
Concesión de obras públicas: ¿promoviendo la inversión privada en el Perú?

Andrés Gómez de la Torre Barrera
Abogado.

1 Introducción.

El otorgamiento de concesiones por parte de los Estados ha sido considerado en los últimos años un tema trascendental por todos aquellos países que como el nuestro, se encuentran en una permanente búsqueda de nuevas fuentes de financiamiento que posibiliten su crecimiento y desarrollo.

En efecto, no es un secreto que la modernización y mantenimiento de infraestructuras adecuadas encuentra como principal obstáculo la obtención de grandes inversiones de capital y alta tecnología, elementos que no se encuentran fácilmente al alcance de nuestros países. En este contexto, el otorgamiento de concesiones, además de permitir la construcción de nuevas obras, la culminación de las iniciadas y el mantenimiento adecuado de las existentes, constituye un medio o mecanismo adicional para alcanzar el objetivo antes referido.

Sin embargo, es claro que la sola existencia de esta fuente generadora de financiamiento no surtirá los frutos esperados en la medida que los países interesados no dispongan de un marco regulatorio adecuado, con normas legales claras y atractivas para

los inversionistas, que permita que esa fuente pueda ser aprovechada de la mejor manera posible.

En el caso peruano, el marco legal que regula la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura ha sido elaborado sin contar aún con un respaldo teórico suficiente y sobre la base de un desarrollo práctico aún incipiente. Para contrarrestar dicha situación, se requiere profundizar en una serie de temas relacionados con esta área del derecho administrativo, de manera tal que las conclusiones que se puedan extraer integren la base sobre la cual descansa el marco legal aludido.

No queremos dejar de señalar que el otorgamiento de concesiones puede no constituir el único medio para la construcción y mantenimiento de la infraestructura del país, sin embargo, es difícil negar que en la actualidad representa una vía de financiamiento bastante atractiva para los intereses del Estado, especialmente, en la medida que: (i) representa una alternativa a la utilización de las finanzas gubernamentales, hecho que trae como principal consecuencia, la limitación de la capacidad de endeudamiento fiscal y, (ii) configura la transferencia de una serie de riesgos hacia el sector privado, liberando de los mismos al Estado⁽¹⁾.

(1) Definitivamente, uno de los principales riesgos siempre presente es el riesgo legal. Sin embargo, existen otros que deben ser tomados en consideración al evaluar la viabilidad de un proyecto como son, el riesgo financiero, el riesgo político o el riesgo ambiental.

2 El rol actual del Estado y su relación con los particulares.

En nuestro país al igual que en muchos otros, la presencia y participación del Estado en la economía ha sufrido en los últimos tiempos cambios realmente considerables que responden de un lado, a la lucha constante de los particulares por alcanzar cada vez más libertades en el desarrollo de sus actividades económicas y, de otro, al supuesto fracaso de las políticas intervencionistas⁽²⁾.

La consecuencia más clara de lo señalado es definida por Roberto Dromi como la relocalización del Estado⁽³⁾, entendida como aquella situación en la cual éste adquiere una nueva posición, con objetivos y retos diferentes frente a los particulares, incluso manteniéndose al margen en el desarrollo de algunos sectores de la actividad económica.

2.1 De un Estado interventor a un Estado organizador.

La ubicación del Estado en la actual economía peruana y las nuevas misiones asumidas son consecuencia de un largo proceso que podría verse reflejado a nuestro entender en una suerte de línea del tiempo, en la cual el Estado interventor y el Estado organizador se encuentran en cada uno de los extremos.

Como ejemplos claros de un Estado interventor en los últimos años de la historia peruana, podemos hacer referencia a las múltiples medidas estatistas adoptadas por los gobiernos militares de los años sesenta y setenta. Por el lado del Estado organizador, podemos mencionar como ejemplo a los Organismos Reguladores, entidades que participan de manera activa en representación del Estado asumiendo funciones de fiscalización y control.

Cuando hablamos de un Estado organizador lo hacemos en alusión a que es él quien de diversas maneras debe establecer las reglas que definan claramente las obligaciones, funciones y derechos de los sujetos que componen una sociedad, haciéndose

cargo de la organización de dichos sujetos y prestando especial cuidado en el desarrollo de las relaciones que puedan surgir entre ellos diariamente.

Una de las múltiples funciones relacionadas con este rol organizador es la administración. Así, al igual que en una empresa cualquiera en la que existe una persona que vela porque la misma preste sus servicios y cumpla con su objeto social de manera eficiente, el Estado debe velar por que los bienes o servicios que se ofrecen a los particulares, sean brindados de la mejor manera posible.

Como consecuencia de lo anterior y dentro del marco del otorgamiento de concesiones de obra pública, el Estado ejerce también funciones reguladoras, las mismas que desarrollaremos con mayor detalle posteriormente.

Lo señalado en su conjunto, no hace sino reafirmar que la actuación del Estado ha ingresado desde hace algún tiempo en un proceso de mutación, por el cual ha debido variar su ubicación asumiendo un carácter subsidiario, respetando la autonomía de los particulares e interviniendo, en la medida de lo posible, de manera excepcional.

2.2 Estado y privatizaciones.

Los cambios en las funciones del Estado se han ido presentando de forma paralela a los denominados procesos de privatización. Al tratar con mayor detenimiento el tema, la doctrina lo aborda desde la perspectiva de la distinción entre lo público y lo privado.

Así, Rodolfo Barra entiende que lo público es aquello que directa o inmediatamente corresponde al bien común, mientras que lo privado es lo que directa o inmediatamente corresponde al bien de las partes o particulares, quedando un espacio grande para los efectos indirectos o mediatos donde se enfrentan la libertad y la autoridad. Asimismo, el autor señala que las circunstancias históricas, culturales o económicas no permiten que lo público y lo privado sean conceptos fijos y permanentes⁽⁴⁾.

(2) Si bien estamos de acuerdo con aquél sector que propugna una intervención cada vez más reducida del aparato estatal en la dirección del país, consideramos que un cierto margen de actuación no tiene necesariamente una connotación negativa, en la medida que bajo determinadas circunstancias resulta necesaria a fin de garantizar equilibrios y libertades. Un claro ejemplo lo constituye el establecimiento de limitaciones y/o prohibiciones a las prácticas restrictivas de la libre competencia a fin de promover y proteger el adecuado funcionamiento del mercado.

(3) DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998. p.45.

(4) Según Barra "hay un límite nítido de separación que desvincula casi totalmente a lo público de lo privado. Esto ocurre cuando el bien de las partes es autogestionado y autodeterminado. Se origina y se realiza en los mismos particulares y, en su armonía, en el estricto

Resulta pertinente citar una vez más a este autor, quien de esta manera presenta su visión acerca del desarrollo de los procesos de privatización: “desde el comienzo de la década de los años 80 estamos presenciando y viviendo, en todas las naciones, el debate y la experiencia del proceso privatizador. Este fenómeno (sin duda una reacción y giro de 180 grados con relación a las políticas hasta entonces seguidas) comenzó en las naciones más desarrolladas (incluso en los Estados Unidos, que en realidad no habían experimentado un fuerte proceso previo de estatización, por lo menos en lo que respecta a la institución del Estado empresario), luego en las nuestras, las naciones del subdesarrollo. Hoy lo estamos viendo ocurrir en el, hasta hace poco, mundo comunista. (...) La privatización es la idea fuerza del momento⁽⁵⁾”.

Sobre el particular, consideramos importante hacer una breve precisión. A pesar de que con cierta frecuencia se afirma que el otorgamiento de concesiones es una modalidad o mecanismo de privatización, consideramos que ello no resulta del todo exacto. En efecto, el otorgamiento de concesiones implica que el Estado entrega al concesionario únicamente la tenencia de ciertos bienes o la administración de determinados servicios públicos por el plazo de vigencia de la concesión. No es por tanto una cesión en propiedad, toda vez que el Estado al término de la misma no vuelve a adquirir los bienes que fueron cedidos puesto que nunca se desprendió totalmente de ellos. En efecto, tan solo dejó de lado su explotación efectiva, liberándose de una carga representada por la realización a su cuenta y riesgo, de las inversiones de capital requeridas o la adquisición de la tecnología necesaria.

En este sentido, la entrega de concesiones en nuestro sistema sólo implica de manera relativa una forma de privatización en la medida que el concesionario no recibe la propiedad de los bienes que le son concedidos. Por ello, podríamos hablar de una privatización de la gestión, más no de una privatización

de la propiedad, en la medida que el Estado no renuncia a la titularidad de los bienes o servicios, según se trate de una concesión de obra o de servicios públicos.

Lo recientemente señalado, no perturba el hecho que el otorgamiento de concesiones se encuentre perfectamente comprendido dentro del marco que Barra denominó la “idea fuerza del momento”.

2.3 Prerrogativas del Estado frente a los concesionarios: fiscalización y regulación.

Dentro del ámbito de las concesiones es frecuente hacer referencia a las facultades fiscalizadoras y reguladoras del Estado. Como hemos ya señalado, el Estado delega en los particulares la ejecución y explotación de obras públicas, pero a la vez determina un régimen jurídico bajo el cual deben regir su comportamiento.

De esta manera, el Estado no se limita a ejercer una regulación o control previo a través de la promulgación de normas o la planificación del procedimiento para la entrega de concesiones, sino que va más allá, ocupándose de la supervisión, fiscalización y control de la ejecución y posterior explotación de la obra pública por el particular.

Estas prerrogativas que el Estado conserva frente a los concesionarios, se fundamentan o justifican básicamente en la medida en que está de por medio un interés público, que se materializa en la necesidad de velar por el cuidado y conservación de los bienes que indirectamente pertenecen a una colectividad y que son otorgados en concesión.

Como sostiene Nidia Cicero justificando la regulación de los servicios públicos en Argentina, “si bien desde una visión puramente económica suele decirse que la mejor regulación es aquella que no existe, pues en un sistema de libre competencia es el propio mercado el que determina las condiciones, el mercado argentino en el sector de los servicios públicos no ha dado señales claras de autolimitación. Por tanto y al menos hasta que ello ocurra, la intervención

equilibrio del sistema, beneficia al bien común. El Estado (responsable del bien común) sólo interviene cuando las partes no pueden obtener dicho bien por sí mismas, pero lo reclaman, es decir, no quedan satisfechas con la situación de carencia. En las relaciones jurídicas, éste es el sector del derecho privado, donde el Estado solo interviene a petición de las partes cuando el ajuste de la relación, el cumplimiento de las prestaciones comprometidas, se frustra por la conducta de alguna de ellas”.

(5) BARRA, Rodolfo. *La concesión de obra y de servicio público en el proceso de privatización*. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma. N°. 6. pp. 19-20.

reguladora del Estado es indispensable si se quieren evitar conductas abusivas que, inevitablemente, repercuten en forma directa sobre los usuarios⁽⁶⁾.

Consideramos que el argumento esgrimido resulta plenamente válido también para el otorgamiento de concesiones de obra en nuestro país; en especial si tomamos en cuenta que, tal como lo establece nuestra legislación, la concesión de obra pública de infraestructura también implica la explotación de un servicio y, que hasta el momento, nuestro mercado no ha dado señales claras de esa autolimitación a la que hace referencia Cicero.

Es claro que detrás de todo lo señalado se encuentra el siempre recurrente “interés público”. Intentar definir los alcances de este concepto no ha resultado tarea fácil a lo largo de los años y no pretendemos hacerlo a través de estas líneas. Nos limitamos a señalar que el interés público importa un provecho o una ganancia que al escapar del ámbito de lo privado, corresponde a toda una comunidad. En la práctica ese interés debe verse reflejado en el fomento de intereses y la satisfacción de necesidades de índole general. En esa medida, el interés público debe constituir el motor, motivo y finalidad de toda la actividad estatal.

2.3.1 Las facultades del Estado en el campo de las concesiones.

Como es de suponer, las herramientas que deben permitir al Estado actuar de acuerdo con lo antes expuesto se encuentran contenidas en nuestra legislación y, son fiel reflejo de las funciones reguladoras y fiscalizadoras siempre presentes en el terreno de las concesiones.

Como se puede apreciar de la lectura del Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por el Decreto Supremo No.059-96-PCM -en adelante, el TUO-, y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo No.060-96-PCM -en adelante, el Reglamento-, que constituyen la base de nuestro sistema normativo para el otorgamiento de concesiones, se establece de manera clara que el Estado

por intermedio del sector u organismo correspondiente⁽⁷⁾, cuenta con una serie de atribuciones frente a los concesionarios que incluyen: (i) fiscalización del cumplimiento de los contratos de concesión; (ii) otorgamiento de derechos de servidumbre, autorizaciones, licencias y otras, destinadas al desarrollo de las obras que fueran necesarias; (iii) autorización para la transferencia de la concesión en caso fuera solicitada por el concesionario; (iv) modificación de aspectos puntuales del contrato; (v) hacer efectivas las garantías y penalidades que hubieran sido previstas; y, otras atribuciones de suma importancia dentro de las que se puede incluir por ejemplo, la posibilidad de declarar la suspensión o caducidad de la concesión.

Como es fácil suponer, atribuciones relacionadas con la posibilidad de autorizar la transferencia de la concesión, declarar su suspensión o caducidad, pueden ocasionar, si son ejercidas de manera indebida, grandes complicaciones para los concesionarios e inversionistas. El riesgo es aún mayor si se considera que un inadecuado ejercicio de tales facultades puede perjudicar el desarrollo y conclusión de la obra iniciada, y sentar un precedente negativo que podría afectar el inicio de futuros procesos y la llegada de nuevas inversiones.

Así, no es difícil apreciar que el ejercicio de las atribuciones conferidas al Estado -que se encuentran recogidas en nuestra legislación- juega un rol preponderante en el éxito del proyecto en particular y en el del sistema de concesiones en general. Por ello, deben ser realizadas con la mayor transparencia e independencia posible, especialmente en lo que respecta a la aplicación de sanciones ante eventuales incumplimientos.

2.3.2 Los Organismos Reguladores.

Como hemos señalado, paulatinamente el Estado ha ido dejando de lado su papel interventor (prestador y ejecutor directo de los servicios y obras públicas), para dar paso a la actuación de los particulares quienes han ido asumiendo algunas de estas funciones.

(6) CICERO Nidia. *Servicios Públicos control y protección*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996. p.65.

(7) Cuando la norma hace referencia al “sector u organismo correspondiente”, se refiere a la entidad que suscribirá el contrato de concesión en representación del Estado. Tal fue el caso del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción en el proceso de entrega en concesión del sistema ferroviario en el Perú.

Sin embargo, el Estado no ha desaparecido totalmente de escena, sino que ahora, desde otra posición, participa en la actividad económica del país conservando siempre un lugar preponderante. En efecto, puede que actúe por ejemplo como entidad concedente o de manera mediata, a través de los denominados organismos reguladores (Osiptel, Osinerg, Ositrán y Sunass) cuya función principal apunta a ejercer un control sobre la gestión que desarrollan los concesionarios. Las siguientes líneas estarán dedicadas a ellos.

Los organismos reguladores son entidades creadas con la misión concreta de supervisar y controlar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los concesionarios en lo que corresponde a condiciones de seguridad, calidad de su prestación, realización de inversiones comprometidas, mantenimiento de bienes públicos afectados por la concesión, tarifas y defensa del medio ambiente. La Ley No.27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos publicada en julio del año 2000, recoge expresamente las principales funciones a cargo de estas entidades y, su vez, las define como organismos públicos descentralizados, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.

Es claro entonces que la idea del legislador peruano es coincidente con la expuesta precedentemente y respeta la clara intención de permitir que el desarrollo de determinadas funciones -especialmente las regulatorias y fiscalizadoras- no sean más desarrolladas por el Estado en forma directa, sino, a través de entidades descentralizadas que, como estructuras separadas de la administración central, ejecutan la tarea de controlar el cumplimiento de las múltiples obligaciones emanadas de los contratos de concesión. Dichas estructuras deberán conservar en todo momento un grado importante de independencia respecto a las decisiones políticas del momento, de manera tal que su labor no se vea contaminada por presiones o conveniencias de uno u otro sector.

Sobre el particular, suscribimos la opinión de Jorge Sarmiento, quien entiende que la autoridad reguladora debe estar dotada al mismo tiempo de una

preparación técnica adecuada, de independencia política y de legitimación democrática, elementos que la deben constituir en un órgano de consulta necesario para quien deba formular decisiones políticas, sea este el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo o ambos conjuntamente⁽⁸⁾.

Esta independencia política o autonomía a la que se hace referencia, supone la actuación libre, sin sujeción a orden o instrucción alguna respecto a la manera de desarrollar sus funciones. En este sentido, el accionar de los organismos reguladores debe estar guiado siempre por su naturaleza de entidades autárquicas, con un alto grado de especialización técnica de sus funcionarios y empleados, procurando un máximo de eficacia y celeridad en la resolución de las controversias que pudieran presentarse entre concesionarios y usuarios.

Sin embargo y como es de suponer, siempre existirá el riesgo de que esa independencia y autonomía no sean tales en la práctica, resultando perjudicados tanto los concesionarios como los usuarios del servicio u obra pública correspondiente.

Justificar la existencia de un control de esta naturaleza no resulta tarea sencilla. No obstante ello, la opinión predominante considera que la justificación radica nuevamente en la presencia de un interés público que persigue la erradicación de conductas abusivas por parte de los concesionarios en perjuicio de los usuarios: peajes excesivos, restricciones en el uso de la obra o servicios inapropiados, que en muchas ocasiones, no pueden ser contrarrestados por los propios particulares.

En efecto, la participación de los organismos reguladores resulta la vía más adecuada para alcanzar el fin antes referido, en la medida que se presenta como una alternativa verdaderamente viable frente al tratamiento burocrático estricto a través de organismos de la administración o, frente a la incertidumbre y eventual desprotección al dejar la iniciativa en manos privadas⁽⁹⁾.

La importancia de las funciones a cargo de los organismos reguladores requiere -como se ha señalado- un alto grado de especialización, pero además, un manejo transparente y claro de la información relevante y de las decisiones que se adopten, en la medida que ello constituye una garantía en favor de los

(8) SARMIENTO, Jorge. *Concesión de servicios públicos*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996. p.53.

(9) PARADA Ramón. *Derecho Administrativo Parte General*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1998. p.497.

concesionarios y usuarios de que sus decisiones responderán exclusivamente a consideraciones de orden legal y técnico. Es claro además que, el éxito de los procesos de concesión, especialmente en la etapa posterior a la suscripción del contrato correspondiente y la llegada de nuevas inversiones, dependerá en gran medida del desempeño de cada uno de ellos⁽¹⁰⁾.

3 La concesión de obra pública y su tratamiento en nuestra legislación.

El análisis de la naturaleza jurídica de las instituciones que forman parte del derecho representa, en ocasiones, un aporte importante como punto de partida para el estudio posterior de aspectos puntuales de las mismas, a pesar que algún sector considera que dicho análisis no reviste mayor utilidad.

En consideración a lo primero, a continuación presentaremos las principales teorías que han estudiado a la concesión de obra pública a lo largo del tiempo, analizaremos sus principales argumentos y, posteriormente, comentaremos la posición adoptada por la legislación peruana y a las consecuencias derivadas de dicha opción. Finalmente, intentaremos estructurar una definición que nos permita obtener una visión clara de la concesión de obra pública, resaltando sus principales características y estableciendo las diferencias con otras instituciones que, en principio, se presentan con características bastante similares.

3.1 Diversas teorías con relación a la naturaleza jurídica de la concesión de obra pública de infraestructura.

Para gran parte de la doctrina, la naturaleza jurídica de la concesión de obra pública ha sido el punto de partida de los estudios sobre la materia. Así, desde el siglo pasado -en el que se comenzaba a tratar con mayor frecuencia esta institución-, la mayoría de autores buscaba encuadrar sus ideas dentro de los dos grandes esquemas que hasta ese momento se presentaban.

De un lado, existía el sector que sostenía que la concesión de obra(11) era un simple contrato que se

debía regir por las normas del derecho privado. En tal sentido, era la voluntad de las partes contratantes la que regía el destino y los efectos que se produjeran del mismo, recogiendo el principio conocido por nuestro derecho como libertad contractual. A los seguidores de esta tesis se les reconoció como defensores de la teoría clásica.

Frente a los primeros, se encontraban aquellos que consideraban que la concesión de obra tenía su origen en un acto administrativo, es decir, se trataba de un acto unilateral del Estado, quien mediante un acto de imperio, decidía el destino de la concesión.

Durante un tiempo estas fueron las posiciones más respetadas en relación con la naturaleza jurídica de las concesiones. Sin embargo no tardó en aparecer en escena una tercera posición, la llamada teoría ecléctica o mixta. Quienes la defienden señalan que la concesión tiene una doble configuración. De un lado, está conformada por un acto de derecho público y de otro, por un contrato en donde el Estado -sometiéndose a un régimen contractual- reconoce una serie de derechos en favor del particular y actúa en determinados momentos en un plano de igualdad.

3.1.1 La teoría del contrato privado.

La teoría del contrato privado conocida también como la de la doctrina clásica o contractualista, prevaleció en nuestro derecho durante gran parte del siglo pasado. Sus defensores sostenían que la concesión debía ser entendida como un contrato privado, en donde el derecho civil debía regir el destino del mismo.

Las bases de esta teoría las podemos encontrar, en primer lugar, en la idea de la doble función o doble "personalidad" del Estado, según la cual frente a determinadas situaciones, podía actuar asumiendo diversas posiciones.

Así, encontramos a un Estado actuando en base a su *ius imperium* en un plano de desigualdad con los particulares, ocupando evidentemente una situación privilegiada. Ello puede verse reflejado cuando el Estado impone unilateralmente sus decisiones.

Según los defensores de esta teoría, el Estado podía actuar también en un segundo plano, uno de igualdad, ocupando la posición que normalmente le

(10) El Decreto Supremo No.032-2001-PCM, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 29 de marzo del presente año, ha precisado diversos temas vinculados con las funciones y actividades de los organismos reguladores, incidiendo de manera especial en el principio de transparencia que debe regir el desarrollo de cada una de sus funciones.

correspondería a otro particular y, por tanto, sometiéndose a las normas del derecho común.

La teoría del contrato privado se basaba también en la idea de que las partes en una concesión (Estado y concesionario) actúan de manera voluntaria, ejerciendo sus derechos y decidiendo por propia voluntad respetar mutuamente un contrato en los términos negociados. Es así, que nadie obligaba al concesionario a actuar como tal, ni éste podía obligar al Estado a contratar con él.

A este carácter voluntario en la contratación se le sumaban las diversas características contractuales que a lo largo del proceso de concesión se podían ir presentando, situación que podía hacer aparecer a la concesión en su conjunto como un gran contrato privado, conformado por otros tantos de naturaleza privada que se irían celebrando, por ejemplo para la obtención de financiamiento u otros celebrados entre el concesionario y eventuales operadores, o aquéllos cuyo objeto era el suministro de determinados bienes.

Si bien en la actualidad esta teoría recibe un respaldo minoritario, debemos reconocer que en un momento determinado fue la de mayor aceptación, en gran medida, debido al escaso desarrollo alcanzado por el Derecho Administrativo. Esto último motivaría según José Vargas, que la solución que pareciera más acertada en su momento fuera "(...)utilizar las categorías y nomenclaturas desarrolladas por el Derecho Privado, el cual aparecía por ello, como una disciplina que ofrecía mucha más seguridad jurídica⁽¹²⁾".

En nuestra opinión hoy en día contamos con suficientes elementos que nos permitirían descartar esta posición, más por las consecuencias prácticas de su aplicación, que por sus argumentaciones teóricas, puesto que pueden existir similitudes con formas contractuales recogidas por el derecho privado.

En efecto, en virtud del interés de naturaleza pública que subyace al otorgamiento de una concesión, ésta no podría estar sujeta únicamente a normas de derecho privado, pues no consideramos pertinente otorgar irrestrictamente determinadas facultades a un

particular que, en última instancia, podría colocar sus derechos en un plano de superioridad frente a los derechos de una colectividad.

En este orden de ideas, una aplicación a raja tabla de esta teoría impediría que, en busca de la satisfacción de ese interés público, el Estado como ente concedente pudiera en determinados casos -previamente establecidos y justificados-, modificar o variar las condiciones en que se pudiera haber otorgado la concesión, ni mucho menos declarar su caducidad o suspensión sin contar con la aceptación de su contraparte -el concesionario- facultades que han sido contenidas expresamente en nuestra legislación.

3.1.2 La teoría del acto administrativo.

La teoría del acto administrativo o del acto unilateral de la Administración surge en reacción frente a la teoría clásica recientemente analizada, y predica en líneas generales que la concesión de obra pública implica un acto de soberanía estatal, en donde el Estado se coloca en un plano de total superioridad frente a los particulares.

En este sentido, se deja de lado la participación de dos partes contratantes, toda vez que en la práctica sería el Estado -actuando como entidad concedente- quien en ejercicio de su poder de imperio decide por sí mismo el perfeccionamiento o no de la concesión. De esta manera, la única voluntad necesaria para la entrega en concesión de una obra pública sería la del Estado, quien decidiría cómo, cuándo y a quién entregar la concesión, sin otorgar posibilidad alguna al concesionario de participar en la negociación y menos aún, sin concederle mayores derechos frente a él. Bajo estos criterios, nos encontramos frente a un acto puro de liberalidad del Estado concedente.

Como señala Otto Mayer, bajo esta perspectiva la voluntad individual no es un elemento esencial de este acto administrativo, sino un elemento accesorio, una condición, de cuyo cumplimiento o concurrencia depende no la existencia del acto administrativo, puesto que este es siempre unilateral, sino la eficacia del negocio jurídico⁽¹³⁾.

(11) Si bien en un inicio las diversas teorías trataban el tema de la naturaleza jurídica haciendo referencia únicamente a la concesión de servicios públicos, con el correr del tiempo el análisis comprendió además a la concesión de obra pública, cuya naturaleza responde en gran medida a los mismos principios generales. Incluso se ha llegado a afirmar que las teorías que estudian a esta última se derivan de las que son propias de la concesión de servicios públicos.

(12) VARGAS José. *La Concesión de Obras Públicas*. Santiago: Ediciones Jurídicas La Ley, 1997. p.106.

(13) MAYER, Otto. Citado En: VARGAS, José. Op. cit.; p.108.

Consideramos que en la práctica una aplicación estricta de esta teoría desincentivaría e indudablemente reduciría la participación de los particulares en el desarrollo de proyectos de infraestructura que favorezcan el desarrollo de los países interesados. En efecto, la intención de estructurar un adecuado procedimiento de otorgamiento de concesiones responde justamente a la finalidad de incentivar la participación de los particulares en el desarrollo y mejoramiento de este tipo de obras, toda vez que el Estado por sí solo se ha visto en la imposibilidad de lograr dicho objetivo.

En este orden de ideas, el dejar en manos de la entidad concedente la posibilidad de modificar unilateralmente las condiciones del contrato de concesión o incluso permitirle decidir la suspensión o caducidad de la misma por su sola posición privilegiada, definitivamente no otorgaría ninguna seguridad al potencial inversionista, desalentando cualquier intento de participación de los particulares.

Si bien nuestra legislación contempla la posibilidad de que la entidad concedente pueda decidir, por ejemplo, la caducidad de la concesión; de un lado, establece taxativamente los supuestos en los cuales dicha decisión puede ser adoptada y, de otro, establece un derecho de indemnización y otras garantías a fin de intentar reducir al máximo los riesgos en los que podrían incurrir los potenciales inversionistas, buscando atraer su atención⁽¹⁴⁾.

3.1.3 La teoría del acto complejo.

Finalmente, la teoría conocida como la del acto complejo, mixta o simplemente ecléctica, plantea la coexistencia de un aspecto legal o reglamentario y de un aspecto contractual, en las concesiones de obra pública.

Así, en el aspecto legal o reglamentario se incluyen todas aquellas normas que regulan el otorgamiento de las concesiones y que implican un acto unilateral del Estado. De esta manera, la entidad concedente puede fijar condiciones y requisitos en el ejercicio de su poder de imperio, teniendo como límite el resguardo del interés público.

Sin embargo, esta actuación del Estado no tiene las mismas características ni los efectos propuestos por

la teoría del acto unilateral, pues aún cuando se le reconoce la posibilidad de tomar ciertas decisiones y realizar modificaciones, se establecen también límites a su accionar, los mismos que se relacionan con el objeto de la concesión que se otorgó y el respeto a las obligaciones asumidas frente al concesionario. Es decir, no se podrán variar las reglas del juego de manera tal que ello signifique una variación del objeto mismo de la concesión o que se impongan cargas al concesionario que excedan el límite de su capacidad.

Frente a ello, en aplicación de su aspecto contractual, se crean derechos y obligaciones en favor y a cargo de cada una de las partes contratantes, los mismos que quedan establecidos al momento de la suscripción del contrato de concesión correspondiente, momento a partir del cual se originan situaciones que no podrán ser modificadas sin el consentimiento de la contraparte.

Los temas contractuales más comunes son los relacionados con la parte económica de la concesión y con las condiciones bajo las cuales el concesionario podrá contratar con terceros, tal es el caso de los contratos de suministro o de locación de servicios correspondientes.

El carácter contractual de la concesión no genera menos controversia. Así, para algunos estaría referido propiamente a la presencia de un contrato administrativo, que Roberto Dromi define como “toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa⁽¹⁵⁾”.

No es vano, recordar que estamos frente a un contrato administrativo, siempre que éste presente las siguientes características: i) obras o servicios cuya realización o prestación constituyen fines de la administración; ii) participación de un órgano estatal o ente no estatal en ejercicio de la función administrativa; y iii) prerrogativas especiales de la Administración en orden a su interpretación, modificación o resolución.

Para otros, no se trata de un contrato administrativo, especialmente en la medida que no se puede hacer referencia a prerrogativas especiales en favor del concedente. Por el contrario, existe para ellos

(14) En la parte final del presente trabajo analizaremos con mayor detalle los medios por los cuales el Estado busca incentivar la participación de inversionistas.

(15) DROMI, Roberto. Op. cit.; p.344.

una relación contractual caracterizada por la paridad de fuerzas entre las partes.

A pesar que la teoría del acto complejo es en la actualidad la que cuenta con mayor aceptación entre la doctrina especializada, ésta no es ajena a las críticas provenientes de diversas direcciones. Así, por ejemplo, se indica que la concesión no es un acto mixto (contractual y legal o reglamentario), sino que es en definitiva un contrato administrativo homogéneo y único y que las consecuencias de la llamada parte legal o reglamentaria, provienen del carácter administrativo del contrato referido.

Volviendo al contexto normativo peruano, el artículo 3 del Reglamento contiene una definición de concesión, que hace referencia al acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas. Parecería que mediante la referida norma, nuestros legisladores optaron por recoger la teoría del acto unilateral, en vista a la referencia al “acto administrativo”. No obstante ello, la práctica puede demostrarnos que en los procesos de otorgamiento de las concesiones que se han realizado o se vienen realizando, se pueden destacar las características propias de la teoría del acto complejo.

3.2 Definiciones y diferencias prácticas con otras instituciones similares.

Roberto Dromi y Julio Altamira intentan formular una definición en base a los elementos característicos que consideran más importantes. Así, Dromi señala que la concesión de obra pública es un modo de ejecución de la obra pública, por el que la Administración contrata a una empresa para la realización del trabajo y no paga luego un precio por ella, sino que la remunera otorgándole la explotación de la nueva obra construida, durante un plazo determinado.

Julio Altamira considera que es un modo de ejecución de una obra pública, por el cual la Administración celebra un contrato administrativo con el administrado para que ésta realice un trabajo determinado. El precio será pagado por quienes utilicen la obra o se beneficien de ella, a cuyo fin serán otorgadas temporalmente al co-contratante ciertas facultades para que pueda efectivamente percibir esa remuneración, durante el lapso en que deba hacerlo.

(...)el Estado no ha desaparecido totalmente de escena, sino que ahora, desde otra posición, participa en la actividad económica del país conservando siempre un lugar preponderante

En nuestra opinión, la concesión de obra pública representa la existencia de un acto jurídico de naturaleza compleja que tiene su origen en un acto administrativo y que, posteriormente, implica la suscripción de un contrato por el cual un concesionario asume a su cuenta y riesgo, la ejecución, reparación, conservación o mantenimiento de una obra pública, recibiendo en calidad de contraprestación el derecho de explotarla mediante un cobro determinado que será efectuado a los usuarios de dicha obra por intermedio de una tarifa o peaje.

A continuación, presentaremos algunos elementos que nos permitirán establecer ciertas diferencias entre la concesión de obra pública e instituciones de naturaleza similar.

3.2.1 La concesión de servicios públicos.

Cierto sector ha señalado que establecer las diferencias entre la concesión de obra pública y la de servicios públicos no debería representar mayor dificultad. Sin embargo, ese mismo sector reconoce que a lo largo del tiempo, el intento por establecer diferencias claras entre una y otra no ha sido del todo afortunado.

Desde nuestro punto de vista, resulta válido afirmar que siempre que se requiera como obligación principal una acción o actividad por parte del concesionario -aunque para ello se requiera previamente la construcción, rehabilitación o mantenimiento de una obra, como obligación accesoria- estaremos frente a una concesión de servicios públicos. Por el contrario, si la obligación principal a cargo del concesionario consiste en la realización de una obra o trabajo público, estaremos frente a una concesión de obra, en la cual el objeto será la construcción, mantenimiento o mejora de la misma, en tanto que el servicio posterior que se tenga que prestar, tendrá carácter accesorio.

A efectos de intentar esclarecer en parte el tema, consideramos que es posible recurrir a ciertos criterios de carácter más económicos que legales. Así, en la concesión de servicios públicos el concesionario puede recibir un activo de propiedad del Estado para dedicarse a su operación y explotación o puede prestar un determinado servicio utilizando para ello bienes de su propiedad. En ambos supuestos, el objeto de su obligación será siempre una mera actividad, por lo que las tarifas que reciba serán únicamente como contraprestación por el desarrollo de la misma. La idea es diferente en la concesión de obra, en la que el concesionario deberá construir una obra por encargo del Estado -a cuyo patrimonio se incorporará cuando esté culminada- y por ello, el precio que cobre a los usuarios tendrá naturaleza de contraprestación por la obra o el trabajo realizado. Para ello, el concesionario tomará generalmente a su cargo por un tiempo determinado, la explotación del servicio que la obra presta, en busca de recuperar la inversión realizada y de obtener la ganancia acordada.

A decir de Guillermo Fanelli, en la concesión de obra pública la tarifa o tarifas que el concesionario percibe de los clientes-usuarios no sólo retribuyen su actividad de prestación del servicio (en lo que sí se asimila a un concesionario de servicios públicos), sino también -y fundamentalmente- el precio de la obra que no le pagó el dueño de ella.

Una diferencia adicional un tanto relativa -dependiendo de los incentivos que pueda otorgar la entidad concedente- está relacionada con el supuesto mayor riesgo económico que se presenta en las concesiones de obra pública frente al riesgo que se presenta en la concesión de servicios públicos.

En efecto, mientras que en esta última el concesionario va cobrando progresivamente la contraprestación por la actividad realizada, en el caso de la concesión de obra pública éste deberá invertir en la construcción de la misma, pudiendo por lo general comenzar a recuperar su inversión dentro del plazo de la concesión, pero con posterioridad a la finalización de la obra.

No obstante lo anterior, consideramos que el mayor riesgo atribuido a la concesión de obra pública puede ser mitigado de alguna manera en la medida en que el Estado garantice las inversiones realizadas. Es

importante recordar que este supuesto mayor riesgo constituye sin duda un aspecto que siempre es considerado por el potencial inversionista, quien buscará obtener las mayores seguridades antes de efectuar la inversión.

Finalmente, se afirma también que en las concesiones de servicios públicos, el Estado como entidad concedente, determina o establece las tarifas que se deben cobrar a los usuarios por la utilización del servicio; y que por el contrario, esta situación no se presenta en el caso de las concesiones de obra pública, donde el ejercicio de esta facultad implicaría que el propio deudor fijara el precio de la obra contratada, toda vez que en este caso la tarifa o el peaje que recibe el concesionario es la retribución que recibe por la inversión efectuada para la ejecución de la obra.

Al respecto, consideramos que esta supuesta diferencia resulta también relativa en la medida que su verificación responde a la posibilidad incierta que sea o no adoptada por la opción legislativa del momento.

En definitiva, cada una de las hipótesis planteadas puede ayudar a resaltar posibles diferencias entre ambas instituciones, pero a nuestro entender, la diferencia fundamental radica en el objeto de la prestación a realizar por el concesionario. Si el objeto principal a cargo del concesionario es la gestión de un servicio o la explotación del mismo, estaremos frente a una concesión de servicios públicos. Por el contrario, si el objeto principal a cargo de éste es la construcción o reparación de una obra pública, estaremos frente a una concesión de dicha naturaleza. Evidentemente, se pueden presentar supuestos límite, en los que se deberá acudir a otros elementos para el análisis correspondiente.

3.2.2 El contrato de obra pública.

A diferencia del supuesto precedente, la opinión mayoritaria considera que no existe una diferencia sustancial entre el contrato de obra y la concesión de obra pública y que, en definitiva, la concesión de obra pública no es más que un contrato de obra pública donde el contratista es remunerado en una forma particular: no por la entidad estatal que lo contrató, sino por ciertos administrados, mediante el pago de un peaje o de contribuciones especiales⁽¹⁶⁾.

(16) SARMIENTO, Jorge. Op. cit.; p.31.

Compartimos la opinión que reconoce la diferencia existente en razón de la forma de retribución utilizada por el Estado; sin embargo, consideramos que existen otras diferencias de mayor relevancia que otorgan independencia a cada una de las referidas instituciones.

Así, la concesión de obra pública no se limita a la creación de una simple relación interna entre el Estado y el constructor-concesionario (como ocurre en el contrato de obra pública); sino que en virtud de ella se atribuye al concesionario una posición externa, en la cual se presenta frente a los usuarios-administrados como titular del ejercicio de la actividad objeto de la concesión producto de la delegación de ciertas facultades por parte del Estado. Sobre el particular, Eduardo Merteikian señala que en la concesión de obra pública se presenta “(...)una verdadera delegación que trasciende la estructura de la Administración pública delegante, para recaer en una estructura extraña, diferente a la Administración y de naturaleza privada. Por tal motivo, se le denominará delegación transestructural de cometidos⁽¹⁷⁾”.

De esta manera, el concesionario podrá encargarse del cobro de la tarifa o peaje respectivo y poseerá además poderes de policía, que le permitirán velar por el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los particulares en representación de la Administración.

Finalmente, aunque no es materia del presente trabajo analizar la naturaleza del peaje que cobra el concesionario, un sector de la doctrina considera que la concesión de obra pública se diferencia además porque el concesionario tendría la facultad de ser ente recaudador de un tributo, constituido este último por el peaje que se cobra a los usuarios de la obra pública construida. Quienes defienden esta posición señalan que esta facultad no podría ser ejercida por un contratista en un contrato de obra pública, tal como lo conocemos⁽¹⁸⁾.

3.2.3 Otras instituciones de naturaleza similar.

Las autorizaciones, permisos y licencias son instituciones que presentan elementos bastante similares a los que caracterizan a la concesión, especialmente

porque todas ellas son entendidas como medios que posibilitan una mayor participación a los particulares dentro de la actividad económica de un país.

En líneas generales, una autorización consiste en el otorgamiento de una “habilitación” previa, a fin de poder desarrollar actividades que son propias de los particulares pero que no pueden ser ejercidas sin el consentimiento de la autoridad.

El permiso representa una tolerancia concedida unilateralmente por el Estado en exclusivo interés de quien lo solicita, el mismo que resulta esencialmente revocable mediante el ejercicio de una facultad discrecional de quien lo otorga.

Finalmente, la licencia consiste en la delegación en favor de un particular de la gestión de un servicio u obra, pero con una diferencia sustancial: implica que el Estado cedente no conserva su papel de titular de la actividad que licencia sino que, en principio, la abandona en forma definitiva en manos de los particulares.

Al margen de las definiciones o conceptos vertidos, la diferencia fundamental entre las instituciones recientemente señaladas y la concesión de obra pública, radica en el hecho que todas ellas se limitan a posibilitar el ejercicio de un derecho pre-existente constituido en favor de los particulares, el mismo que por alguna razón se encontraba limitado. Por el contrario, mediante el otorgamiento de una concesión, el Estado transfiere una serie de facultades a los particulares que son de su exclusiva competencia.

Adicionalmente debemos recordar el interés público subyacente que se encuentra detrás de la obra o servicio materia de concesión, característica que no posee ninguna de las instituciones antes señaladas.

4 La promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura en nuestra legislación.

A lo largo del presente trabajo, hemos señalado que el otorgamiento de concesiones para la construcción de obras públicas representa para los Estados la

(17) MERTEHIKIAN, Eduardo. *Estudios sobre contratación pública*. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración. p.105.

(18) La naturaleza jurídica del peaje que cobran los concesionarios ha sido tema de discusión durante algún tiempo en nuestro país, a raíz de un caso particular de concesión de carreteras. La segunda disposición transitoria y final del Decreto Supremo No.064-2000-EF publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 30 de junio de 2000, precisó finalmente que el monto por concepto de peaje que corresponde a los concesionarios de obras públicas no constituye tributo, sino la retribución por un servicio que presta el concesionario al usuario del mismo.

posibilidad de desarrollar, modernizar y mantener en buenas condiciones su infraestructura, situación que en definitiva genera un beneficio importante en favor de la colectividad.

En efecto, el sistema de concesiones se presenta como una alternativa viable para aquellos Estados incapaces de asumir la realización de considerables inversiones de capital o de adquirir tecnología de última generación. Sin embargo, se requiere de un elemento adicional: un marco legal lo suficientemente seguro y atractivo para que los inversionistas privados -nacionales y extranjeros- se interesen en canalizar sus inversiones hacia el financiamiento de la obra pública que podría ser entregada en concesión.

4.1 Régimen general de promoción de la inversión privada en el Perú.

El régimen general aplicable a la inversión privada en nuestro país se encuentra recogido en nuestra Constitución Política, en el Decreto Legislativo No.662 -Ley de Promoción de la Inversión Extranjera-, el Decreto Legislativo No.757 -Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada-, en el Decreto Supremo No.162-92-EF -Reglamento de los Regímenes de garantía a la Inversión Privada- y en sus normas ampliatorias y modificatorias.

Una primera aproximación al referido régimen legal nos lleva a señalar que, en principio, el Estado peruano ha optado por la búsqueda del crecimiento de la inversión privada en todos los sectores de la economía nacional, mediante la creación de un régimen general dispuesto a otorgar una serie de derechos y garantías en favor de los eventuales inversionistas.

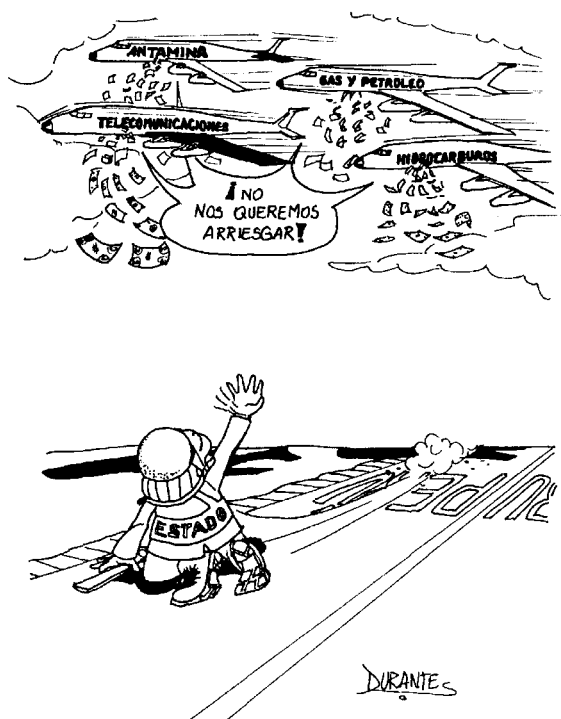
En este sentido, se reconoce expresamente que la inversión privada constituye un elemento esencial para lograr el dinamismo económico requerido para el desarrollo actual de las naciones, y que uno de los presupuestos irrefutables en relación a ella es la idea de respetar la participación en igualdad de condiciones -derechos y obligaciones- de los inversionistas nacionales y extranjeros.

Estos principios son reconocidos expresamente por los artículos 62 y 63 de nuestra Constitución Política. Asimismo, por el Decreto Legislativo No. 662 que señala en su parte considerativa que “los inversionistas extranjeros y las empresas en las que éstos participan tienen los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y empresas

nacionales, sin más excepciones que las que establecen la Constitución Política del Perú y las disposiciones del presente Decreto Legislativo”.

La misma idea es recogida por el Decreto Legislativo No.757 cuando dispone “la presente Ley tiene por objeto garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas (...). Establece derechos, obligaciones y garantías que son de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que sean titulares de inversiones en el país. (...)”.

El régimen de promoción descrito, se materializa en la práctica a través de la celebración de los llamados convenios de estabilidad jurídica, en virtud de los cuales el Estado garantiza a los inversionistas y a las empresas en las que éstos participan, la estabilidad de: (i) el régimen tributario referido al Impuesto a la Renta (para inversionistas y empresas); (ii) los regímenes cambiarios, de libre disponibilidad de divisas y libre remesa de capitales y utilidades (sólo para inversionistas); (iii) el régimen de contratación de trabajadores (sólo para empresas) y otros, durante un periodo de diez años, con el previo cumplimiento de determinados requisitos y de un procedimiento pre establecido, el mismo que se lleva a cabo ante la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras, CONITE.



Las características más importantes de estos contratos son recogidas tanto en la Constitución Política como en las normas antes citadas, que resaltan de un lado su carácter de contrato-ley -implica que el Estado no puede modificarlos mediante norma legal o dejarlos sin efecto unilateralmente- y de otro, su carácter civil y no administrativo -implica la preponderancia de la voluntad de ambas partes frente a la primacía de una de ellas, la Administración-.

En este sentido, los beneficios que los convenios de estabilidad jurídica otorgan a los inversionistas privados, representan una prueba real de la intención de promover e incentivar las inversiones en el país.

Entre sus características más importantes tenemos las siguientes:

a) Los convenios de estabilidad jurídica poseen fuerza de ley entre las partes, lo cual no hace sino resaltar la participación de los contratantes en un plano de total igualdad. Esta característica imposibilita la modificación unilateral de los términos contractuales convenidos, haciendo que el Estado se despoje de su *ius imperium* y se presente en plano de igualdad con el particular.

b) Se les considera contratos de naturaleza civil y, en consecuencia, se rigen por las disposiciones del Código Civil, no siéndoles aplicables las prerrogativas que el Estado posee en el campo de la actuación administrativa.

c) Tienen un plazo máximo de vigencia de diez años contados desde la fecha de su suscripción. Como veremos más adelante, en el caso particular de las concesiones de obra pública este plazo varía dependiendo del plazo de vigencia de la concesión.

d) Pueden ser objeto de renuncia por parte de los inversionistas y de las empresas receptoras de la inversión, supuesto en el cual será de aplicación la legislación común.

e) Es procedente la cesión de posición contractual de un inversionista en favor de otro, previa autorización de CONITE. En nuestra opinión, esta posibilidad es de mucha utilidad especialmente para los inversionistas extranjeros, quienes pueden

reestructurar sus empresas y conglomerados empresariales, constituyendo nuevas entidades que se ven favorecidas con los beneficios derivados de la celebración de estos convenios. Según hemos podido constatar, las cesiones de posición contractual en los convenios de estabilidad jurídica se realizaban en la práctica con cierta frecuencia, utilizando una vía bastante expeditiva⁽¹⁹⁾.

f) Las modificaciones que pudieran acordar las partes no podrán referirse a su plazo de vigencia ni a la reducción del monto de la inversión por debajo de los límites establecidos en nuestra legislación. Sin embargo, si la modificación supone un incremento en el monto de la inversión, éste también quedará comprendido en el régimen de estabilidad jurídica acordado.

Si bien es cierto que para la celebración de los convenios de estabilidad jurídica se establecen ciertas formalidades o exigencias a cargo de los inversionistas, consideramos que éstas son necesarias a fin de resguardar la seriedad de la operación de inversión.

De lo expuesto, es posible afirmar que en el Perú se ha estructurado un régimen general de incentivo a la inversión privada que tiene como pilares: (i) el respeto a la voluntad de las partes en la contratación, (ii) la actuación del Estado en plano de igualdad frente a los particulares y, en especial, (iii) el derecho a la no discriminación en función de la nacionalidad del inversionista.

Asimismo, no podemos dejar de advertir que este tratamiento igualitario ha recibido diversas críticas -que no compartimos- por parte de un importante sector, el mismo que considera que bajo estas condiciones el inversionista extranjero cuenta con mayores incentivos para invertir en el país, considerando que por lo general posee mayores capitales, mayor respaldo y menores costos que los inversionistas nacionales.

Finalmente, si bien el marco legal presentado resulta en principio atractivo para el crecimiento de la inversión privada en el país, el manejo diario y las experiencias que en la práctica se puedan dar, son fundamentales para el logro de los objetivos

(19) De manera sorprendente y constituyendo desde nuestro punto de vista una grave contradicción respecto de la política antes descrita, en setiembre del año 2000 se publicó la Ley No.27342, norma legal que estableció que en los casos de reorganización societaria, si una de las sociedades intervinientes era titular de un convenio de estabilidad jurídica, éste dejaría de tener vigencia. Una disposición de esta naturaleza -evidentemente inconstitucional- restringía uno de los principales beneficios antes referidos y debía ser suprimida. Como era previsible, la Ley No.27391, publicada en diciembre del año 2000, derogó la disposición bajo comentario.

propuestos. En este orden de ideas, entidades como CONITE o el Ministerio de Economía y Finanzas -directamente involucrados en los procesos de captación de inversiones- juegan un rol muy importante y son ellos los responsables directos de evitar trabas y distorsiones que afecten la participación de la empresa privada en el desarrollo de actividad económica.

4.2 Régimen de promoción de la inversión privada en las concesiones.

A continuación, analizaremos el régimen legal de incentivos existente para las inversiones en obras públicas de infraestructura en nuestro país. En un primer momento, presentaremos el marco general actual y, a continuación, desarrollaremos el sistema de garantías estructurado en favor de los concesionarios para facilitar el acceso al financiamiento que posibilite el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

4.2.1 Aspectos generales.

Toda vez que un análisis riguroso del tema excedería los límites del presente trabajo, centraremos nuestra atención en algunos de los aspectos más importantes recogidos en dos de las principales normas legales que regulan el sistema de concesiones y a las cuales ya hemos hecho referencia: el TUO -Decreto Supremo No.059-96-PCM- y su Reglamento -Decreto Supremo No.060-96-PCM-, además de sus normas modificatorias y complementarias.

Del análisis de las normas citadas se desprende que el régimen de promoción de la inversión privada en el campo específico de las concesiones de obra pública, no difiere en el fondo de los objetivos y metas propuestas por el régimen general desarrollado en el numeral precedente, no obstante presentar ciertas peculiaridades.

Así por ejemplo, tratándose de los contratos de concesión, el plazo de vigencia de los convenios de estabilidad jurídica suscritos por los inversionistas con el Estado se extiende a todo el plazo de duración de la misma -máximo sesenta años-, difiriendo del plazo de diez años, establecido por los Decretos Legislativos No. 662 y No.757 para el régimen general.

Adicionalmente, las normas sobre concesiones establecen que los plazos y requisitos para la inversión

establecidos en los contratos correspondientes, prevalecerán sobre las disposiciones que sobre el particular contengan las normas generales de promoción de la inversión privada.

No es difícil concluir que estas disposiciones pretenden que las inversiones realizadas en obras públicas de infraestructura -que por su naturaleza requerirán de un tiempo prolongado para su recuperación- se vean protegidas durante todo el plazo necesario para ello, decisión a todas luces razonable.

De otro lado, el régimen establece en favor de los concesionarios, la posibilidad de acceder a una indemnización en caso el Estado suspenda, deje sin efecto o modifique la concesión por causales no contempladas taxativamente por las normas correspondientes. A pesar de que el Estado debe sujetarse a determinados límites para que ello suceda, los contratos de concesión jugarán un papel fundamental en la medida que deberán establecer claramente los supuestos bajo los cuales podría verificarse la declaración de caducidad de la misma por parte del Estado. En caso contrario, la indemnización aludida no representará una posibilidad real, en la medida que el Estado podría determinar de manera arbitraria la caducidad de la concesión, por citar un ejemplo.

Un aspecto no menos importante, es el correspondiente al régimen tributario. En efecto, cabe resaltar la incorporación de los proyectos de inversión en concesiones de obra pública dentro de los beneficios contenidos en el Decreto Legislativo No. 818⁽²⁰⁾, que regula el régimen de devolución anticipada del Impuesto General a las Ventas.

Asimismo, nuestra normativa establece también que al término de la concesión los bienes aportados por el concesionario deberán ser transferidos al Estado, siendo que esta transferencia se encontrará inafecta de todo tributo creado o por crearse. Adicionalmente, se le otorga al concesionario un régimen especial para la depreciación de los bienes materia de la concesión. Estas disposiciones no sólo favorecen los intereses de los concesionarios e inversionistas, sino que buscan que al término del plazo de la concesión el Estado cuente con una infraestructura operativa, cuya adquisición (o re-adquisición) se lleve a cabo de la

(20) Relativo a normas aplicables a las empresas que suscriban contratos con el Estado para explotación, desarrollo y/o explotación de recursos naturales.

manera menos gravosa posible, tanto para él como para el concesionario.

No fue menos importante el hecho que en el año 1996, se estableciera la inafectación al derogado Impuesto Mínimo a la Renta -posteriormente reemplazado por el Impuesto Extraordinario a los Activos Netos- de las construcciones que fueran efectuadas por los concesionarios sobre los bienes entregados por el Estado en concesión. Aunque hoy en día este impuesto ya no se encuentra vigente, es de resaltar la existencia de una norma de esta naturaleza años atrás, que buscaba evitar la generación de un costo adicional a cargo del concesionario, situación que definitivamente incidía en sus proyectos de inversión.

4.2.2 Garantías derivadas de la propia concesión que pueden ser otorgadas por el concesionario para acceder a fuentes de financiamiento.

El artículo 73 de nuestra Constitución Política establece que los bienes de uso público pueden ser concedidos a los particulares para su aprovechamiento económico. De otro lado, el artículo 13 del TUO señala expresamente que la concesión sobre bienes públicos no otorga al concesionario un derecho real sobre los mismos.

Frente a lo dispuesto por las normas bajo comentario, cabe preguntarse si nuestra legislación permite que el concesionario pueda, con relativa facilidad, acceder a créditos, teniendo como garantía su derecho general sobre la concesión.

Sobre el particular, la Ley No.26885 - Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos- presenta como primera posibilidad la constitución de una garantía hipotecaria sobre el derecho de concesión, la misma que deberá constituirse con la previa autorización del Estado y, de ser el caso, ser ejecutada con su aceptación.

En principio, podría sostenerse que la norma citada no contiene novedad alguna en la medida que nuestro Código Civil ya comprendía a la concesión como bien inmueble y, como tal, susceptible de ser entregado en garantía. Sin embargo, esto último resulta sumamente discutible, comenzando por la calificación de la concesión como un bien.

Por el contrario, es de resaltar el hecho que la norma establezca la posibilidad de acudir a una ejecución extrajudicial de la garantía, lo que evidentemente facilita su tramitación considerando las dificultades que presenta la vía judicial⁽²¹⁾.

Como alternativa a la constitución de una garantía hipotecaria, se presenta la figura de la prenda, específicamente la que se podría constituir sobre los ingresos futuros del concesionario como consecuencia del cobro de la tarifa o peaje correspondiente. Si bien es cierto que, al igual que en el supuesto anterior, la prenda se celebra generalmente sobre bienes específicos, nada impediría que en este caso se pueda constituir sobre un flujo de dinero determinable.

Sin embargo, la interrogante planteada líneas atrás se mantiene vigente. Considerando que además de requerirse una autorización previa para la eventual ejecución de la garantía, se presenta un elemento adicional constituido por la revocabilidad del derecho sobre la concesión; ¿tiene entonces el concesionario posibilidades reales de tener acceso a financiamiento, contando con su derecho sobre la concesión como única garantía a otorgar? La respuesta dependerá, en parte, de lo estipulado por el contrato de concesión correspondiente. Es decir, en la medida que las reglas del juego sean lo suficientemente claras, el derecho sobre una concesión puede ser atractivo para un posible agente de financiamiento. Si el Estado, encontrándose limitado por un marco legal adecuado y por el propio contrato de concesión, no puede actuar arbitrariamente y declarar la caducidad de la misma, entonces la garantía a ser otorgada puede presentarse interesante.

Finalmente, es claro que en la práctica existirá siempre el riesgo de que se presenten una serie de dificultades en el proceso de ejecución de una garantía, dificultades que se inician desde el momento en que se requiere la autorización del Estado para la constitución de la misma y que pasan por una nueva autorización en caso se requiera su ejecución. Pese a ello, consideramos que los pasos previos descritos se justifican, en la medida que el Estado debe resguardar que quien tome la posta dejada por el concesionario en caso se ejecute la garantía, reúna los requisitos que

(21) Algunos cuestionan también la novedad de la referida disposición, en la medida que la ejecución extrajudicial de la hipoteca habrá sido ya contemplada por el Decreto Legislativo No.495, referida a la hipoteca popular.

en su momento aquél debió cumplir para adjudicarse la respectiva concesión, siendo capaz de asumir todas las obligaciones y compromisos derivados de ella.

5 A manera de conclusión.

No podemos concluir sin resaltar nuevamente que el éxito de los programas de promoción de la inversión privada en general y de los futuros procesos de concesión en particular, requiere de la presencia de un elemento fundamental: un marco legal que asegure un

mínimo indispensable de seguridad para los inversionistas sin dejar de lado los intereses de la colectividad.

Adicionalmente, no debe olvidarse que la seguridad jurídica que exigimos se construye también, sobre la base del respeto al Estado de Derecho y del fortalecimiento de las instituciones democráticas. Bajo estas premisas, no podemos permitir que el Perú se encuentre nuevamente inmerso en un periodo de inestabilidad jurídica y política como el vivido en los últimos diez años. *AB*