

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, EL CONTRATO-LEY Y LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS* **

Oscar Trelles de Belaunde***

La ineficiencia o imposibilidad de la Administración para desarrollar por sí misma una serie de actividades que competen a su función, deviene en la imperativa necesidad de lograr la colaboración de los particulares para llevarlas a cabo. En el presente artículo, Oscar Trelles desarrolla, de manera clara y precisa, los principales aspectos de uno de los mecanismos utilizados para concretar dicha colaboración: el Contrato Administrativo.

Luego de delinear las principales posturas doctrinarias y exponer su solidamente fundamentada opinión sobre la naturaleza jurídica de la institución, las reglas que le son aplicables, su relación con el interés público y su vinculación con los Contratos de Concesión de Servicios Públicos, el autor, didácticamente, nos introduce en el siempre polémico tema del contrato ley, analizando las principales aristas que plantea este debatido y controvertido tema.

El contrato administrativo, uno de los medios más comunes por el cual la Administración se relaciona con los particulares para hacer uso de su colaboración¹, es una figura muy discutida en la doctrina debido a su difícil caracterización. El objetivo del presente artículo es hacer una breve exposición sobre lo que, a nuestro entender, es un contrato administrativo y cuándo estamos ante uno; relacionar esto con los contratos de concesión de servicios públicos; y, por último, hacer referencia a la figura del contrato-ley como mecanismo de seguridad ante los problemas ocasionados por la Administración en los contratos administrativos. Es necesario advertir al lector que no pretendemos realizar un profundo y extenso análisis sobre la naturaleza de las instituciones que estudiaremos, sino simplemente exponer lo que en nuestro punto de vista son los aspectos más importantes que las caracterizan y comentar ciertos temas de especial interés.

1. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1.1. Naturaleza Jurídica del Contrato Administrativo

La Administración requiere de la colaboración de los particulares para desarrollar muchas de las funciones que le son propias, no sólo porque le es materialmente imposible realizarlas por sí misma, sino también debido a la necesidad de eficiencia económica². Esta colaboración que el Estado re-

* A mi abuelo Javier, cuya vida constituye un ejemplo para mí, y a mi tío Javier, por su amistad, apoyo y ayuda incondicionales.

** Agradezco los comentarios de los doctores de Belaunde y Zegarra en la revisión del presente trabajo. Los comentarios vertidos en el mismo son de entera responsabilidad del autor.

*** Alumno de séptimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y asistente del curso de Personas Jurídicas en esta universidad. Miembro de THĒMIS – Revista de Derecho.

¹ El otro medio es la contratación privada de la Administración.

² No es materia del presente artículo desarrollar este postulado, pero es claro que le es más económico a la Administración –y a la sociedad en su conjunto– el contratar a una empresa para que le construya un edificio o le venda computadoras que comprar la maquinaria y contratar a los obreros o poner una fábrica de componentes de cómputo y hacer sus propias computadoras.

quiere de los particulares se estructura bajo diversos mecanismos, uno de los cuales es el contrato administrativo. A fin de abordar esta figura daremos primero una sucinta exposición de las diferentes definiciones de la doctrina para luego exponer nuestra propia visión.

La doctrina ha desarrollado una serie de posiciones sobre la naturaleza de los contratos que celebra la Administración y el régimen aplicable a éstos³. En principio, la mayoría acepta que el Estado puede celebrar tanto contratos administrativos como contratos privados, pero discrepa en cuanto a los criterios que debe usarse para distinguir ambos mecanismos de contratación⁴.

A decir de ZEGARRA⁵ el contrato administrativo es “todo acuerdo generador de obligaciones celebrado por un órgano estatal, en ejercicio de la función administrativa, susceptible de producir efectos con relación a terceros”. De acuerdo a este autor, para diferenciar el contrato administrativo del privado se tiene el criterio material, según el cual lo que distingue al contrato administrativo es el interés público en juego, y el criterio de las cláusulas exorbitantes, según el cual el hecho que se incluya este tipo de cláusulas en un contrato con la Administración lo convierte en administrativo.

ZEGARRA critica el criterio de las cláusulas exorbitantes⁶, puesto que “la cláusula exorbitante no es siem-

pre la que caracteriza un contrato como administrativo, ya que podrá hacer de un contrato privado un contrato administrativo en algunos casos –porque suelen introducirse en contratos que nada tienen de administrativos–, pero su no-inclusión, no podrá hacer nunca de un contrato administrativo uno de derecho privado. Al final, un contrato administrativo existirá como tal, estén o no presentes en su contenido las cláusulas exorbitantes”⁷.

Concluye ZEGARRA afirmando que tanto el contrato administrativo como el privado tienen una base común, derivada de su pertenencia a la institución contractual⁸, y que por tanto, respecto a la regulación de cada contrato en concreto, debe estarse a sus reglas específicas, al ser éstas las que definen su régimen jurídico.

DROMI⁹ propugna que no existe una categoría de contratos civiles de la Administración y contratos administrativos, sino que existe un régimen jurídico unitario regulador de todos los contratos que se celebren en ejercicio de la función administrativa¹⁰. A entender de este autor todo contrato que celebre la Administración será administrativo y se registrará tanto por el Derecho Público como por el privado, combinando ambos derechos con mayor o menor intensidad dependiendo del interés en juego¹¹. No obstante, enfatiza que el régimen jurídico de los contratos que celebra la Administración es predominantemente de Derecho Público.

³ Para un interesante y conciso recuento de las posiciones sobre este tema en la doctrina española puede consultarse BOQUERA OLIVER, José María. “Los contratos de la administración desde 1950 a hoy”. En: Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 150, Septiembre/Diciembre 1999. pp. 13-32.

⁴ Es importante notar que el hecho que se hable de contratación y de contratos administrativos no implica que estemos ante contratos en el sentido técnico usado por el Derecho Civil patrimonial; muchas veces se usa esquemas parecidos a los contractuales para regular materias que escapan al ámbito de aplicación de esta figura de la autonomía privada.

⁵ ZEGARRA, Diego. “Esquemas de Clase del Curso de Derecho Administrativo”. Esquema 14. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 1.

⁶ Las cláusulas exorbitantes serán vistas más adelante, especialmente en el punto 1.2 *infra*, no obstante lo cual podemos ir adelantando que es el término que gran parte de la doctrina usa para referirse a los especiales poderes con que cuenta la Administración en los contratos administrativos, poderes que se encuentran fuera del ámbito del Derecho Privado. Así, las cláusulas exorbitantes son cláusulas que si fueran incluidas en los contratos regidos por el Derecho Privado serían nulas.

⁷ ZEGARRA, Diego. “El Contrato Ley. Los contratos de estabilidad jurídica”. Lima, Gaceta Jurídica, 1997. p. 77. Es claro que sólo se podrá insertar cláusulas exorbitantes en un contrato administrativo, pues este tipo de cláusulas está fuera del ámbito de aplicación del Derecho Privado. En este sentido, su inclusión no puede convertir a un contrato privado en uno administrativo, sino que simplemente acarreará su nulidad (de las cláusulas o del contrato, dependiendo del alcance), punto que será expuesto más adelante.

⁸ En esto sigue a DROMI (DROMI, José Roberto. “Derecho Administrativo”. Tomo 1. Buenos Aires, Astrea, 1992. p. 312) quien entiende que “el contrato es una categoría abstracta y genérica, una figura jurídica que en sentido estricto significa ‘acuerdo de voluntades generador de obligaciones’”.

⁹ DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 313.

¹⁰ Fundamenta esta posición en el hecho que el Estado tiene una personalidad jurídica única y se rige fundamentalmente por el Derecho Público. Respecto a esto último señala que el vínculo jurídico establecido por el contrato administrativo entre el particular y el Estado se rige por el Derecho Público y por el Derecho Privado en intensidades que varían dependiendo del interés público en juego. Así, “en algunos casos el vínculo jurídico es predominantemente de Derecho Público; por ejemplo, la concesión de servicios públicos; otras veces, en cambio, el contrato tiene cierta analogía con alguna figura jurídica contractual de Derecho Privado (...)” (DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 314).

¹¹ Cfr. nota 10. En este sentido menciona DROMI (Ibidem) que “la realidad muestra que en los acuerdos o vínculos contractuales de la Administración, no es posible establecer terminantemente el límite donde deja de aplicarse el Derecho Público y donde comienza a regir el Derecho Privado”.

Define DROMI¹² el contrato público o administrativo como un “acuerdo creador de relaciones jurídicas por el simple consentimiento por adhesión del particular a relaciones previamente establecidas por la Administración”. Los elementos caracterizadores de esta figura, a decir de este autor, son el objeto del contrato, la participación de un ente estatal como parte y las prerrogativas especiales de la Administración en orden a su interpretación, modificación y resolución. En este sentido, en todo contrato en que participe la Administración se estará ante un contrato administrativo y se tendrá un régimen jurídico especial regido, en su mayor parte, por el Derecho Público.

Por su parte, DE LA PUENTE¹³ define al contrato administrativo como “el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular”. Como criterios para caracterizar a un contrato como administrativo opta por el de su objeto¹⁴ y, cuando no sea administrativo por su objeto, por contener cláusulas exorbitantes del Derecho Privado¹⁵.

En similar sentido, AMADO y MIRANDA¹⁶ sostienen que un contrato es administrativo por razón de su objeto o por contener cláusulas exorbitantes al Derecho Privado, y que el hecho que un contrato sea administrativo conlleva que la relación jurídico patrimonial surgida de éste se rija por el Derecho Público.

CASSAGNE¹⁷ entiende que existen dos grandes sectores de contratos de la Administración Pública, a saber, los contratos administrativos, regidos en forma preponderante por el Derecho Público, y los contratos parcialmente regidos por el Derecho Civil o comercial. Los contratos administrativos, según esta clasificación, son aquellos en que la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, el mismo que se incorpora al fin u objeto del acuerdo y que se proyecta en su régimen sustantivo dándole un régimen particular (*ius variandi*, interpretación, equilibrio financiero, etc.)¹⁸.

En cuanto a los criterios existentes para diferenciar los contratos administrativos de los contratos civiles, CASSAGNE¹⁹ señala el de los sujetos²⁰, el de la voluntad de las partes²¹ y la calificación legislativa, el del objeto y el de las cláusulas exorbitantes.

De entre todos estos criterios el de mayor relevancia es el del objeto, según el cual el que el objeto del contrato sea un servicio público o una materia de utilidad pública hace del mismo un contrato administrativo²². Como bien dice CASSAGNE²³, “en definitiva, todo dependerá de la finalidad administrativa del contrato y del régimen que sea consecuencia de esa finalidad dentro de la competencia específica que tenga asignada cada órgano o ente administrativo”. En cuanto a las cláusulas exorbitantes este autor indica que su inclusión no vuelve a un contrato en administrativo, pues “se suelen introducir en contratos que nada tienen de administrativos”²⁴.

¹² Ibid., p. 317.

¹³ DE LA PUENTE, Manuel. “El Contrato en General”. Primera Parte, Tomo I. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1991. pp. 361-362.

¹⁴ “El contrato es administrativo por razón de su objeto cuando versa sobre prestaciones relacionadas, directa o indirectamente, con alguna de las funciones esenciales o fines específicos del Estado” (Ibid., p. 363).

¹⁵ “Aun cuando el contrato no sea administrativo por razón de su objeto, tendrá tal carácter cuando contenga cláusulas exorbitantes del Derecho Privado, esto es cláusulas que bien sea son inusuales en este Derecho o bien resultarían ilícitas por exceder el marco de la contratación civil” (Ibidem).

¹⁶ AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. “Aplicabilidad de la cláusula *pacta sunt servanda* del artículo 62 de la Constitución a los contratos regulados por el Derecho Público”. En: THEMIS – Revista de Derecho, Publicación Editada por Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 40. p. 258.

¹⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. “El Contrato Administrativo”. Buenos Aires, Abelardo-Perrot, 1999. p. 13.

¹⁸ Ibid., p. 15.

¹⁹ Ibid., pp. 15-21.

²⁰ El criterio de los sujetos ha sido duramente criticado y, desde hace ya buen tiempo, abandonado por la doctrina, pues se basa en la mera presencia de la Administración como parte en un contrato para calificarlo como administrativo, lo que no haría sino impedirle el celebrar contratos de Derecho Privado.

²¹ Respecto a este criterio CASSAGNE deja en claro que “es evidente que dichas voluntades no resultan por sí mismas idóneas para asignarle tal calidad” (CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit., pp. 16-17) y que “la presencia o no de este régimen administrativo no depende de la voluntad de las partes, pues existe con independencia de la voluntad de someterse a él” (Ibid., p. 23).

²² “Los contratos resultan administrativos en razón de su objeto o fin, cuando su contenido pertenezca a la función administrativa materialmente considerada. (...) A su vez, el fin público relevante y asumido por el Derecho objetivo es el que determina la pertenencia de un determinado objeto o bien a la función administrativa aunque la contratación no persiga una finalidad pública inmediata (v. gr. contratos de uso del dominio público)” (Ibid, pp. 22-23).

²³ Ibid., p. 17.

²⁴ Ibid., p. 19.

Como se ha visto en esta breve exposición la doctrina se encuentra dividida en cuanto a los criterios para caracterizar a un contrato como administrativo o privado, usándose entre otros el del objeto, dentro del cual se puede incluir el de la calificación legislativa²⁵, el de las cláusulas exorbitantes, el de los sujetos y el de la voluntad de las partes. A nuestro entender, el criterio de los sujetos sólo es útil para establecer cuándo no nos encontramos ante un contrato administrativo, lo que ocurrirá cuando la Administración no sea parte en el contrato, pero no lo es para establecer que un contrato en el que participa ésta es administrativo, pues la Administración también puede celebrar contratos privados.

Por otro lado, el criterio de las cláusulas exorbitantes debe ser descartado de plano, ya que la inclusión de estas cláusulas en un contrato no hará del mismo un contrato administrativo, sino que sólo podrán incluirse válidamente en aquellos contratos que sean administrativos. Si, como entiende DE LA PUENTE²⁶, las cláusulas exorbitantes son aquellas que resultarían ilícitas en el Derecho Privado, entonces es claro que sólo se las podrá incluir en los contratos regidos por el Derecho Público, los administrativos, pues en caso contrario serán nulas, pero el incluirlas no hará de un contrato privado uno administrativo. En definitiva, es debido a que el contrato es administrativo que su inclusión resulta válida y no a la inversa. Como bien señala CASSAGNE²⁷, "sería tanto como confundir causa con efecto": se puede incluir cláusulas exorbitantes porque el contrato es administrativo y no a la inversa. Más aún, como veremos más adelante, su inclusión no será necesaria para que la Administración goce de los especiales poderes que tiene en estos contratos, pues su fuente es la ley.

En nuestra opinión un contrato será administrativo cuando su objeto, la materia que regule, sea administrativa y siempre y cuando la Administración sea parte

del mismo²⁸. La materia será administrativa cuando se esté ante temas de interés público, bienes de dominio público, la ley expresamente establezca una reserva en ese sentido²⁹ o, en general, cuando la Administración contrate con un fin público³⁰. Así, creemos que el criterio determinante para establecer la naturaleza de un contrato celebrado por la Administración debe ser el contenido del mismo³¹.

En esto debe tenerse en cuenta que el fundamento de la existencia de contratos administrativos, y el especial régimen que los rodea, está en el interés público que se intenta cautelar, pues si no se pondría a la Administración en una posición de privilegio innecesariamente. Se asume que los daños que causará el ejercicio de las especiales prerrogativas con que la Administración cuenta en estos contratos, sobre todo en la otra parte del contrato, son menores a los posibles perjuicios si el interés público se viera afectado. Sin embargo, si este régimen se extendiese a áreas en las cuales el interés público no se encuentra en juego, es decir, si se permitiese la existencia de contratos administrativos aun en materias no administrativas, se pondría en riesgo innecesariamente a la seguridad jurídica, costo que se vería reflejado en el poco interés que tendrían los particulares en contratar con la Administración. Se tiene entonces que el interés público es un concepto fundamental para la existencia de los contratos administrativos, concepto que juega un especial rol en su caracterización.

1.2. Reglas aplicables a los Contratos Administrativos

En la doctrina existe consenso sobre la aplicación a los contratos administrativos de una serie de reglas, exorbitantes desde la óptica del Derecho Privado, sustentadas en el interés público³². Entre otras, el ordenamiento jurídico le confiere al Estado una serie de poderes, conocidos por gran parte de la doctrina como cláusulas exorbitantes, que se aplicarán a la

²⁵ Esto debido a que el calificar cierto tipo de contrato, digamos aquel referido a la explotación de un recurso natural, como público, no significa otra cosa que convertir dicho objeto en una materia administrativa, como veremos *infra*.

²⁶ DE LA PUENTE, Manuel. Op. cit., Loc cit.

²⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit., p. 19.

²⁸ En este sentido, discrepamos con un sector de la doctrina según el cual los contratos entre el concesionario y el usuario también son contratos administrativos (cfr. AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. Op. cit., pp. 259-260).

²⁹ Reserva que debe ser previa al contrato, pues en caso contrario éste se encontrará protegido por el artículo 62 de la Constitución. Esto siempre y cuando al momento de celebrarse haya estado regido por el Derecho Privado.

³⁰ Los términos fin público e interés público son conceptos jurídicos indeterminados, tema que será tratado en el punto 1.3 *infra*. No obstante, debemos ir adelantando que resulta sumamente importante que el fin sea claramente público, pues en caso contrario se estará a merced de abusos por parte de la Administración, que busca gozar de las especiales prerrogativas que le da el régimen de los contratos administrativos, y se tendrá una grave pérdida de seguridad jurídica con todos los perjuicios que esto acarrea.

³¹ Concordamos en este punto con lo señalado por CASSAGNE (cfr. nota 22).

³² En el caso español BOQUERA (BOQUERA OLIVER, José María. Op. cit., p. 27) señala que las consecuencias de calificar a los contratos de administrativos son: la aplicación de las normas de Derecho Administrativo en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y estructuración, y, sólo en su defecto, las de Derecho Privado; que el orden jurisdiccional competente será el contencioso-administrativo; y, la existencia de un pliego de cláusulas administrativas particulares en las cuales se hará constar las prerrogativas de la Administración.

relación aun cuando no se encuentren en el contrato administrativo.

Antes de iniciar su estudio consideramos necesario mencionar que el utilizar el término de cláusulas exorbitantes para referirse a los especiales poderes con que cuenta el Estado en los contratos administrativos es incorrecto, además de inducir a confusión. El término no se condice con la realidad, pues estamos ante poderes que emanan del ordenamiento jurídico y no del contrato, por lo que cualquier referencia a éste es innecesaria. En este sentido, y debido a que su fuente es la ley, los poderes a que hacemos referencia se encontrarán presentes aun cuando no se los incluya en el contrato administrativo. Más aún, si se les incluyese esto sería meramente descriptivo y no añadiría elemento nuevo alguno a la relación; la Administración ya los tendría.

En nuestra opinión la confusión se origina al tratar de estudiar estos poderes, fuente de facultades especiales propias del Derecho Administrativo e inexistentes en el Derecho Privado, desde una óptica del Derecho Civil Patrimonial. Al tratar de encuadrarlos dentro de las instituciones de los contratos en sentido técnico –los contratos de Derecho Privado–, se los asemeja a cláusulas contractuales³³ y, como muchas veces estos poderes ni siquiera son mencionados en el contrato pero sí los tiene y ejerce el Estado –pues al surgir en virtud de la ley no se requiere su expresa mención–, se crea la ficción de las cláusulas implícitas. Por medio de esta ficción se dice que las cláusulas exorbitantes se incorporan al contrato al estar implícitas en éste, ya que se presupone que las partes las conocen y las aceptan. Sin embargo, tales poderes no surgen de la voluntad de las partes, sino del ordenamiento jurídico administrativo –por lo que deben estar expresamente legislados– y, debido a esta razón, el hecho que se contrate bajo el marco del ordenamiento jurídico administrativo, son aplicables a los contratos administrativos. Nos explica-

mos, los poderes que supuestamente surgen de las cláusulas exorbitantes no tienen su fuente en éstas sino en las normas de Derecho Administrativo aplicables a los contratos administrativos. Es debido a que estas normas confieren estos poderes que la Administración los tiene, no debido a una supuesta voluntad implícita de las partes.

Dos consecuencias de lo que sostenemos son que, por un lado, el Estado no tendrá los especiales poderes que no le sean conferidos por el ordenamiento jurídico, no pudiendo incluirse en su defecto en el contrato administrativo; por otro, los poderes que sí estén legislados siempre se encontrarán presentes en la relación creada por el contrato administrativo³⁴, siendo intrascendente si se los incluyó en el contrato o no.

Los más importantes de entre los poderes a los que hemos hecho referencia y que se configuran dentro de la actuación contractual del Estado son seis, a saber, de dirección, inspección, control, interpretación unilateral del contrato, *ius variandi* o modificación de su objeto y resolución unilateral. Todos estos poderes se justifican por el interés público en juego en los contratos administrativos, al tener éstos un fin público³⁵. Como bien señalan AMADO y MIRANDA³⁶, la Administración puede hacer uso de estos poderes³⁷ por razones de oportunidad, mérito o conveniencia y siempre en función del criterio del interés público. Así, resulta indudable que es el interés público el que justifica la desigualdad entre la Administración y el contratista privado³⁸.

En este sentido, creemos pertinente citar a DROMI, quien considera que estas prerrogativas se deben a que las partes contratantes están en un plano desigual cuya fuente se encuentra en la “desigualdad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato, pues al fin económico privado se opone y antepone un fin público o necesidad pública colectiva que puede afectar su ejecución”³⁹.

³³ Esto es, se establece su origen en el contrato.

³⁴ Si así lo establece el ordenamiento jurídico al conferirles, claro está. Por ejemplo, podría establecerse que el Estado sólo tendrá cierto poder, digamos el de modificación unilateral del contrato, en los contratos administrativos de concesión de servicios públicos, con lo cual no se encontraría en otros, como puede serlo un contrato administrativo de obra.

³⁵ Por todos, AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. “La Seguridad Jurídica en la Contratación con el Estado: El Contrato-ley”. En: THEMIS – Revista de Derecho, Publicación Editada por Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 33. p. 17.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Los autores se refieren a éstos como cláusulas exorbitantes que pueden ser implícitas o explícitas, posición con la cual, como expusimos *supra*, discrepamos por entender que al emanar dichos poderes de normas administrativas, no del contrato, no se les puede considerar cláusulas implícitas.

³⁸ “(...) [E]n los contratos regulados por el Derecho Público, incluidos los contratos administrativos, la igualdad y libertad jurídica y, por ende, la libertad contractual y la libertad de contratar de las partes se encuentran subordinadas al interés público. (...) [L]os contratos civiles suponen dos contratantes en pie de perfecta igualdad mientras que el contrato administrativo propiamente dicho supone, esencialmente, dos contratantes que se reconocen en pie de desigualdad: uno representa al interés general, el servicio público; el otro, el interés privado del contratante” (AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. “Aplicabilidad (...)”. Op. cit., p. 257).

³⁹ DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 333.

A continuación desarrollaremos estos poderes.

a) Poderes de dirección, inspección y control

El poder de dirección se encuentra sumamente relacionado con los de inspección y control, ya que los tres se encuentran basados en el interés de la Administración en la consecución del fin último del contrato⁴⁰. En este sentido, menciona DROMI⁴¹ que "si bien la Administración delega en su cocontratante la ejecución del servicio, obra o suministro, ella siempre es responsable de una ejecución adecuada e idónea para lograr la satisfacción del interés público que contractualmente se procura"⁴².

Estos poderes de dirección, inspección y control, que se traducen en instrucciones, órdenes y sanciones⁴³, se dan en los aspectos material, técnico, financiero y legal del contrato, supervisando la Administración que el mismo se ejecute de la forma prevista y en resguardo del interés público. Asimismo, y como señala DROMI⁴⁴, estos poderes son más intensos cuanto mayor sea el interés público en juego, como en los contratos de concesión de servicios públicos.

De similar opinión es GARCÍA DE ENTERRÍA⁴⁵, quien entiende que a la Administración lo que le interesa es la correcta ejecución de la obra y la buena prestación del servicio público, razón por la cual la ley trata, "antes que nada, de asegurar que ese incumplimiento no se produzca, autorizándola [a la Administración] para poner en juego con este fin sus poderes de coerción y para imponer sanciones que muevan al contratista a evitar la situación de incumplimiento".

Un ejemplo de la aplicación de estos poderes en un servicio público es que la Administración estará facultada a impartir instrucciones u órdenes

al concesionario para un mejor funcionamiento del servicio, y que podrá verificar su cumplimiento e imponer sanciones.

Sin embargo, en este punto surge una interrogante sobre si se puede sancionar el incumplimiento contractual. Si bien DROMI⁴⁶ sí considera una facultad de la Administración en un contrato administrativo el sancionar el incumplimiento de ciertas prestaciones, no consideramos que tal facultad pueda darse en los casos de incumplimientos surgidos exclusivamente del contrato, pues se trata de obligaciones contractuales y no de deberes impuestos por el ordenamiento. No obstante, debemos atenuar esta afirmación señalando que en muchos contratos administrativos, sobre todo los referidos a concesiones de servicios públicos, el interés público está en juego en el cumplimiento de las prestaciones, lo que hace que su cumplimiento sea un deber que le impone el ordenamiento al contratante al asumir éste la prestación del servicio público. En estos casos estimamos que la Administración sí podrá sancionar, que es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se incumple una prestación en un servicio público que causa un perjuicio a los particulares. Para esto último es claro que deben estar previstas en la ley las potestades sancionadoras así como tipificadas las infracciones y sus respectivas sanciones.

Entonces, aquellos incumplimientos contractuales que no causen un perjuicio al interés público no darán la posibilidad a la Administración de imponer sanciones, aunque sí conferirán la posibilidad de resolver el contrato o de imponer penalidades establecidas en el contrato⁴⁷, como podría serlo un monto establecido por cada día de retraso. En cambio, si el incumplimiento de cierta prestación causa un perjuicio al interés público, sí se podrá sancionar⁴⁸.

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. "Curso de Derecho Administrativo". Madrid, Civitas, 2000. p. 724.

⁴¹ DROMI, José Roberto. Op. cit., pp. 396-397.

⁴² En similar sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA indica que "la Administración no puede legalmente desentenderse de la marcha de las actividades que son de su competencia" (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Op. cit., p. 724).

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ "La aplicación de esta prerrogativa tiene una diversa intensidad jurídica en cada tipo de contrato administrativo. Así, por ejemplo, es amplia en los contratos de concesión de servicios públicos, o de obra pública que lo exijan, es más reducida, en cambio, en los contratos de suministro instantáneo o de tracto muy breve" (DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 397).

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Op. cit., Loc. cit.

⁴⁶ DROMI, José Roberto. Op. cit., pp. 398-402.

⁴⁷ Debido a la necesidad de imponer penalidades contractuales señala ZEGARRA (ZEGARRA, Diego. "Concesión administrativa e iniciativa privada". En: THEMIS - Revista de Derecho, Publicación Editada por Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 39. p. 116) que "el contrato de concesión deberá tener inserta una tabla de infracciones que establezca en qué situaciones se considera que existe incumplimiento en los indicadores de calidad acordados".

⁴⁸ Debemos notar que estamos asumiendo que las sanciones se encuentran claramente tipificadas en el ordenamiento jurídico, punto que no entraremos a desarrollar por escapar a nuestro tema. Recomendamos ver, al respecto, a DANÓS, Jorge. "Notas acerca de la potestad sancionatoria de la Administración pública". En: lus et Veritas, Publicación Editada por Alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 10.

b) Poder de interpretación unilateral del contrato

El poder de interpretación unilateral consiste, como enseña GARCÍA DE ENTERRÍA⁴⁹, en que la Administración puede resolver en un primer momento, en forma unilateral o ejecutoria, las incidencias que surjan entre ella misma y el contratista, con el fin de evitar que la discrepancia en la interpretación dé lugar a un perjuicio al interés público. Este poder carece de todo contenido material o sustantivo; no se trata de que la Administración puede decidir libremente sobre el alcance de lo pactado, sino de que simplemente puede asegurar una decisión de manera provisional. Así, entendemos que la interpretación sólo podrá darse ante situaciones que pongan en peligro el interés público y podrá ser cuestionada, incluso judicialmente, pero sólo en un momento posterior.

Adicionalmente al poder de interpretación unilateral estimamos importante hacer una breve referencia a los criterios de interpretación en los contratos administrativos. Al respecto, CASSAGNE⁵⁰ nos dice que “en el contrato administrativo al incorporarse la causa fin o finalidad al contrato se introduce el interés público relevante e inmediato como elemento esencial durante las diferentes etapas de la ejecución contractual proyectándose al campo interpretativo y especialmente al plano de la igualdad de los contratistas (la desigualdad proveniente de la posición jurídica de la Administración) de los contratos administrativos”.

De esta manera, al interpretarse el contrato administrativo debe tenerse en cuenta el interés público subyacente y el fin público del contrato. No obstante, sólo habrá de

interpretarse el contrato bajo el prisma del interés público cuando éste se encuentre en juego, en caso contrario se deberá acudir a las reglas generales de interpretación⁵¹.

c) *Ius variandi*

Sin lugar a dudas el poder de mayor importancia con que cuenta la Administración es el de modificación del contenido contractual por razones de interés público y en la medida que éste así lo requiera, también conocido como el *ius variandi*. Con respecto a esta facultad menciona CASSAGNE⁵² que la Administración puede introducir cambios en el contenido del contrato para cumplir con la finalidad pública perseguida, pero sólo cuando las modificaciones sean objetivamente necesarias y se compense al contratista para mantener el equilibrio financiero del contrato⁵³. Al respecto entiende GARCÍA DE ENTERRÍA⁵⁴ que “el *ius variandi* de la Administración contratante es ilimitado en extensión o intensidad ya que el interés público prima sobre cualquier otra consideración”.

Por su parte, DROMI⁵⁵ encuentra que el *ius variandi* “es una consecuencia impuesta por finalidades de interés público [que] (...) no necesita ser incluid[a] expresamente en los contratos administrativos (...) debe considerarse [a] siempre implícitamente incluid[a]”⁵⁶. No obstante, tiene determinados límites, como el respeto a la sustancia del contrato y a la esencia de su objeto, y la no alteración del equilibrio económico financiero, punto que a continuación veremos.

La no alteración del equilibrio económico financiero consiste en que, ante toda modificación unilateral del contenido del contrato, la Administración está obligada a mantener la ecuación

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Op. cit., p. 725.

⁵⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit., p. 34.

⁵¹ En este sentido CASSAGNE (Ibid., p. 36) señala que “es evidente que cuando la interpretación no afecta a la causa final o finalidad del contrato administrativo sino al particular contratista (...) el interés público no juega como criterio interpretativo, debiendo acudirse a las normas de la legislación civil o comercial”.

⁵² Ibid., pp. 36-37.

⁵³ CASSAGNE (Ibid., p. 36) señala al respecto que el poder modificadorio es una “potestad que el ordenamiento puede atribuir, de un modo expreso, a la Administración para introducir modificaciones, en forma unilateral, a lo pactado en los contratos administrativos, poder que puede razonablemente ejercer dentro de los límites establecidos en cada ordenamiento especial (v. gr. obras públicas) y a condición de que no se altere el fin del contrato ni las obligaciones esenciales y que se efectúe la pertinente compensación económica que permita mantener el equilibrio financiero del contrato”.

⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Op. cit., pp. 725-730.

⁵⁵ DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 394.

⁵⁶ Discrepamos con la concepción que considera a la facultad modificadora como una cláusula implícitamente incluida (cfr. *supra*).

económica del mismo⁵⁷. En este sentido, DROMI⁵⁸ señala que “[e]l fundamento jurídico de este derecho está en el principio de justicia conmutativa, que supone una igualdad o equilibrio entre derechos y obligaciones del particular, una equivalencia por la que no se podrá sacrificar el interés particular en aras del interés público sin que aquél haya sido previamente resarcido”⁵⁹.

A nuestro entender la compensación económica se presenta como el necesario contrapeso al poder de modificación del contenido del contrato⁶⁰, siendo una manera de limitar a la Administración en el ejercicio de éste, ya que si no tuviera que compensar tendría mayor propensión a imponer modificaciones. La obligación que se le impone de compensar hace que la Administración realice, antes de imponer modificaciones, un análisis costo beneficio por el cual determine que los beneficios que se obtengan por las modificaciones, siempre basadas en el interés público, serán mayores que la compensación a pagar. Asimismo, el hecho que se tenga que mantener la ecuación económico financiera le asegura al contratista que no se verá perjudicado por factores externos, o que por lo menos lo será en menor medida. Si no se contara con este necesario paliativo serían menos los particulares dispuestos a contratar con la Administración, siendo que el riesgo a asumir sería bastante grande.

Un punto a mencionar, aun cuando no consiste en un poder de la Administración, es que el hecho que nos encontremos ante un contrato administrativo limita las facultades del contratista de ejercer la excepción de incumplimiento para no ejecutar su prestación ante el incumplimiento del

Estado⁶¹. Esto se basa en el hecho que el interés público se protege por sobre todas las cosas, razón por la cual ante el incumplimiento estatal el contratista deberá recurrir a otras vías. Si bien es cierto que esto puede significar un perjuicio para el contratante, se asume que su incumplimiento causará un daño mayor; se privilegia el interés público sobre el interés particular.

d) Poder de resolución unilateral

Por último, la Administración cuenta en los contratos administrativos con el poder de resolución unilateral, el mismo que a entender de DROMI es irrenunciable y puede ser ejercido por la Administración de manera directa sin intervención del órgano judicial, aunque sólo cuando “se funde en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o sea, por causas relativas al interés público”⁶². Un poder conexo a éste y que es mencionado por algunos autores⁶³ es el de ejecutar el contrato por sí o por un tercero –en forma directa, unilateral y por cuenta del contratista– en caso de incumplimiento o mora del contratista privado. Así, la Administración podría optar, ante el incumplimiento del contratista y la urgencia, por ejecutar cierta prestación por sí misma y luego cobrarle el costo a éste o resolver el contrato.

1.3. El Interés Público y los Conceptos Jurídicos Indeterminados

El interés público es un concepto fundamental en el tema que nos aboca, pues los poderes que tiene la Administración en los contratos administrativos encuentran su fundamento y legitimación en éste. Determina esto que la Administración sólo se encuentra

⁵⁷ En este sentido el artículo 164.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas española, citado por VILLAR EZCURRA (VILLAR EZCURRA, José Luis. “Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y Actividad de los Particulares”. Madrid, Civitas, 1999. p. 261), estipula que “cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato”.

⁵⁸ DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 396.

⁵⁹ En el mismo sentido se manifiestan, entre otros, CASSAGNE (CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit., p. 24), quien entiende que “(...) la Administración se encuentra obligada a compensar los desequilibrios económico-financieros no imputables al contratista mediante actos propios de la justicia distributiva o restituciones de naturaleza conmutativa”; GARCÍA DE ENTERRÍA (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Op. cit., p. 730), para quien “la modificación del contrato hace surgir en todo caso el deber de la Administración de restablecer la ecuación financiera del mismo, compensando al contratista por la eventual incidencia económica de la modificación acordada”; y, BOQUERA (BOQUERA OLIVER, José María. Op. cit., p. 31), quien afirma que “[s]olamente la satisfacción de un interés público justifica el ejercicio de dicha potestad y la Administración indemnizará los daños que la alteración de contrato ocasione al contratista”.

⁶⁰ Debe tenerse en cuenta que el mantenimiento de la ecuación económico financiera se aplica más allá del *ius variandi*, pero esto escapa al objeto de nuestro trabajo. Recomendamos ver, al respecto, a ZEGARRA, Diego. “Concesión (...)”. Op. cit., pp. 114-115 y GÓMEZ DE LA TORRE, Andrés. “Concesión de obras públicas”. En: *Ius et Veritas*, Publicación Editada por Alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 22. p. 85.

⁶¹ CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit., pp. 35-36.

⁶² DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 398.

⁶³ Uno de ellos es DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 331.

legitimada a ejercerlos cuando el interés público así lo exige. Entonces, el establecer si en determinado supuesto hay o no interés público es fundamental, ya que de eso dependerá la posibilidad de la Administración de hacer uso de sus especiales poderes.

El problema se presenta por no existir una definición del interés público – lo que creemos es acertado por ser imposible prever toda la gama de situaciones en que el interés público puede verse afectado–, situación que podría llevar a que ciertos sectores sostengan que es un acto discrecional de la Administración el establecer su existencia. Sin embargo, esto no es posible por ser el interés público un concepto jurídico indeterminado, lo que determina, como se verá, que sólo admite una solución justa en cada caso concreto: o está el interés público en juego o no lo está; pero no puede ser esto establecido discrecionalmente por la Administración.

Como dice GARCÍA DE ENTERRÍA⁶⁴, “son cuatro por lo menos los elementos reglados por la Ley en toda potestad discrecional (...): la existencia misma de la potestad, su extensión (...), la competencia para actuarla (...) y, por último, el fin”. Define este jurista a los conceptos determinados como aquellos que “delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca”⁶⁵. Por otro lado, los conceptos jurídicos indeterminados hacen referencia a “una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta [la norma] delimitar un supuesto concreto”⁶⁶. Son supuestos de hecho que si bien a priori no pueden ser delimitados, en el momento de su aplicación sí pueden ser determinados, de tal forma que en un caso concreto se estará o no ante el concepto.

Así, “es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite

más que una solución: o se da o no se da el concepto (...). Esto es esencial al concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una «unidad de solución justa» en cada caso”⁶⁷. En cambio, si fuera una potestad discrecional de la Administración el establecer la existencia del concepto, ésta podría optar por una u otra solución, siendo ambas igualmente válidas e incuestionables.

Es así que, mientras las potestades discrecionales permiten válidamente más de una opción, los conceptos jurídicos indeterminados sólo admiten una solución justa en cada caso⁶⁸.

Siguiendo las definiciones dadas creemos que el interés público es un concepto jurídico indeterminado pues, además de ser lo que justifica los poderes especiales, se establece como un límite a la actuación arbitraria del Estado. Si el interés público no fuera un concepto jurídico indeterminado y la Administración tuviera la potestad discrecional de establecer su presencia, carecería de sentido siquiera el mencionarlo. Lo correcto sería darle el poder irrestricto a la Administración de hacer uso sin límite alguno de sus especiales poderes, lo que claramente no es acorde con un Estado de Derecho ni con la justificación del régimen especial de los contratos administrativos.

Como la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación e interpretación de la ley, la calificación que haga la Administración podrá ser fiscalizada por el juez, valorando si la solución se ajusta o no a lo que la ley establece⁶⁹. En este sentido, la existencia del interés público es un elemento del supuesto de hecho de la norma que confiere los poderes especiales, razón por la cual debe establecerse su significado

⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. “Curso de Derecho Administrativo”. Madrid, Civitas, 1986. p. 453.

⁶⁵ Ibid., p. 455.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibid., p. 456.

⁶⁸ Señala en este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA (Ibidem) que “Si lo propio de todo concepto jurídico indeterminado, en cualquier sector del ordenamiento, es que su aplicación sólo permite una única solución justa, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho”. Al respecto resulta interesante citar la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la provincia argentina del Chubut (vid. http://www.juschubut.gov.ar/boletinjudicial/boletin19/bolet19_fallo1.htm) que comenta este tema: “existen diferencias entre la discrecionalidad, a la que define [GARCÍA DE ENTERRÍA] como una libertad de elección entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad o conveniencia) no incluídos (sic) en la ley y sometidos al juicio subjetivo de la administración que debe elegir entre alternativas igualmente justas y los conceptos jurídicos indeterminados, que están comprendidos en la ley, aunque con límites imprecisos, con la intención de acotar un supuesto concreto, con circunstancias reales determinadas”.

⁶⁹ Ibid., p. 457.

en cada momento y para cada caso, lo que no es sino interpretar la ley.

Concluyendo, el interés público debe ser definido como un concepto jurídico indeterminado, por lo que la determinación de su existencia en cada caso no será un supuesto de libertad de la Administración frente a la norma⁷⁰ y, por esto, la determinación que haga podrá ser cuestionada en vía jurisdiccional⁷¹.

1.4. El Contrato de Concesión de un Servicio Público

Luego de haber caracterizado los principales rasgos del contrato administrativo estimamos interesante dar una visión panorámica a los contratos de concesión de un servicio público, al tener en éstos el interés público una especial intensidad.

El servicio público, como bien enseña DROMI⁷², es una actividad cuya finalidad es satisfacer necesidades públicas y cuyas características son la continuidad⁷³, regularidad⁷⁴, uniformidad⁷⁵, generalidad⁷⁶ y obligatoriedad⁷⁷.

El Estado se ha reservado la actividad de prestación de los servicios públicos para prestarla directa o indirectamente, pero siempre resguardando el interés público que subyace a los mismos. Como señala ZEGARRA⁷⁸, el mecanismo de la concesión establece una relación jurídica pública subordinada al interés público. Por medio del contrato de concesión el

Estado otorga por un tiempo determinado la gestión de un servicio público manteniendo la titularidad del mismo, asumiendo un rol de control y regulación, y conservando la capacidad de intervención en caso sea de interés público la reversión de la concesión. A decir de DROMI⁷⁹, la “concesión de servicio público es un contrato por el que el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública, la organización y el funcionamiento de un servicio público”. Esta concesión “implica en favor del concesionario una *delegación* de las respectivas facultades por parte de la Administración Pública, quien conserva la dirección y el control. La delegación convencional de atribuciones no significa un *traspaso definitivo de las mismas*”⁸⁰.

Como la concesión de un servicio público se otorga en función del interés público, la concesión no puede ser renunciada unilateralmente por el concesionario y el control del Estado es más intenso que en otros contratos administrativos, característica ésta que mencionamos antes⁸¹.

DROMI⁸² es claro al señalar que la “concesión de servicio público es un contrato administrativo. Las relaciones se rigen por el Derecho Público administrativo. Los eventuales conflictos deben tramitarse en la jurisdicción contencioso administrativa”. Debido al carácter administrativo de la concesión, la Administración puede introducir modificaciones, pues su “naturaleza habilita tales modificaciones. Éstas forman

⁷⁰ Concuera con esta conclusión GARCÍA DE ENTERRÍA (Ibidem) quien dice que “conceptos como urgencia, orden público, justo precio, calamidad pública, medidas adecuadas o proporcionales, incluso necesidad pública, utilidad pública y hasta interés público, no permiten en su aplicación una pluralidad de soluciones justas, sino una sola solución en cada caso”.

⁷¹ En este sentido afirma el autor en estudio (Ibid., pp. 459-450) que “[s]iempre que sea posible ofrecer al Tribunal una crítica seria y fundada de la decisión administrativa en causa desde la perspectiva de un concepto jurídico indeterminado, explícito o implícito en la Ley (en último extremo el de interés público, de tan amplio «halo») será jurídicamente posible que el Tribunal revise la apreciación del concepto realizada por la Administración en su función interpretativa y aplicativa de la Ley”.

⁷² DROMI, José Roberto. Op. cit. Tomo 2. p. 5.

⁷³ “La continuidad del servicio indica que éste debe prestarse toda vez que la necesidad que cubre se haga presente, es decir que se efectúe oportunamente. Hay servicios que por la *necesidad colectiva* que satisfacen, no pueden ser interrumpidos, (...) en estos casos estamos en presencia de continuidad absoluta. También puede hablarse de continuidad relativa cuando el servicio no se presta ininterrumpidamente, sino en determinados momentos (...)” (Ibid., pp. 6-7). (Las cursivas son del autor). Es debido a la continuidad que se establecen restricciones al Derecho de huelga y la posibilidad de ejecución directa por parte del Estado en caso del rescate del servicio público.

⁷⁴ “Regularidad significa que el servicio debe prestarse *conforme a reglas preestablecidas* o a determinadas normas (...) [esto] se refiere, por ejemplo, al horario en los transportes” (Ibid., p. 9). (Las cursivas son del autor). Así, la regularidad, como característica del servicio público, está relacionada con el principio de legalidad al deberse prestar el servicio conforme a lo establecido por el ordenamiento jurídico.

⁷⁵ “Significa *igualdad* de trato en la prestación. La igualdad en la prestación de los servicios públicos es el Derecho de exigir y recibir el servicio en igualdad o uniformidad de condiciones, sin discriminación, ni privilegios (...)” (Ibidem). (Las cursivas son del autor).

⁷⁶ “La generalidad significa que el servicio puede ser exigido y usado por todos los habitantes, sin exclusión alguna. El servicio se establece para satisfacción de una *necesidad general o colectiva*” (Ibid., pp. 9-10). (Las cursivas son del autor).

⁷⁷ “Es inherente al servicio, por su propia naturaleza, la obligatoriedad de la prestación y su exigibilidad por los usuarios” (Ibid., p. 10). Esta es la razón por la cual el contratante no puede dejar de ejecutar su prestación en los contratos de concesión de servicios públicos alegando la excepción de incumplimiento, por lo menos en un primer momento.

⁷⁸ ZEGARRA, Diego. “Concesión (...)”. Op. cit., pp. 101-107.

⁷⁹ DROMI, José Roberto. Op. cit., pp. 489-490.

⁸⁰ Las cursivas son del autor.

⁸¹ DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 490.

⁸² Ibid., pp. 492-493.

parte del contrato, expresan una situación contractual, no legal o reglamentaria (...) derivan, directamente, del carácter de contrato administrativo de la concesión de servicio público⁸³.

Por su parte, VILLAREZCURRA⁸⁴ define a la concesión como “un contrato celebrado entre la Administración y un particular mediante el cual se reconoce el Derecho de ejercitar una actividad de servicio público reservado a la Administración por una norma”. En definitiva, la “concesión administrativa (...) implica la transferencia o reconocimiento a favor de un particular del Derecho a ejercer una actividad reservada a la Administración”.

En el servicio público se tiene una actividad reservada a la Administración debido al interés público inherente al servicio⁸⁵. Para VILLAR EZCURRA⁸⁶ “la supremacía de la Administración se desprende de la propia regulación normativa (...) la Administración de nuestros días se vincula indisolublemente al interés general y tal vinculación es lo que justifica su posición de supremacía respecto a los particulares”.

Como es claro, los contratos de concesión de servicios públicos son contratos administrativos por razón de su materia, que es indudablemente administrativa al ser el fin de éstos el satisfacer una necesidad de interés general⁸⁷. Por tanto, la Administración tendrá, en los contratos de concesión, los especiales poderes que antes estudiamos, siendo éstos de especial intensidad dado el interés público en juego.

1.5. Toma de Posición

Como señalamos al terminar el punto 1.1 un contrato será administrativo cuando su objeto, la materia que regule, sea administrativa y siempre y cuando la Administración sea parte del mismo. Para establecer esto será importante analizar el contenido contractual, siendo un indicio el hecho que en el mismo se

incluya cláusulas exorbitantes⁸⁸.

Dentro del contrato administrativo la Administración contará con una serie de poderes especiales derivados de las normas administrativas que regulan el sector y los contratos administrativos en general. Para establecer en cada supuesto concreto si la Administración cuenta con ciertas prerrogativas habrá, por tanto, de analizarse las normas aplicables a la relación y el contrato administrativo, pues si el ordenamiento lo permite éste podrá graduar la intensidad de los poderes para el caso particular⁸⁹.

Resulta claro, y en eso concuerda toda la doctrina revisada, que los contratos de concesión de servicios públicos constituyen contratos administrativos y se rigen, en su mayor parte, por el Derecho Público. Consecuencia de esto es que en estos contratos la Administración contará con los especiales poderes anotados.

Finalmente, cabe precisar un punto de suma importancia: la justificación del ejercicio de los poderes especiales con que cuenta la Administración está en el interés público⁹⁰. Así, si tal interés no está presente en el ejercicio concreto de uno de tales poderes estaremos ante una actuación arbitraria de la Administración por contravenir el principio de legalidad, de forma tal que el acto administrativo será nulo. Esto se debe a que el interés público es un concepto jurídico indeterminado, por lo que, como hemos dicho, en cada caso en concreto debe determinarse si se encuentra presente o no para legitimar el uso de los especiales poderes.

2. EL CONTRATO-LEY

2.1. Posición de la Doctrina sobre el Contrato-ley

El contrato-ley es una institución de rango constitucional establecida con el fin de dar garantías y seguridad

⁸³ Ibid., p. 493. Discrepamos con la opinión de que la facultad modificadora tiene necesariamente su fuente en el contrato administrativo (cfr. punto 1.2 *supra*).

⁸⁴ VILLAR EZCURRA, José Luis. Op. cit., pp. 254-255.

⁸⁵ Para una visión diferente de los servicios públicos recomendamos leer FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”. En: Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 150, Septiembre/Diciembre 1999. pp. 57-73.

⁸⁶ VILLAR EZCURRA, José Luis. Op. cit., p. 226.

⁸⁷ Por todos, AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. “Aplicabilidad (...)”. Op. cit., p. 259, quienes señalan que “en este aspecto la doctrina es virtualmente unánime al reconocer que los mismos se rigen fundamentalmente por el Derecho administrativo”.

⁸⁸ Como ya ha sido dicho estas cláusulas sólo pueden insertarse en contratos administrativos, pues los contratos en sentido técnico –los civiles– se rigen por el Derecho Privado, el mismo que no permite la inclusión de éstas. Por tanto, el hecho que se incluyan no hace del contrato uno administrativo, sino que hace presumir que lo es, dado que en caso contrario éste –o la cláusula– sería nulo. Así, si se encuentra presentes cláusulas exorbitantes en un contrato y éste no es administrativo, estaremos ante un caso de nulidad.

⁸⁹ Así, por ejemplo, podría darse el caso en que las normas aplicables establezcan que la Administración puede incluir supuestos para la modificación unilateral del contrato, pero, a la vez, que si no son incluidos en éste la Administración carecerá de dicha potestad.

⁹⁰ Como señala GÓMEZ DE LA TORRE (GÓMEZ DE LA TORRE, Andrés. Op. cit., p. 74), las “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 (...)”.

des a inversionistas sobre el marco legal que se les aplicará. Como señalan AMADO y MIRANDA⁹¹, “la necesidad de dotar de seguridad jurídica a las relaciones de los particulares con el Estado, cuando éste actúa en uso de sus poderes de *imperium*, es la razón de ser de los contratos ley”⁹².

Los contratos administrativos, dado el especial interés que protegen y las normas a que están sometidos –las de Derecho Público–, no confieren la debida seguridad jurídica a los inversionistas, pues los términos contractuales pueden ser modificados unilateralmente por la Administración. Debido a esto surgen principios como el mantenimiento de la ecuación económico financiera del contrato y la necesidad del interés público para estar legitimado a ejercer los poderes. No obstante, esto no es suficiente, pues aun así muchos posibles inversionistas se verán disuadidos de contratar con el Estado por lo alto del riesgo al ser difícil prever cómo habrá de desenvolverse la relación.

Vemos entonces que los mismos mecanismos que se crearon para proteger el interés público pueden acabar perjudicándolo, al impedir que el Estado pueda acceder a la colaboración de los particulares. Surge por esto la figura del contrato-ley como un mecanismo que permite dar mayor estabilidad a las relaciones con el Estado y reduce, por tanto, el riesgo de los inversionistas. Resulta paradójico que el mismo Derecho Público que se atribuyó poderes especiales en la contratación con los particulares se ve compelido a renunciar a ellos –auto limitarse– para poder acceder a su colaboración. Si bien es cierto que con esto el Estado puede verse seriamente limitado en su actuación de resguardar el interés público, peor es lo contrario: la no celebración de contratos valiosos y ampliamente beneficiosos para la comunidad, como en el caso de contratos de concesión de servicios públicos. De lo dicho podríamos deducir que lo eficiente será el otorgar contratos-ley cuando el beneficio de atraer más inversiones sea mayor al perjuicio causado por la limitación en esas relaciones de los especiales poderes del Estado, basados en el resguardo del interés público.

Los contratos-ley, a decir de AMADO y MIRANDA⁹³, cumplen dos funciones: “la estabilización del marco legal aplicable a la relación jurídica patrimonial creada por el contrato y (...) la modificación del marco legal aplicable a un contrato con el Estado del Derecho administrativo al civil”. Entienden estos autores que lo que ocurre “cuando el Estado se somete voluntariamente a la esfera del Derecho Privado, no es que aquel se desligue de sus poderes de *imperium*, sino que en virtud de ellos formula renuncia a poder hacer ejercicio de los mismos para someterse a otro estatuto jurídico, el Derecho Privado, en determinados casos específicos donde el interés público así lo justifique”⁹⁴.

Así, los contratos-ley tendrían la función de convertir contratos que por su naturaleza serían administrativos en contratos de Derecho Privado⁹⁵. De esta suerte tales contratos dejarían de estar sometidos al Derecho Público, con lo cual la Administración carecería de las especiales prerrogativas que se le conceden en los contratos administrativos.

Nosotros discrepamos, como más adelante expondremos, con esta posición por entender que un contrato administrativo no se convierte en civil cuando se dan garantías vía un contrato-ley, ni deja de estar regido por el Derecho Público para pasar a ser regido por el privado.

Otro autor que ha estudiado el tema de los contratos-ley, pero desde la óptica del artículo 1357 del Código Civil vigente, es DE LA PUENTE⁹⁶, quien también entiende que los contratos-ley tienen la función de convertir contratos administrativos en contratos civiles. El funcionamiento de esta institución es, a su entender, una habilitación al Estado, por medio de una ley, para que éste establezca garantías y otorgue seguridades. Como estas garantías se otorgan por medio de un contrato el Estado no podrá modificarlas unilateralmente.

Es necesario señalar que, si bien la institución del contrato-ley no fue una novedad de la Constitución de 1993, pues ya había sido legislado en el Código Civil

⁹¹ AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. “La Seguridad (...)”. Op. cit., p. 17.

⁹² Las cursivas son de los autores.

⁹³ AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. “La Seguridad (...)”. Op. cit., p. 18.

⁹⁴ Las cursivas son de los autores.

⁹⁵ “[U]no de los objetos fundamentales del contrato-ley es la estabilización del marco jurídico aplicable a la relación jurídica patrimonial creada por el contrato administrativo. (...) [S]on contratos de Derecho Civil, por lo cual se rigen por las disposiciones del Código Civil”. (AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. “La Seguridad (...)”. Op. cit., p. 19).

⁹⁶ DE LA PUENTE, Manuel. Op. cit., pp. 364-366.

de 1984, es recién gracias al reconocimiento de ésta que adquiere una estabilidad monolítica. Antes de su consagración constitucional se tenía el riesgo de que una derogación de la ley que daba las seguridades y garantías podía dejarlas sin efecto, por lo que la protección no era total⁹⁷. En cambio, al establecerse en la Constitución se impide que el Estado deje sin efecto las seguridades y garantías del contrato-ley con la derogación de la ley que las confirió⁹⁸, dándosele a la figura el verdadero sentido que debe tener.

2.2. Posición Personal

A nuestro entender el contrato-ley es una institución de rango constitucional que permite otorgar una serie de garantías y seguridades a ciertas personas. Estas garantías y seguridades tienen como objetivo el reducir el riesgo para los inversionistas de contratar con el Estado, siendo su fin el fomentar la inversión y la contratación entre el Estado y aquéllos.

En cuanto a la naturaleza del contrato-ley, consideramos que éste es un contrato administrativo por el cual se congela⁹⁹ el contenido de otro contrato, también administrativo, de forma tal que el Estado, por mandato del artículo 62 de la Constitución, se ve impedido de ejercer sus especiales poderes, atenuándose el régimen normal del Derecho Administrativo. Entonces, no es que el contrato-ley convierta un contrato administrativo en civil, sino que establece un marco jurídico de estabilidad por el cual el Estado se ve impedido de ejercer las potestades que, de no existir el contrato-ley, tendría. La razón por la cual sostenemos que el contrato-ley tiene naturaleza administrativa es porque su contenido escapa a la esfera de lo que puede ser regulado por medio de un contrato civil, siendo en definitiva de Derecho Público. Esto es claro si se tiene en cuenta que un posible contenido del contrato-ley es el otorgar seguridades en materia

tributaria, lo que a todas luces es un tema fuera del alcance de la autonomía privada.

Si bien es cierto que el efecto de un contrato-ley es que el contenido del mismo devendrá inamovible, punto en el que concuerdan todos los autores consultados, esto no lo convierte en un contrato civil, sino que lo somete a una regulación diferente a la de los demás contratos administrativos, regulación que por anular los especiales poderes del Estado tiene efectos parecidos a los de los contratos civiles¹⁰⁰. Sin embargo, aun en este supuesto nos encontraremos ante un contrato regulado por el Derecho Público, sólo que su regulación especial establece para el mismo mecanismos de seguridad similares a los del Derecho Privado.

A modo de ejemplo es posible imaginar un caso en el cual el Estado celebre un contrato administrativo por el cual otorgue la concesión de cierto servicio público a una persona jurídica y, posteriormente, celebre un contrato-ley por el cual establezca que lo estipulado en el contrato de concesión será inmodificable sin el consentimiento del contratante privado. En este caso tendríamos dos contratos administrativos, a saber, el contrato de concesión y el contrato-ley. Por el primero el Estado gozaría de poderes tales como el de modificar el contrato y el de resolverlo por motivos de interés público; por el segundo el Estado estaría estableciendo que no podrá hacer uso de tales poderes, con lo cual otorgaría una gran seguridad a los inversionistas. Esta auto limitación del Estado de las prerrogativas que en situaciones normales gozaría no podría ser modificada de modo alguno, salvo con la anuencia del contratante privado, pues estaría bajo la protección del segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución.

Otro punto de interés es que no parece posible que el propio contrato de concesión pueda ser un contrato-ley¹⁰¹, pues la Constitución refiere que el contenido

⁹⁷ Es de notar que DE LA PUENTE (DE LA PUENTE, Manuel. Op. cit., p. 370) discrepa con esta opinión, pero desde una óptica teñida por el Derecho Civil. Para este jurista si el Estado contrata por medio de su autonomía privada (la autonomía de la voluntad) no podrá luego liberarse del vínculo: "El sometimiento voluntario del Estado a la relación contractual (...) determina que haya renunciado implícitamente a ocupar su rol de autoridad, y por consiguiente a ejercitar irrestrictamente su *ius imperium*, en lo que es materia del contrato".

⁹⁸ De esta manera lo entienden AMADO y MIRANDA (AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. "La Seguridad (...)". Op. cit., p. 19) para quienes el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución "impide al Estado desobligarse de su relación jurídica patrimonial con el inversionista mediante la derogación de la ley (...)". En similar sentido juzga ZEGARRA (ZEGARRA, Diego. "El Contrato (...)". Op. cit., pp. 55-56) que "sólo vía la Constitución se podía asegurar que dichos contratos no iban a sufrir alteración alguna", teniéndose "la necesidad de crear una garantía infalible para el inversionista, en la que no mediara ningún tipo de quiebre y que principalmente, pudiera dar sustento al factor psicológico de estabilidad y seguridad que se desea para los inversionistas".

⁹⁹ Utilizamos esta expresión por lo gráfico de la misma. El contrato-ley vuelve estable la relación con el Estado al impedir, gracias al mandato constitucional del segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución, que las garantías y seguridades otorgadas sean dejadas sin efecto por una ley.

¹⁰⁰ Parecidos en el sentido que el Estado no podrá modificar el contrato de manera unilateral. Sin embargo, esto no ocurre, como en el Derecho Civil, porque se requiera del consentimiento de las partes del contrato, sino porque el contrato-ley expresamente prohíbe tal modificación. Así, la prohibición en un caso surge de la naturaleza del Derecho Privado, en el otro del contrato-ley (y mediadamente de la Constitución).

¹⁰¹ Esta posición contradice lo establecido en la Ley 26285, con la cual discrepamos por entender que va más allá de lo que la Constitución permite sea materia de los contratos-ley. La ley en mención señala: "los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley".

de éste debe ser el “establecer garantías y otorgar seguridades”, mientras que el contenido del contrato de concesión es “la organización y el funcionamiento de un servicio público”¹⁰². Al mismo tiempo que en el segundo se establece la concesión del servicio público y los derechos y obligaciones del contratista, en el primero se otorga ciertas garantías y seguridades, como la estabilidad del régimen tributario o la imposibilidad de modificar el contrato unilateralmente. Este razonamiento es aplicable también para otros contratos administrativos, como los de obra. En estos casos se podrá tener el contrato de obra, por ejemplo la construcción de una carretera, y un contrato-ley paralelo que otorgue ciertas seguridades sobre la relación creada por el primero. Concluyendo, creemos que por medio del contrato-ley, para que éste sea tal y se encuentre dentro de la *fattispecie* del artículo 62 de la Constitución, sólo se puede otorgar garantías y seguridades, siendo todo otro aspecto ajeno al mismo.

2.3. Regulación del Contrato-ley en el Ordenamiento Peruano

El segundo párrafo de la Constitución estipula: “Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”. Esta disposición debe ser complementada con el artículo 1357 del Código Civil, el mismo que establece: “Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato”.

Asimismo, el artículo 39 del Decreto Legislativo 757 dispone que “[l]os convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contrato con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes”.

De acuerdo al artículo citado, parecería que los convenios de estabilidad jurídica son civiles¹⁰³; sin embargo, por lo explicado anteriormente, estimamos que son administrativos. El decir que son civiles tiene

por objeto enfatizar su carácter inamovible y crear seguridad en el inversionista, pero no puede afectar su naturaleza, la cual, al tratarse de temas que escapan al ámbito del Derecho Privado, es pública. En definitiva, no es posible que estemos ante contratos civiles cuando en su contenido se tiene temas extraños al Derecho Privado, como ocurre cuando se establece por medio de un contrato-ley un marco de estabilidad en el régimen tributario que impide que futuras modificaciones en la legislación tributaria afecten al contratista privado.

Para que se pueda celebrar un convenio de estabilidad jurídica y, por tanto, estar ante un contrato-ley, se debe dar una autorización por decreto supremo. Esto se desprende del artículo 6 de la Ley 26438 que modifica el artículo 2 del Decreto Ley 25570. El artículo en mención establece: “De acuerdo a lo señalado en el artículo 1357 del Código Civil, el Estado queda autorizado para otorgar mediante contrato, a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, que realicen inversiones en las empresas y entidades del Estado, incluidas en el proceso a que se refiere el Decreto Legislativo No. 674, bajo cualquiera de las modalidades previstas por el artículo 2 de dicha norma, las seguridades y garantías que mediante Decreto Supremo, en cada caso, se consideren necesarias para proteger sus adquisiciones e inversiones, de acuerdo a la legislación vigente”.

Entonces, tenemos que para estar ante un contrato-ley éste deberá haber sido aprobado mediante decreto supremo y su objeto deberá ser el establecer garantías y otorgar seguridades. Sin embargo, creemos importante el dejar planteada una interrogante que surgió en nosotros al estudiar la legislación, interrogante que no intentaremos resolver en este momento por requerir de un mayor estudio y análisis: ¿basta que haya una ley que autorice la dación de un contrato-ley por decreto supremo para que el contrato aprobado por éste tenga la naturaleza de contrato-ley o, por el contrario, debería ser dicho contrato aprobado por una ley? En este punto debe tenerse en cuenta que si bien la ley establece el marco jurídico para suscribir el convenio de estabilidad, éste, y sobre todo su contenido, se aprueba por medio de un decreto supremo. Es claro que la respuesta que se dé tendrá importantes consecuencias sobre la realidad nacional, ya

¹⁰² DROMI, José Roberto. Op. cit. Tomo 1. pp. 489-490.

¹⁰³ “Los convenios de estabilidad jurídica celebrados por el Estado, además de constituir en sí mismos una seguridad para los inversionistas, en la medida que estabilizan el marco legal aplicable al momento de celebrarse el convenio, son regidos por el Derecho Privado, motivo por el cual puede afirmarse que reúnen todos los elementos para ser caracterizados como contratos-leyes”. (AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. “La Seguridad (...)”. Op. cit., p. 18).

que hasta el momento se ha considerado que los convenios de estabilidad jurídica son verdaderos contratos-ley. Dejamos la pregunta planteada.

3. COMENTARIOS FINALES

Hemos intentado dar en el presente artículo una visión general de lo que son los contratos administrativos y su incidencia en los contratos de concesión de servicios públicos, así como de los contratos-ley como atenuación del régimen de aquéllos.

En este sentido, hemos dicho que cuando el Estado celebra contratos administrativos con los particulares goza de una serie de poderes especiales establecidos con el fin de resguardar el interés público; poderes que son especialmente intensos en los contratos de concesión de servicios públicos dado el alto grado en que se encuentra comprometido el interés público en éstos. Sin embargo estos poderes tienen como contrapartida un alto riesgo para el inversionista, razón por la cual se establece que sólo se estará legitimado para ejercerlos en casos de interés públi-

co, concepto jurídico indeterminado que sólo admite una solución justa en cada caso, y siempre debiéndose mantener la ecuación económico financiera. Adicionalmente, como un paliativo de mayor efectividad para la falta de seguridad de los inversionistas, se incorporó a la Constitución la figura de los contratos-ley en lo que, en definitiva, constituye un sacrificio de ciertos poderes basados en el interés público como contrapartida para lograr un objetivo que, a su vez, también es de interés público: el atraer inversiones.

Como hemos visto, se tiene un juego de intereses encontrados entre la seguridad que se debe proporcionar a los inversionistas para atraerlos a contratar con el Estado y los especiales poderes con que cuenta la Administración para resguardar el interés público. Creemos que el punto de equilibrio correcto debe ser aquel en el cual los particulares no sientan que contratar con el Estado es irracional por implicar un grave riesgo, pero que a la vez permita la satisfacción del interés público. Esto no es fácil, pero debe ser el objetivo al cual tienda el sistema.