatización y pobreza”. Toda esa mezcla de criterios o conceptos que -en principio parecían antagónicos- se empiezan a traducir y el esquema de promoción de inversiones recibe el impacto de ese tipo de mensaje. Se empiezan a generar mecanismos participativos con la población: fideicomisos sociales, participación activa de la población en los proyectos, entre otros. Entonces, ¿qué sentido tiene que en la mitad de la década pasada se tiene que admitir una norma como la Ley 28059 - Ley Marco de la Inversión Descentralizada, que busca articular (a la luz de la reforma del capítulo de descentralización, a la luz de la Nueva Ley Orgánica de Municipalidades y a la luz de la Ley de Gobiernos Regionales) los esquemas de promoción de la inversión descentralizada? Entonces, vamos a contar con un eje articulador de competencias, que viene de la reforma del capítulo de descentralización y vamos a tener al Gobierno Nacional, Gobierno Regional, Gobierno Local en un esquema de competencias compartidas, delegadas y exclusivas y donde se va a reconocer -a nivel de la legislación aplicable- a cada nivel de Gobierno esquemas de promoción de la inversión privada. Entonces, hoy día contamos con Gobiernos Locales que son muy activos en sus procesos de promoción de la inversión privada que no se han quedado solo en la Ley Orgánica de Municipalidades, que han desarrollado, por ejemplo -en materia de la promoción de la inversión privada- todo un régimen institucionalizado de Ordenanzas, contamos con Gobiernos Regionales que también están apostando -vía Ordenanzas- a todo un régimen de promoción de la inversión privada y el Gobierno Nacional que ha ido mejorando sustantivamente sus mecanismos

Temas sobre Derecho Administrativo Económico y el Régimen de Concesiones en nuestro país

de articulación en materia de promoción de la inversión privada.

Contamos hoy, entonces, con legislación que ha superado la Ley 28059, como el Decreto Legislativo 1012, que nos permite articular las relaciones entre los tres niveles de Gobierno y, por ejemplo, plantear o permitir que PROINVERSIÓN no solo actúe bajo un régimen de colaboración con las entidades que forman parte del Gobierno Nacional, sino también extender su brazo de actuación, por ejemplo, a nivel de Convenios por encargo con los Gobiernos Locales y Regionales, asumiendo la conducción de los procesos de promoción o dejarlos en un plano simplemente de asesoría para aquellos Gobiernos Locales o Regionales que no deseen “en nombre de su propia autonomía” que los procesos de promoción sean conducidos por PROINVERSIÓN. Entonces, creo que en el plano de la promoción de la inversión privada se ha avanzado mucho, se ha generado todo un espacio de inversión descentralizada, se han creado los mecanismos a través de PROINVERSIÓN. Gracias a Dios no se ha convertido al país en una gran Agencia de Promoción porque la Ley Marco de Inversión Descentralizada, por ejemplo, ordena a todas las entidades del Estado a crear Agencias de Promoción de la Inversión Privada. Menos mal que (por razones presupuestales o por desconocimiento, en muchos casos) no se han creado obligatoriamente estas agencias a nivel de todas las entidades. ¿Se imaginan -por un momento- que cada una de las alrededor de dos mil municipalidades, incluyendo centros poblados, tenga una agencia de promoción?; ¿que ocurra lo mismo para el caso de los Gobiernos Regionales; que existan PROINVERSIONES en todo el ámbito nacional? Sería absolutamente caótico.

Sin embargo, si bien ha habido un esfuerzo muy intenso en desarrollar tareas de promoción de la inversión privada, creo que no ha habido la misma intensidad para desarrollar los mecanismos que tienen que acompañar a todo este modelo de promoción, como, por ejemplo, el desarrollo de los mecanismos regulatorios. O sea, se avanza en la primera tarea, pero la otra pata de la mesa sigue estando coja. No existe regulación de servicios locales ni regulación de los servicios regionales.

Entonces, si tenemos desarrollo a través de la promoción de la inversión descentralizada, no debemos perder de vista el enfoque regulatorio que tiene que acompañar, porque finalmente hablamos de una actividad prestacional

que -necesaria e inevitablemente- requiere tener una regulación que la acompañe. Cuando a las municipalidades se les ha querido, desde el Congreso, imponer, por ejemplo, una Superintendencia o Autoridad de servicios municipales siempre el argumento por parte de ellas ha sido que “se está invadiendo su autonomía municipal” cuando es absolutamente claro que el Congreso tiene plenas potestades para legislar en materia de servicios públicos, creando una suerte de Superintendencia de Servicios Locales. Entonces, creo que están dadas las pautas para articular ordenadamente los niveles de vinculación entre los tres niveles de Gobierno. Se ha avanzado mucho -quiero reconocer- en materia de legislación, pero lo que viene faltando son definiciones sobre cómo articular con mayor eficacia este plano de la inversión nacional, regional y local y, sobre todo, repito, el modelo regulatorio que lo debe acompañar.

JDO: En un plano legal, lo que ha ocurrido en los últimos años es que existe una enorme dispersión. Cuando se publica el Decreto Supremo 059-96-PCM, en el contexto de rivalidad del Gobierno de entonces con la Municipalidad de Lima, las Municipalidades comenzaron a dictarse su propio marco legal de promoción a la inversión, que, en realidad, copiaba, con algunas diferencias, el marco nacional y así ha venido siendo la tónica. Aún esta última semana hay alguna Municipalidad y también Región, pero sobre todo Municipalidad, que sigue modificando sus normas de promoción a la inversión. Entonces, hay una gran dispersión. A esto sumemos la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada y sumemos también las normas muy dispersas y asistemáticas de la Ley Orgánica de Municipalidades y Ley Orgánica de Regiones en la materia. Entonces, hay un problema de dispersión normativa y poca sistematización, además, generada también por las propias Municipalidades en



Mesa Redonda con Jorge Danós Ordóñez, Juan Carlos Morón Urbina, Richard Martin Tirado y Ramón Huapaya Tapia

parte. En segundo lugar, si se ha avanzado, como comenta el Dr. Martin, hay proyectos muy importantes, el Dr. Morón ha participado en uno de los proyectos más importantes a nivel Municipal en los últimos tiempos. Entonces, sí se conocen experiencias sobre el tema de promoción de inversión en materia municipal. Creo que podemos verlo alrededor, en el tema de parqueos y otros casos más y además se conoce porque se puede ver la, por lo menos, la Declaratoria de Interés de Iniciativa Privada también cuando se dan en otras localidades. Entonces, sí se ha avanzado y es verdad que PROINVERSIÓN también ha prestado y ha colaborado. Las normas lo establecen, tanto en las inversiones, iniciativas, obras por impuestos. PROINVERSIÓN viene cumpliendo ese rol hace diez años.

No obstante, creo que hay otro problema -si falta algún nivel de desarrollo del tema- tiene que ver con la sensación de posible inestabilidad, que es mucho más intensa en un nivel local que en un nivel regional, que en un nivel nacional. Se trata del problema de la inseguridad jurídica que se ha experimentado en algunos casos, como el de la empresa de saneamiento de Tumbes en su momento -que creo que ya se estabilizó- pero, teniendo en cuenta los problemas locales, la inestabilidad y la falta de desarrollo institucional que existe a veces a nivel local, creo que hay una traba que hay que atender, ya no solo por la vía de la normativa de concesiones y de promoción de la inversión, sino también el propio de desarrollo de los propios niveles de gobierno local, porque me parece que ahí está la traba, lo que genera sobre costos. En conclusión, (1) más allá del problema de dispersión normativa, (2) encontramos que PROINVERSIÓN ha venido cumpliendo un rol de colaboración. (3) Las Municipalidades han venido aplicándola, mal que bien, pero (4) hace falta desarrollar un trasfondo para que se pueda generar las condiciones de seguridad y estabilidad a quienes piensan invertir, porque la experiencia demuestra que -en muchos casos de sucesión de gestiones municipales- el que alcalde entrante cuestiona todo lo anterior y siempre está tentado de dejar sin efecto lo que ha señalado el anterior, y ahí las garantías probablemente no operan con la misma intensidad -o no son los mismos mecanismos de garantía- lo que sí ocurre en las concesiones con el Gobierno Nacional.

JCMU: Partamos por identificar *qué* es un proceso de promoción de la inversión privada. Este parte por indicar necesidades (de servicios, de obras, de infraestructura). Luego, se debe analizar cómo se pueden atender (diseñar una forma

de atención) y luego ir al mercado potencial de inversionistas para poder vender los productos disponibles. No obstante, así se quisiera, no hay un gran mercado de inversionistas que estén en la pugna por invertir en todos los lugares del país. Hay un mercado reducido, especializado y selecto. Entonces, con estas características, un inversionista que viene a un país extranjero tiende a ir a un lugar en el que siente más seguro. Un inversionista puede tener dinero para invertir, pero no va asumir riesgos que no puede controlar. Entonces, él puede asumir cierto riesgo de organización, poder quizás perder o saber cuándo puede perder su proyecto, pero tiene que acotar riesgos y hay una diferencia abismal entre una inversión a nivel nacional, y una a nivel regional o local. En el primer caso, el inversionista tiene una estructura institucional como PROINVERSIÓN, Organismos Reguladores y Ministerios que le puede servir de agente neutralizador de inquietudes políticas de los sectores porque, por ejemplo, Proinversión es especializado en la promoción de la inversión privada, tiene *expertise*, tiene Banco de Proyectos, tiene personal especializado que conoce todas las materias. Puede ir a diversos sectores donde tiene toda una estructura administrativa que le va a permitir analizar (por viceministerios, por sectores, por Organismos Públicos Descentralizados) los proyectos que puede desarrollar. Puede, si tiene una discrepancia, tener árbitros, con quienes se puede plantear un arbitraje o acudir al Poder Judicial a reclamar. Asimismo, tiene instancias que le brindan cierto nivel de seguridad para poder iniciar un proceso de inversión. Eso no sucede a nivel local y regional, porque se va a asociar con Gobiernos Regionales y Locales que, como sostuvo el Doctor Danós, tienen un déficit institucional de inicio. Son sumamente autoritarios: un Gobierno Regional o Local, en teoría, tiene un Consejo Regional o Municipal que es el "Poder Legislativo" -digamos- de la Municipalidad. Pero, en los hechos, sabemos que el partido político del alcalde o del

Temas sobre Derecho Administrativo Económico y el Régimen de Concesiones en nuestro país

Presidente Regional tiene el control de ese Concejo, es suyo. Hacia arriba, el alcalde tiene la mayoría y hacia abajo toda la burocracia responde a él.

Entonces, entrar en un proceso de la inversión privada es casi como entrar a negociar con una sola persona que tiene todo el poder local. El inversionista no tiene un regulador al cual ir, porque el OSITRAN o el OSINERGMIN, o la SUNASS no existen en provincias para efecto de este tipo de supervisión o reclamos de servicios municipales. Sobre infraestructura local OSITRAN tampoco tiene competencia. También está negada la posibilidad de ir a reclamar al Poder Judicial cuando se litiga en provincias, donde se litiga casi siempre “de visitante”, todos son muy cercanos. Es muy difícil atraer a los inversionistas en las regiones. De hecho, por más esfuerzos que pueda hacer PROINVERSIÓN, el déficit estará en la institucionalidad. Hay muchos proyectos que se pueden desarrollar en provincias. Hay muchas municipalidades o regiones que se quieren desarrollar, pero tienen ese déficit de confianza -para el que tendrán que encontrar una solución- que son más estructurales que de intervención de PROINVERSIÓN. Este organismo no tiene, necesariamente, que estar en todo el país. Probablemente lo más adecuado sería promover la seguridad jurídica e institucionalidad en las regiones para que pueda haber un mayor nivel de confianza en inversión y, sobre todo, *información* sobre los proyectos. Uno ingresa, por ejemplo, a la página web de PROINVERSIÓN y puede encontrar todos los proyectos que, por lo menos en el próximo año, piensan lanzarse y por sectores. A diferencia de estos casos, uno puede preguntar a las regiones qué proyectos hay y probablemente no lo sepan. Lo que tienen son promesas electorales o intenciones, pero no hay proyectos. Entonces, es difícil atraer al inversionista.

RHT: En la línea de lo señalado en mi respuesta a la anterior pregunta, coincido bastante con el profesor Morón en lo que respecta al tema de la falta de institucionalidad de los gobiernos locales como traba para la inversión. Esto se ha podido demostrar en recientes procesos trunco y fracasados de concesiones como los que efectuó el distrito de Barranco sobre las playas de su jurisdicción territorial (salteándose a la Autoridad Autónoma de la Costa Verde) o por ejemplo lo sucedido en el contrato de concesión de la autopista del aeropuerto o en el proceso de revisiones técnicas vehiculares. Lo que aquí debe tenerse en cuenta es que es necesario que los gobiernos locales mejoren su marco institucional y se

conviertan en instituciones predecibles, sea celebrando convenios con PROINVERSIÓN (opción actualmente poco usada, ya que los gobiernos locales pierden discrecionalidad y poder al entregar sus competencias a dicha entidad) o tal vez creando instancias autónomas dentro de los gobiernos, al margen de los alcaldes para promover la inversión privada en forma autónoma, técnica y respetando los derechos de los inversionistas, brindándoles predictibilidad y asimismo, respetando los estándares de protección previstos en los Tratados de Libre Comercio.

8. Uno de los obstáculos para la promoción de la inversión privada es el carácter engorroso de la mayoría de procedimientos administrativos que los inversionistas se ven obligados a seguir para llevar a cabo un proyecto de inversión en el país. En ese sentido, siendo la Ley de Procedimiento Administrativo General la norma que regula los procedimientos administrativos y sus garantías, ¿cuál viene a ser su rol para superar este obstáculo?

JDO: En primer lugar, tengamos claro que en la mayor parte o casi todos los procedimientos que van a seguir los inversionistas para poder concretar las inversiones pactadas con el Estado (cuando son proyectos que han sido materia de promoción a la inversión) se regulan por normas especiales. Entonces, todos tienen regulaciones específicas *ad hoc*, se supone “adecuadas a”. El problema, en primer lugar, se trata de todo lo que conversamos -el Dr. Morón lo ha desarrollado mejor- acerca de la



Mesa Redonda con Jorge Danós Ordóñez, Juan Carlos Morón Urbina, Richard Martin Tirado y Ramón Huapaya Tapia

falta de institucionalidad y una suerte de *error* que hace que se conviertan en trabas u obstáculos: error en la aplicación, error en la conceptualización, al tomar al inversionista, antes que como un generador de trabajo o un dinamizador de la economía local, como un blanco para poder extraer recursos con fines tributarios o generando un conjunto de medidas o normativa que dificulta la inversión.

Recuerdo que en el Reglamento de la Ley de Promoción de la Inversión Descentralizada, que se aprobó hacia el año 2003, se estableció una figura de una suerte de facilitador inversión. Ya no lo que comentaba el Doctor Martin, ya no en el sentido de crear pequeñas PROINVERSIÓN a nivel municipal, sino establecer que dentro de las entidades centralizadas podría haber un funcionario que se encargue de facilitar. En otros países, como por ejemplo en Francia, tiene el nombre de “mediador” (dicho en francés). La lógica es destrabar o facilitar, porque es paradójico que la propia municipalidad, la región o el mismo Gobierno Nacional otorguen una concesión y luego vengan una serie de requisitos que hay que cumplir (Estudio de Impacto Ambiental, Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos, Licencias de Construcción o la Autorización para el Uso de Materiales de Construcción en Zonas Cercanas a los Ríos, entre otros) ante distintas entidades administrativas que no siempre coinciden o compatibilizan el objetivo de promoción de la inversión y que los mecanismos que hay para poder cuestionar no son los más adecuados. La Comisión de Barreras Burocráticas en estos casos no sirve cuando de por medio hay un título administrativo como en el caso de un concesionario. Además, finalmente, su decisión no tiene un carácter ejecutivo. Hay que ir al Poder Judicial para que se haga cumplir. Por tanto, hay salidas -como estos casos- en los que no se han utilizado. Las Municipalidades o las Regiones no han creado esta figura para efectos de que un funcionario pudiera hacerlo directamente con la autoridad y lo que puede hacer la LPAG es, sin lugar a dudas, dado el conjunto de principios y la lógica que tiene de simplificación o modernización que tiene, debería facilitar y, claro, el problema es que su carácter de Ley General (que se aplica en *defecto* de norma especial) a veces le va a restar las posibilidades de cumplir el rol que tiene que, sin embargo, es muy importante. Pienso, por ello, que el tema no está exclusivamente en la LPAG, sino que proviene de normativa especial (que tiene que ser modificada) y proviene también de la falta de voluntad de los niveles de gobierno involucrados en la promoción a la inversión, que tengan la iniciativa propia

de poder facilitarla y poder ayudar -en estos en los que hay interés público, interés de la sociedad en promover la inversión- a que se le puedan otorgar las facilidades del caso, aparte, obviamente, de un marco legal más adecuado.

JCMU: Lo que sucede es que las normas no actúan por sí mismas. Estas son preceptos de conducta, que están planteadas, aprobadas positivamente, que tienen un conjunto de valores, principios y reglas, pero los que actúan son los funcionarios y los operadores. El problema que surge aquí es uno no solo para el inversionista sino para todo usuario de un servicio público. Toda persona que acude a la administración pública encuentra la burocracia de por medio y eso sucede en una Municipalidad o en un Organismo Público Descentralizado, incluso desde la mesa de partes. Ahí el problema es mayor, es un tema de un mal enfoque de lo que es la simplificación administrativa o la modernización del Estado. Hay varios periodos en los que se ha tratado de simplificar a la administración pública, pero tengo la impresión de que siempre ha habido un equívoco en el enfoque, que siempre ha sido excesivamente jurídico y normativista. Se piensa que se simplifica la administración pública haciendo más normas. Si vemos lo que se ha hecho en los últimos diez años en cuanto a simplificación, encontraremos que casi por cada artículo de la LPAG hay cinco manuales, tres Reglamentos, dos Directivas sobre cómo hacer una fiscalización, cómo cobrar una tasa, como cuantificar, cómo hacer un TUPA, entre otros. Hacemos tantas normas que ni siquiera los operadores que las crean las conocen. Simplemente se cumplen metas, se cumplen consultorías y, finalmente, se tienen diversas normas pero no actúan. Creo que el enfoque de simplificación a considerar es uno más operativo, es decir, identificar las barreras y eliminarlas. Ahí lamentablemente, quien estaba llamado a atender el tema, el INDECOPI, también cae en

Temas sobre Derecho Administrativo Económico y el Régimen de Concesiones en nuestro país

los propios vicios que tiene que atender. Tiene que combatir las barreras burocráticas, pero a la vez su mismo sistema lo es. Para empezar, muy pocas veces actúa de oficio, en la gran mayoría de los casos tiene que esperar que alguien reclame y para ello esa persona tiene que pagar una tasa (que no es barata) y tiene que esperar 120 días a que le resuelven el reclamo, con lo que el ciudadano prefiere pasar por la traba burocrática, pagar los cinco soles de más que le piden y esperar su procedimiento. Finalmente, si logra tener éxito, se le inaplicará pero queda vigente para el resto de peruanos. No es un mecanismo que realmente incentive la simplificación. Entonces, convivimos con las medidas burocráticas los inversionistas, contribuyentes, constructores, empresarios y, sin embargo, esto no está funcionando. El eje es que se adopte realmente un enfoque de modernización del Estado desde una óptica de gestión, de atacar los problemas y no más normativa, que, en verdad, nos confunde más.

RHT: Coincido bastante con los diagnósticos de los doctores Danós y Morón y me permitiría agregar algo más. Hay un tema que está muy en boga en los tratados de inversión: la transparencia, que implica una carga más para el Estado con respecto a la información que brinda a los inversionistas. Muchas veces los inversionistas necesitan tener información actualizada del marco legal que ofrece un país para las inversiones. Ustedes me dirán que para ello puede contratar un abogado, solicitar informes legales, entre otros, pero se necesita, siempre, que el Estado tenga esa información, de manera fiable, para los inversionistas. Generalmente no está, no está actualizada, muchas veces los TUPA se desactualizan rápidamente. Esto genera trámites engorrosos y, al final, malos resultados con respecto a los inversionistas y se estaría incumpliendo una obligación que está en un tratado de promoción de las inversiones.

Entonces, usando a la LPAG como una suerte de plataforma para ello, hay que incidir en dos cosas: (i) la *información* que se brinda al ciudadano, que tiene que estar actualizada permanentemente por cada entidad pública. Puede parecer una quimera, pero, al menos, las principales, los principales Ministerios y PROINVERSIÓN deberían tener esta información permanentemente actualizada. Conozco laudos internacionales, por ejemplo uno en el que se ha condenado a Chile por un formulario de inversiones mal diseñado que contenía una promesa unilateral del país al inversionista, que al final no se cumplió. Ese tema hay que cuidarlo bastante;

(ii) *establecer lineamientos* no necesariamente vinculantes, pero que al menos orienten al ciudadano o al inversionista con respecto a los trámites administrativos que debe hacer. Esa es una obligación del Estado. Entiendo que el enfoque tradicional es decir “que paguen su plata y se acabó, para eso son inversionistas”, pero pienso que el Estado debe ir un paso más allá y dar información fiable, como lineamientos, como modelos resolutivos, o algo que permita facilitarle la vida al inversionista; y, (iii) respetar el principio de predictibilidad que, si bien es cierto no es un principio esencial del procedimiento administrativo, es una de esas normas convertidas en principios, pero que sí debe ser importante para las entidades públicas. Muchas veces no se obedece eso: en los casos iguales se resuelve de manera distinta y eso genera una suerte de afectación a los derechos de los inversionistas, creo que tendría también verse de una u otra manera. Esas son cosas importantes que hay que valorar. También utilizar tecnologías de la información. Por ejemplo, yo siempre cito el ejemplo el caso chileno, donde existe el sistema del *ChileClic* que es mucho más avanzado que la plataforma informática existente en el Perú, que da trámites en tiempo real, como si fuera una especie de mercado libre y que da información completa sobre los trámites. Incluso se puede hacer los trámites en línea. Eso no existe acá, donde hay sistemas estáticos, en los que no se da oportunidad para poder mejorar. Entonces, tiene que invertirse más dinero. Sabemos que sí hay dinero, por lo que se tiene que mejorar los sistemas.

RMT: Siempre parecería que la promoción de inversión privada y los procedimientos simplificados favorables al inversionista van en líneas paralelas y existen múltiples ejemplos de ello en la historia reciente. Ya en los años ochenta se promulga la Ley de Simplificación, Ley 25035 y el punto más alto de esta dicotomía se observa en el Decreto



Mesa Redonda con Jorge Danós Ordóñez, Juan Carlos Morón Urbina, Richard Martín Tirado y Ramón Huapaya Tapia

Legislativo 757 que plantea un título cuarto diseñado para el inversionista, básicamente reconociendo que existe un punto neurálgico entre inversión y concesiones administrativas. Creo que, más allá de ese esfuerzo que el Estado evidentemente hace muchos años (con avances y retrocesos, como idas y vueltas), identificaría algunos temas. Primero, que uno de los problemas que afecta la simplificación y agilización en materia de inversión es la propia organización de los procedimientos administrativos. Hay procedimientos cuya organización de una forma determinada no se justifica y en ese tema los diseñadores del TUPA tiene gran parte de la culpa: los procedimientos que deberían requerir de la sola presentación de un documento pasan, por ejemplo, a ser procedimientos con admisión previa o viceversa. Todo ello genera procedimientos engorrosos para el inversionista. Por ello, un primer aspecto que quisiera enfatizar es el diseño de los procedimientos administrativos termina afectando todas las reglas de inversión porque el Estado debería tener un esquema bastante logrado y estandarizado de qué es aquello que debería constituir procedimientos sujetos a aprobación previa, a fiscalización posterior, o sea, procedimientos en los cuales básicamente debemos un cúmulo de posibilidades de participación a inversionista. Eso no se hace.

Uno de los ministerios pilotos en la década pasada fue el Ministerio de Energía y Minas. Teníamos los TUPA, los procedimientos totalmente actualizados y, sin embargo, se ha paralizado el tema. Hoy día han aparecido nuevos procedimientos pero no con la misma eficiencia, no por el personal que labora ahí ahora, sino por el Estado, que no está priorizando este tema, cuando esta debería ser una tarea prioritaria.

RHT: Por ejemplo, es una tontería pasar por la Presidencia del Consejo de Ministros (en adelante, PCM) para que apruebe el TUPA. En vez de pasar por los Municipios, tiene que pasar por el Ministerio y por PCM y se da la locura que uno presenta un TUPA y va por la PCM, que se demora seis meses para emitir una opinión y, cuando ello ocurre y se dice “corrijase”, las normas ya cambiaron y se tiene que volver a hacer el TUPA.

RMT: Después, el Estado ha dado normas contradictorias en los TUPA, normas como el silencio administrativo, las exigencias de determinados requisitos o presupuestos para cerrar el procedimiento -lejos de ayudar a simplificar

los procedimientos- lo han hecho más engorrosos. El tema es absolutamente caótico en el plano municipal. Han tenido que haber proyectos especiales (como en el caso de las licencias municipales) en los que hasta el día de hoy seguimos sin homogenizar trámites o procedimientos administrativos. Entonces, advierto que la propia organización del Estado es una caótica en materia de promoción de la inversión privada. Lo que tenemos son “islas” o “plataformas especiales” dentro del Estado que sí se han preocupado en promover los procesos de inversión. Valgan verdades, hay tareas de muy poco costo y de alto beneficio social. Como ejemplo, tenemos las ventanillas únicas y el “Exporta Fácil”. Son tareas que no le cuestan mucho al Estado, pero tienen un hondo efecto práctico a la hora de agilizar los procesos de promoción y, en general, mejorar la simplificación administrativa. Entonces, el Estado necesita una reingeniería en materia de trámites y procedimientos. Espero que quien tenga que tomar la decisión declare, en coordinación, todos los TUPA y procedimientos, que se haga una revisión a propósito de lo que ha sido cuando entró en vigencia la Ley de Procedimiento que obligaba a un proceso de adecuación de los procedimientos. Necesitamos algo parecido en materia de promoción de inversiones para que este tema pueda ser adaptado.

Son diez años en los que el Estado no ha hecho mayores esfuerzos. Nos hemos quedado con los procesos de adecuación ordenados por la LPAG, pero no se ha hecho mucho después de eso, es más, no se ha hecho casi nada. Y siguen habiendo problemas engorrosos. Hay Ministerios emblemáticos en materia de inversión, pero el resto del país “bien gracias”. La promoción de la inversión no tiene una sola cara, tiene fases o etapas y finalmente llega al núcleo más insignificante del Estado peruano que es la municipalidad o centro

Temas sobre Derecho Administrativo Económico y el Régimen de Concesiones en nuestro país

poblado donde efectivamente uno tiene que llegar a obtener la autorización y licencia para construir. Todo el esfuerzo desarrollado para un proyecto se topa finalmente con un funcionario con instrucción de cuarto o quinto de primaria que finalmente no otorga una licencia y ahí quedaron consumadas las expectativas del inversionista.

RHT: Ahora hay considerar que para el tema minero-energético está la Consulta Previa,

que se ha convertido en parte de la agenda y va a retardar mucho más los procesos de inversión.

RMT: Claro, la licencia social. No sabemos a dónde puede llegar eso. Ya han avisado que habrá licencia social en algunos proyectos a nivel municipal.

RHT: Todo se está volviendo mucho más complejo, porque habrá consulta previa *antes* del título, antes de la concesión minera, antes de la concesión eléctrica, antes de la licencia de hidrocarburos.