

APLICABILIDAD DE LA CLÁUSULA PACTA SUNT SERVANDA DEL ARTÍCULO 62 DE LA CONSTITUCIÓN A LOS CONTRATOS REGULADOS POR EL DERECHO PÚBLICO

José Daniel Amado*
Luis G. Miranda **

INTRODUCCIÓN

La segunda parte del primer párrafo del artículo 62 de la Constitución de 1993 (la "Constitución") establece que "... los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase ...", incorporando la cláusula pacta sunt servanda dentro de nuestro ordenamiento jurídico como una norma de rango constitucional. Esta disposición ha generado un intenso debate en la doctrina nacional respecto de su implicancia en la aplicación de la ley en el tiempo, específicamente en el derecho de los contratos, que se manifiesta en la tradicional polémica entre la teoría de los derechos adquiridos en contraposición a la teoría de los hechos cumplidos.¹ También ha revivido la interesante discusión relativa a la conveniencia de que los contratos puedan ser modificados o extinguidos sin el consentimiento de alguna de las partes, manifestada en el dilema clásico "*pacta sunt servanda vs. rebus sic stantibus*".²

En el presente artículo trataremos sobre el ámbito de aplicación de la referida cláusula pacta sunt servanda contenida en el primer párrafo del artículo 62 de la Constitución, particularmente en cuanto a su aplicabilidad a los contratos regulados por el derecho público, incluyendo a aquellos que celebran los concesio-

"La ejecución y la reglamentación del servicio, responden a la urgencia de asegurar la satisfacción más rápida y más completa de las necesidades del público; las voluntades particulares deben doblegarse ante las necesidades superiores de dicho servicio. Así, el funcionamiento de los servicios públicos, aún concedidos, ofrece un terreno poco favorable a la formación de situaciones contractuales. La ley del servicio tiende a imponerse tanto al concesionario como a los particulares, adaptándose a las necesidades del público, de las que sigue las variaciones, presentando una facultad de evolución inconciliable con la rigidez del vínculo contractual".***

* Master en Derecho. Harvard University.

** Master en Derecho. The University of Chicago.

***COMTE citado por SARRIA, Eduardo, "Derecho Administrativo", Edit. Temis, Bogotá 1968, p. 298-299.

¹ Sobre la conveniencia de aplicar la teoría de los derechos adquiridos a las relaciones contractuales, véase TORRES Y TORRES LARA, Carlos, La Constitución económica en el Perú, Asesorandina S.R.L., 1994, PG. 4; OLAECHEA, Manuel Pablo, "Hacia un nuevo Código Civil", 1993, pg. 101; CHIRINOS SOTO, Enrique, "Constitución de 1993; Lectura y Comentario", p. 114. Sobre la conveniencia de aplicar la teoría de los hechos cumplidos a las relaciones contractuales, véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, "La libertad de contratar", Themis Revista de derecho 33, Asociación Civil Themis - Revista de Derecho, 1996, p. 7-14; RUBIO Correa, Marcial, "Estudio de la Constitución Política de 1993", Tomo 3, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1999, p. 279-294; y BERNALES Ballesteros, Enrique, "La Constitución de 1993 Análisis Comparado", CIEDLA, 1996, p. 315-318.

² SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, "International Economic Law", Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 151.

narios de servicios públicos, en diversos sectores regulados de la actividad económica privada.

Con ese fin, explicaremos en primer lugar el principio general de la aplicación inmediata de la ley en nuestro ordenamiento jurídico, según está contenido en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil. El objeto de éste análisis será determinar si la cláusula *pacta sunt servanda* del artículo 62 de la Constitución es una norma de excepción dentro de la legislación peruana aplicable únicamente a los contratos.

A continuación examinaremos diversos temas vinculados con la dicotomía entre contratos de derecho privado y contratos de derecho público, la facultad reguladora del Estado en materia de servicios públicos y el propósito de los denominados contratos-ley, que nos permitirán definir si la antes indicada cláusula *pacta sunt servanda* es aplicable a todos los contratos, sea que éstos estén regulados por el derecho público o derecho privado o si, más bien, es aplicable únicamente a los contratos de derecho privado.

Finalmente, analizaremos si los contratos que celebran los concesionarios de servicios públicos entre sí o con sus usuarios se encuentran regulados por el derecho privado o si, por el contrario, se rigen por el derecho público y, como corolario, si los mismos se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la cláusula *pacta sunt servanda* del artículo 62 de la Constitución.

I. PRINCIPIO GENERAL DE APLICACIÓN INMEDIATA DE LA LEY EN EL TIEMPO; CLÁUSULA *PACTA SUNT SERVANDA* DEL ARTÍCULO 62 DE LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA DE EXCEPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Según lo dispuesto por el artículo III del Título Preliminar del Código Civil³, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no teniendo fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución.

Como se puede apreciar, el artículo III del Título Preliminar fija el límite que existe entre la aplicación retroactiva y la aplicación inmediata de la ley, estableciendo que las nuevas normas legales modifican los efectos o consecuencias que se produzcan después de su entrada en vigencia, aún cuando tengan su origen en situaciones jurídicas previas.

En este orden, cabe afirmar que nuestra legislación consagra el llamado principio de aplicación inmediata de las leyes, recogiendo la teoría de los hechos cumplidos, en virtud de la cual la nueva norma legal se aplica en forma inmediata a las relaciones jurídicas originadas con anterioridad a su vigencia, pero que se cumplen o concluyen durante la vigencia de tal norma.⁴

No obstante ello, el primer párrafo del artículo 62 de la Constitución, el cual señala que “[l]os términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase...”, ha recogido la teoría de los derechos adquiridos, generando un aparente conflicto normativo con el artículo III del Título Preliminar que, según hemos visto, recoge la teoría de los hechos cumplidos.

Sobre este aparente conflicto normativo, de la Puente sostiene que estando al principio de que la ley especial posterior coexiste con la ley general anterior, la cual pasa de ser una regla absoluta para convertirse en una regla ilimitada por excepciones, el citado primer párrafo del artículo 62 de la Constitución coexiste con el artículo III del Título Preliminar⁵. En efecto, el primer párrafo del artículo 62 de la Constitución establece una norma de excepción al principio de aplicación inmediata y, por consiguiente, como señala Rubio ello conlleva a que los contratos se regirán en adelante por el principio de los derechos adquiridos y todos los demás actos jurídicos se regirán por el principio de los hechos cumplidos.⁶

En consecuencia, cabe afirmar que la cláusula *pacta sunt servanda* del artículo 62 de la Constitución es una norma de excepción al principio general de aplicación inmediata de la ley que rige en la legislación peruana, aplicable únicamente a los contratos.

³ El artículo III del Título Preliminar del Código Civil está diseñado como una norma que se refiere no sólo al Código Civil, ni sólo a las normas de Derecho Privado, sino a todas las normas. RUBIO, Correa, Marcial, “Título Preliminar”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1986, p. 20.

⁴ Específicamente, el artículo 2121 del Código Civil señala que a partir de su vigencia, las disposiciones de dicho código se aplicarán inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

⁵ DE LA PUENTE, Manuel, Op. Cit. p. 13. También comparte esta posición BERNALES, véase BERNALES Ballesteros, Enrique, Op. Cit., p. 316.

⁶ RUBIO CORREA, Marcial, “Estudio de la Constitución Política de 1993”, Tomo 3, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1999, p. 286.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PACTA SUNT SERVANDA DEL ARTÍCULO 62 DE LA CONSTITUCIÓN

Ahora bien, surge la pregunta de si la cláusula pacta sunt servanda contenida en el primer párrafo del artículo 62 de la Constitución es aplicable a todos los contratos sea cual fuere su naturaleza. A continuación, analizaremos los temas que nos permitirán dar respuesta a esta pregunta y que, en nuestra opinión, permiten sostener que la referida norma de excepción es aplicable únicamente a los contratos de derecho privado y, por ende, que el principio general de aplicación inmediata de la ley establecido en el artículo III del Título Preliminar mantiene su aplicación con relación a todos aquellos contratos regulados por el derecho público.

2.1. Características de los Contratos de Derecho Público y de Derecho Privado

La primera parte del primer párrafo del artículo 62 de la Constitución señala que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. La segunda parte de dicho primer párrafo indica, como ya hemos visto, que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.⁷

Como se sabe, los contratos regulados por el derecho privado importan fundamentalmente la existencia de dos elementos: igualdad y libertad jurídica. A su vez, la libertad jurídica importa dos clases de libertades: la libertad contractual y la libertad de contratar. Recuérdese que la libertad contractual es la libertad de las partes de determinar libremente el contenido de los contratos mientras que la libertad de contratar es la libertad de las partes de estipular o no estipular.⁸

Por el contrario, en los contratos regulados por el derecho público, incluidos los contratos administrati-

vos, 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. En el caso específico de los contratos administrativos, es reconocido que “el principio de inalterabilidad de los contratos no puede ser mantenido, cede ante el ius variandi que tiene la Administración a introducir modificaciones en el contrato, y que son obligatorias, dentro de los límites de la razonabilidad para el contratista.”⁹

Como reconoce la doctrina reciente¹⁰, el mayor obstáculo en la contratación con el estado consiste en la atribución que el derecho público de la mayoría de países occidentales reconoce al Estado de modificar o extinguir la relación jurídica creada por el contrato, sin otro sustento que el interés público.

Ciertamente, la diferencia existente en cuanto a los distintos intereses que protegen, por un lado, los contratos regidos por el derecho privado (la igualdad y la libertad jurídica), y, por otro lado, los contratos regulados por el derecho público (el interés público), no hace sino demostrar, tal como señala RUBIO¹¹, que el derecho privado y el derecho público “son dos grandes conjuntos que se organizan en base a principios sistemáticas particulares y diferenciales”.¹²

En esa misma línea opina Jeze quien, citado por de la Puente, señala que los 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.¹³

De lo anterior se desprende que la cláusula pacta sunt servanda contenida en el artículo 62 de la Constitución que “garantiza la santidad del contrato”¹⁴ es una norma de derecho privado que, por ser claramente incompatible con la naturaleza de los contratos regu-

⁷ Con relación al primer párrafo del artículo 62 de la Constitución cabe destacar lo sostenido por BERNALES quien señala que dicho primer párrafo establece una regulación complementaria al principio de libre contratación establecido como derecho fundamental de las personas por el artículo 2, inciso 14) de la Constitución Política del Perú. BERNALES, Op. Cit., p. 315. Como se sabe, el citado inciso 14) indica que toda persona “tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

⁸ MESSINEO, Francesco, “Doctrina General del Contrato” Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa América 1986, p. 19

⁹ DROMI, Roberto, Licitación Pública, Ediciones Ciudad Argentina, 2ª, Edición Actualizada, Buenos Aires, 1955, p. 29.

¹⁰ SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, Op. Cit., p. 151.

¹¹ RUBIO Correa, Marcial, “El Sistema Jurídico”, Pontificia Universidad católica del Perú Fondo Editorial, 1988, p. 233-234.

¹² Sobre la diferencia entre los contratos de derecho privado y los de derecho público, tal como señalan PLANIOL y RIPERT, la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia administrativas se niegan a aplicar a los contratos regidos por el derecho público las normas de derecho privado, inspirándose solamente en las ideas justificativas de esas normas combinándolas con las necesidades del funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, “Tratado Práctico de derecho Civil Francés”, La Habana, 1946, Tomo VI, p. 35.

¹³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, Op. Cit., p. 7.

¹⁴ CHIRINOS SOTO, Enrique, OP. Cit., p. 114.

lados por el derecho público, no les resulta aplicable.¹⁵

2.2. Facultad Regulatoria del Estado en materia de Servicios Públicos

La facultad regulatoria del Estado en materia de servicios públicos está consagrada en los artículos 58 y 119 de la Constitución.¹⁶ El Estado tiene, en virtud de dichos artículos, una prerrogativa de control e intervención que comprende la calidad y eficiencia en la prestación de servicios públicos e implica la facultad de dictar los marcos regulatorios que los rigen.¹⁷

No cabe duda, entonces que, de una lectura sistemática de la Constitución y del rol que ésta atribuye al Estado, particularmente en la regulación de los servicios públicos, carecería de toda lógica que la cláusula *pacta sunt servanda* contenida en el primer párrafo del artículo 62 de la Constitución se refiera a contratos distintos a los sometidos al derecho privado.

Dicha interpretación es coherente con la esencia del servicio público ya que, tal como explica DROMI,¹⁸ la mayoría de las relaciones que se vinculan a la prestación de un servicio público cuya gestión es delegada por el Estado a particulares, producen efectos que se extienden a terceros y, en casos como el que analizamos, constituyen "ley a la cual deben sujetarse" dichos terceros en su calidad de usuarios del servicio. Es por ello que se afirma que de esta normatividad que origina la concesión "surgen derechos y deberes entre el concesionario y el público."¹⁹

2.3. Finalidad del Contrato-Ley

Finalmente cabe tener presente que el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución se refiera al contrato-ley. Como se sabe, el contrato-ley cumple la

finalidad de dotar de seguridad jurídica al inversionista de dos maneras distintas: (i) mediante la estabilización del marco legal aplicable a la relación jurídica patrimonial creada por el contrato y (ii) mediante la modificación del marco legal aplicable a un contrato con el Estado del derecho administrativo al derecho civil.

En el primer supuesto, se trata de eliminar el riesgo no comercial que, de otra manera, asumiría el inversionista como consecuencia de la facultad general de legislar que, por naturaleza, corresponde al Estado. En el segundo supuesto, se persigue una solución eficaz al riesgo originado por las cláusulas exorbitantes que se hallan implícitas en los contratos administrativos.

Al respecto, resulta evidente que el hecho de que el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución se refiera al contrato-ley, en cuanto éste no puede ser modificado por posteriores normas legales, pone en evidencia que la cláusula *pacta sunt servanda* contenida en el primer párrafo de dicha norma constitucional, sólo puede referirse, cuando menos en el caso de los contratos que celebra el Estado, a aquellos contratos que se rigen por el derecho privado.²⁰

III. CONTRATOS REGULADOS POR EL DERECHO PÚBLICO

Hemos sostenido que los contratos administrativos están regulados por el derecho público y, en consecuencia, no se encuentran sometidos al régimen de excepción establecido por la cláusula *pacta sunt servanda* contenida en el artículo 62 de la Constitución. Suele admitirse que en los contratos administrativos una de las partes contratantes es siempre el Estado y que el contrato administrativo puede serlo por razón de su objeto o por contener cláusulas exorbitantes del derecho privado.²¹

¹⁵ No desconocemos la posición de CARDENAS en cuanto a la inaplicabilidad de la cláusula *pacta sunt servanda* a las normas de carácter imperativo o de orden público. Si bien existe cierta similitud en ambos planteamientos, en el sentido que se reconoce la incompatibilidad entre dicha cláusula y el orden público, no es menos cierto que la distinción entre derecho público y derecho privado representa un elemento de distinción de mayor sustento doctrinario. CARDENAS Quirós, Carlos, "La Supuesta Santidad de los Contratos y el Artículo 62 de la Constitución Política del Perú", *Gaceta Jurídica*, 1999, Tomo 73-B, p. 29.

¹⁶ El artículo 58 señala que el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. El artículo 119 señala que la dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Poder Ejecutivo a través del Consejo de Ministros.

¹⁷ En sentido similar opina la doctrina comentando una norma similar a los citados artículos 58 y 119 de la Constitución. Véase DROMI, Roberto, *Op. Cit.*, p. 34-35.

¹⁸ DROMI, Roberto, *Empresas Públicas: de Estatales a Privadas*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 47.

¹⁹ "Derecho de los particulares es usar el servicio y son deberes que se imponen al usuario el respetar las restricciones de la policía que rigen el servicio como condición para su buen funcionamiento y pagar las tarifas establecidas como retribución del servicio concedido." ALTAMIRA, Pedro, "Curso de Derecho Administrativo", Edit. Depalma, Buenos Aires, 1971, p. 469.

²⁰ Como afirma CARDENAS en un reciente artículo, aceptar como norma absoluta que el artículo 62 de la Constitución consagra la santidad de los contratos "implicaría que, a novel de sus efectos, no existiría una diferencia sustancial entre los contratos-ley que vinculan a un particular con el Estado y los contratos celebrados entre particulares." CARDENAS Quirós, Carlos, *Op. Cit.* p. 35.

²¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Op. Cit.*, p. 8-9.

Surge la pregunta, entonces, de si los términos contractuales relativos a los contratos que celebran los concesionarios de servicios públicos entre sí o con sus usuarios, en los cuales no participa directamente el Estado como parte contratante, pueden también ser caracterizados como contratos administrativos. Al respecto, cabe preguntarse si dichos términos contractuales se encuentran regidos por el derecho privado y se les aplica la norma de excepción del artículo 62 de la Constitución o sí, por el contrario, se rigen por el derecho público y, por ende, está sometido al principio general de aplicación inmediata de la ley establecido en el artículo III del Título Preliminar.

Conforme desarrollaremos a continuación, consideramos junto con un respetable sector de la doctrina que los contratos celebrados por los concesionarios de servicios públicos entre sí y los que vinculan a éstos con sus usuarios se encuentran regulados por el derecho público y, por tanto, se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del primer párrafo del artículo 62 de la Constitución. Más importante aún, tal como veremos más adelante en esta sección, los marcos regulatorios de importantes sectores de la actividad económica, han adoptado legislativamente la posición sostenida por dicha doctrina.

3.1. Doctrina sobre regulación de Prestación de Servicios Públicos

La doctrina reconoce que el Estado puede prestar un servicio público de manera directa o indirecta. En este sentido, Diez²² ha definido el concepto de "servicio público" como "la prestación que efectúa la administración en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general" (subrayado agregado).

Si bien el problema del régimen jurídico aplicable a la contratación que realizan las empresas públicas o privadas que prestan un servicio público divide a la doctrina, ello no ocurre en cuanto se refiere a los contratos de concesión de dicho servicio, pues en este aspecto la doctrina es virtualmente unánime al reconocer que los mismos se rigen fundamentalmente por el derecho administrativo. Ello por cuanto, como

afirma Silva Cencio²³, en los contratos de concesión, "el objeto –servicio público– y la causa –interés público– imponen su ejecución de conformidad con los principios poderes y normas propios del derecho público".

En razón de la obligación asumida ante el Estado por el concesionario de dar continuidad al servicio, el derecho ha considerado necesario dotar a dicho concesionario de mecanismos regulatorios e incluso administrativos idóneos para lograr este objeto, por considerarlos parte del interés general.

En este sentido, García de Enterría²⁴ afirma que, tratándose del otorgamiento de concesiones para la prestación de un servicio público, "la Administración cede la gestión o explotación pero retiene la titularidad del servicio", lo cual, a decir de Pérez Huelva²⁵, implica que aún cuando el servicio público se preste en forma indirecta, "se le atribuye responsabilidad" al Estado.

En este mismo orden de ideas, Dromi²⁶ explica que los contratos de concesión "...implican transferencia de prerrogativas y sustitución de funciones..." y, añade que, "producen efectos que se extienden a terceros, y que pueden ser invocados por éstos, en tanto lo convenido entre la Administración Pública y su contratista es la ley a la cual deben sujetarse también los usuarios." Bielsa a su vez sostiene que "las cláusulas de la concesión son pactadas también en beneficio de los usuarios del servicio público, quienes pueden invocarlas o prevalerse de ellas, tanto para obtener servicio público ... como para obligar al concesionario a prestar ese servicio en forma regular continua y según los precios establecidos"²⁷.

En razón de este análisis, cierta doctrina reciente ha sostenido que, cumpliendo con los demás requisitos que califican a un contrato administrativo como tal, son también administrativos los contratos que celebran "los entes públicos no estatales o los entes privados que ejercen técnicamente función administrativa por delegación estatal (subrayado agregado)".²⁸ Pérez Huelva²⁹, por ejemplo, afirma que si bien el usuario y los terceros no son parte en el contrato de

²² DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Tomo III, Bibliografía Omeba, Editores-Libreros, Buenos Aires, p. 198-199.

²³ SILVA CENCIO, Jorge A., en "Contratos Administrativos", Ed. Astrea S.A., Buenos Aires, 1982, p. 132.

²⁴ GARCIA DE ENTERRIA, citado por TRILLO-FIGUEROA, Jesús y LOPEZ-JURADO, Francisco, *La Regulación del Sector Eléctrico*, Editorial Civitas S.A. Madrid, 1996, p. 48.

²⁵ PEREZ HUELVA, Alejandro, *El Concesionario de Servicios Públicos Privatizados*. Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1997, p. 12.

²⁶ DROMI, Roberto, *Empresas Públicas: de Estatales a Privadas*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997. P. 47.

²⁷ BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", Editorial La Ley, Buenos Aires, 1965, Tomo II, p. 261.

²⁸ DROMI, Roberto, *Licitación Pública*, Ediciones Ciudad Argentina, 2ª. Edición Actualizada, Buenos Aires, 1995, p. 25.

²⁹ PEREZ HUELVA, Op. Cit., p. 17.

concesión, sí “son sujetos de la relación jurídica de derecho público originada de aquél.”

Desde esta perspectiva, los contratos celebrados por concesionarios de servicios públicos entre sí o que vinculan a éstos con los usuarios de dichos servicios deben ser considerados como contratos administrativos no obstante que el Estado no es parte en él de manera directa.³⁰ En palabras de Sarria, el contrato administrativo “no sólo regula las relaciones las relaciones entre contratantes, sino que, originado por las necesidades del servicio público o de la actividad pública, lo reglamenta total o parcialmente, comprendiendo a terceros o usuarios y a agentes vinculados a la prestación.”³¹

No es ésta, sin embargo, la posición mayoritaria de la doctrina más tradicional, debido fundamentalmente a la ausencia del Estado como parte del contrato, requisito considerado indispensable por dicha doctrina para que pueda calificarse a un contrato como administrativo. Ello no obstante, cabe afirmar que, aún quienes sostienen esta opinión, como es el caso de GIMENO³², admiten que la contratación entre el concesionario y los terceros, “por su evidente interés público, se encuentra sometida a intensa reglamentación”.

Sin duda que esta reglamentación se aprecia nítidamente en temas como el del régimen tarifario, del cual DIEZ³³ ha afirmado que “se trata de una cuestión que afecta al orden del servicio público” sobre la cual la potestad de la administración “es indiscutible, no obstante la concesión”. Marienhoff³⁴, por su parte y hablando de las relaciones entre el concesionario y usuario, afirma que cuando esas relaciones tienen un carácter reglamentario se rigen “por el derecho público”, mientras que cuando esas relaciones tienen un carácter contractual se rigen principalmente por el derecho privado.

Nosotros coincidimos con esta última posición y consideramos, junto con una consistente doctrina en esta materia, que si bien no puede hablarse en estos casos propiamente de un “contrato administrativo”, sometido con carácter general a las normas del dere-

cho público, debe admitirse que aquellos aspectos de un contrato que se refieran a la prestación del servicio público se encuentran sometidos a regulaciones del derecho público.

3.2. El caso de las Normas Sectoriales de Telecomunicaciones y Electricidad

Coincidiendo con la doctrina referida en el numeral anterior, la legislación peruana reconoce que el Estado puede prestar un servicio público de manera directa o indirecta. De igual forma, tal como veremos seguidamente, algunas normas sectoriales recogen expresamente la posición de que también pueden ser considerados como contratos administrativos aquellos contratos celebrados entre privados (sin intervención directa del Estado) que prestan un servicio público por delegación estatal. A continuación describiremos brevemente los casos de los contratos de interconexión en el sector telecomunicaciones y los contratos de suministro de energía eléctrica en el sector electricidad.

Telecomunicaciones: Como se sabe, los contratos de interconexión son aquellos celebrados entre concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para interconectar sus redes y/o servicios. Según establece la Exposición de Motivos del Proyecto de Reglamento de Interconexión, publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 29 de octubre de 1997 (la “Exposición de Motivos”), la interconexión no constituye un contrato privado, dado que si bien es cierto las partes negocian dentro del marco regulatorio vigente, están sujetas a las directrices y determinaciones del ente regulador, el que puede y debe revisar los acuerdos entre las partes como condición para su validez jurídica.³⁵

Siguiendo a la doctrina nacional más calificada,³⁶ la Exposición de Motivos sentencia que “lo antitético a la voluntad de contratar es la obligación de contratar”, resaltando que la libertad de contratar y la libertad contractual no se verifican a plenitud en el ámbito del llamado contrato de interconexión, en la medida en que la interconexión es obligatoria y que los términos acordados por las partes en el contrato de interco-

³⁰ “Celebran contratos administrativos los entes públicos no estatales o los entes privados que ejercen técnicamente función administrativa por delegación estatal”, (ver DROMI, Licitación Pública, p. 25).

³¹ SARRIA, Eustorgio, OP. Cit., p. 283.

³² GIMENO FELIU, José María, El servicio Público Eléctrico en el Mercado Interior Europeo, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1993, p. 116.

³³ DIEZ, Op. Cit., p. 291.

³⁴ MARIENHOFF, Miguel, Tratado de derecho Administrativo, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 163-169.

³⁵ La Exposición de Motivos incluso llega a afirmar que el llamado contrato de interconexión “no es un verdadero contrato” por que la voluntad de contratar es imprescindible para hablar de contrato y que por tanto la interconexión es meramente un hecho jurídico cuya fuente de producción es la ley.

³⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, “Estudios del Contrato Privado” Tomo I, Cultural Cuzco 1983, p. 53.

nexión pueden ser observados, modificados o revocados por el ente regulador.

En virtud de lo anteriormente señalado, es válido afirmar que todos aquellos términos contractuales de cualquier “contrato de interconexión” que se encuentren regidos por el derecho público, pueden ser modificados por normas que dicte el ente regulador, o por otras leyes posteriores. En consecuencia, una resolución expedida por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones —OSIPTEL, puede modificar los términos contractuales derivados de contratos de interconexión que estipulen las partes.³⁷

Habiendo establecido que la cláusula pacta sunt servanda contemplada en el primer párrafo del artículo 62 de la Constitución es aplicable únicamente a los términos contractuales regulados por el derecho privado y que los términos contractuales en materia de interconexión se encuentran regulados por el derecho público, debe admitirse que el principio de aplicación inmediata de la ley consagrado en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil es de plena aplicación a aquellos términos contractuales de un contrato de interconexión que se encuentren regulados por el derecho público.

Electricidad: Como se sabe, los contratos de suministro de energía eléctrica son regularmente celebrados entre concesionarios de generación y de distribución o entre estos y sus clientes no regulados. En cuanto al suministro de energía destinado al Servicio Público de Electricidad, este se encuentra regido por el derecho público y la libertad de contratación de las partes bajo dicho derecho se encuentra restringida por la regulación impuesta por el Estado en virtud del interés público. Al respecto, resulta muy ilustrativo la disposición del artículo 34, inciso b) de la Ley de Concesiones Eléctricas — Ley 25844 (la “LCE”), que obliga a los concesionarios de distribución a “ tener contratos vigentes con empresas generadores que les garanticen su requerimiento total de potencia y energía por los siguientes 24 meses como mínimo”. Se trata, sin lugar a duda, de una obligación de contratar, contradictoria

con la libertad de contratar a la que nos hemos referido anteriormente.

Más aún, el artículo 31 de la LCE obliga a los concesionarios de generación, transmisión y distribución, a aplicar los precios regulados que se fijan de conformidad con dicha ley, estableciendo su artículo 45 que “las ventas de energía eléctrica a un concesionario de distribución, destinada al Servicio Público de Electricidad, se efectuarán a Tarifas en Barra”, es decir precios regulados que son fijados, revisados y modificados por un organismo autónomo y técnico denominado “Comisión de Tarifas de Energía—CTE”.

Es evidente entonces que el régimen tarifario para el suministro de energía eléctrica destinada al Servicio Público de Electricidad, es una cuestión que escapa del ámbito de la voluntad de las partes que intervienen en la prestación del Servicio Público de Electricidad y, por tanto, de lo que pudiera ser susceptible de incorporarse en un acuerdo sujeto al derecho privado, puesto que se trata de materias explícitamente reguladas por la ley en razón del interés público.³⁸

Así, por ejemplo, en relación con el límite de potencia en el suministro eléctrico materia de los contratos celebrados entre concesionarios o por éstos y los usuarios, debe tenerse presente que el artículo 2 de la LCE denomina “Servicio Público de Electricidad” al “suministro regular de energía para uso colectivo, hasta los límites de potencia que serán fijados de acuerdo a lo que establezca el Reglamento”, estableciendo, además, que se trata de servicios de “utilidad pública”.³⁹

Las disposiciones legales antes citadas, ponen en evidencia que el límite de potencia del suministro eléctrico, que no es otra cosa que el quantum del suministro, es un asunto sujeto a regulación por el Estado. El concesionario de distribución eléctrica debe calcular cuál es la potencia que requiere para garantizar el Servicio Público de Electricidad, cuya continuidad constituye una garantía que el propio Estado otorga a favor de los usuarios de dicho servicio.⁴⁰

³⁷ A manera de ejemplo, cabe referirse a la resolución de OSIPTEL que aprobó el contrato de interconexión entre Telefónica del Perú S.A. y Tele 2000 S.A., en el cual se resuelve “[d]isponer la incorporación” de determinados términos contractuales al texto del contrato suscrito por las partes. Resolución 028-99-GG/OSIPTEL de 13 de mayo de 1999.

³⁸ No es de extrañar que DROMI se refiera expresamente a la naturaleza privada o pública del contrato de suministro de energía eléctrica, señalando que se trata de contratos de derecho administrativo dado que se encuentra “afectada de suyo a una prestación pública”. (DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo Económico*, Tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985. p. 117.

³⁹ Por su parte, el Reglamento de la LCE, Decreto Supremo 009-93-EM, establece que dichos límites de potencia serán fijados el respectivo contrato de concesión a un valor equivalente al 20% de la demanda máxima de la concesión de distribución, hasta un tope de 1000 kw.

⁴⁰ Sobre este particular VILLAR PALASI, explica que “calificar de servicio público a una actividad implica la potestad administrativa para la dirección de la misma, para el mantenimiento de la continuidad en la prestación, para el manejo de las tarifas, la modalización del servicio, el mantenimiento del principio de igualdad de los usuarios y la llamada loi de changement” (citado por TRILLO-FIGUEROA Jesús y LOPEZ-JURADO, Francisco, Op. Cit., p. 48).

Por tanto, se trata de un aspecto regulado del suministro en los que el Estado interviene por encima de la voluntad de las partes con el fin de garantizar la prestación del servicio público, y que se encuentra sometido al derecho público.

En este sentido, es nuestra opinión que las disposiciones de los contratos celebrados entre concesionarios o entre éstos y sus usuarios referentes al Servicio Público de Electricidad se encuentran reguladas por el derecho público y, por tanto, les son aplicables las normas de derecho público que el Estado pudiera establecer al efecto.

CONCLUSIÓN

La cláusula *pacta sunt servanda* del artículo 62 de la Constitución es una norma de excepción al principio general de aplicación inmediata de la ley que rige en la legislación peruana, aplicable únicamente a los contratos. Ello no obstante, dicha norma de excep-

ción no es de aplicación a los contratos regulados por el derecho público, por ser incompatible con su naturaleza.

Tampoco es aplicable la cláusula *pacta sunt servanda* a los contratos que, sin estar sometidos al derecho administrativo, se encuentran regulados por el Derecho Público. Es este el caso de los contratos que celebran los concesionarios de servicios públicos entre sí o con sus usuarios, en tanto tienen relación directa con la prestación del servicio público concedido.

En los últimos años, la ley peruana viene recogiendo este último criterio, en la medida que se desarrolla el marco regulatorio de los servicios públicos. Es este el caso de los contratos de interconexión entre concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, así como en los contratos de suministro relacionados con la prestación del Servicio Público de Electricidad, sólo para nombrar dos ejemplos.