

CONCESIÓN ADMINISTRATIVA E INICIATIVA PRIVADA * **

Diego Zegarra Valdivia ***

El establecimiento por vía constitucional de un nuevo rol estatal dentro de la actividad económica ha sido uno de los elementos centrales para que hoy podamos analizar, dentro de nuestro contexto jurídico, la figura de la concesión administrativa proyectada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

I. CONSTITUCIÓN E INICIATIVA PRIVADA

Dentro de un marco de desarrollo del Derecho Administrativo, el rol que debe cumplir el Estado como prestador de servicios públicos se vuelve cada vez más importante, aceptándose con mayor frecuencia la necesidad que sean los privados quienes mediante el otorgamiento de una concesión administrativa y bajo la supervisión del Estado, brinden tales servicios, con el fin de lograr una prestación adecuada, eficiente y continua de los mismos.

En este sentido, el autor analiza la figura de la concesión administrativa, detallando los fines y características de ella y comentando sobre los elementos que deben tomarse en cuenta al momento de otorgarse la misma.

Atrás quedaron los años en los que el Estado, a través de una intervención protagónica y en ejercicio de una potestad originaria, era el exclusivo prestador de los distintos servicios públicos. El régimen económico de la Constitución de 1993 ha sido lo suficientemente amplio para permitir la participación del sector privado en la prestación de aquellos servicios cuya gestión se ha desarrollado de forma monopólica por la administración directa de los sectores vinculados con el servicio o a través de empresas estatales constituidas con un giro exclusivo¹.

Nuestra Constitución consagra en su artículo 58² la libre iniciativa privada y la libertad de empresa como el sustento del marco de desarrollo de la

* A mi hermano Mauricio.

** Las opiniones vertidas en el presente artículo son estrictamente de carácter académico, y no se vinculan o comprometen las actividades profesionales que el autor desarrolla.

*** Abogado. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ Nos referimos al caso de empresas como ENAFER, ENAPU y CORPAC, cuyas actividades están próximas a ser transferidas al sector privado vía concesión.

² Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

actividad económica. Asimismo, el legislador constitucional señala cuáles son las actuaciones del Estado en razón de asistir a la promoción de determinados sectores que podríamos llamar «básicos», imponiendo entonces un claro límite a su intervención al circunscribirla a las prestaciones necesarias que no pueden ser satisfechas en el esquema de mercado.

Vinculado a esto último, es necesario indicar que esta redefinición del rol estatal va seguida de la declaración del texto constitucional³ respecto del reconocimiento del pluralismo económico, según el cual dentro de la economía pueden coexistir diversas formas de propiedad y de empresa, dejándose abierta la posibilidad de que el sector privado intervenga en el proceso económico a través de cualquiera de las diversas formas de ejercicio del derecho de propiedad o de la actividad empresarial.

De acuerdo con lo expresado, podemos colegir que se ha relegado a un segundo plano la iniciativa pública en la actividad económica, sujetándola a la autorización previa de una ley y a la existencia de una razón de alto o manifiesto interés público, a lo que debe añadirse el reconocimiento de una igualdad jurídica entre los competidores en el mercado, con lo cual pueden concurrir tanto en la producción como en la prestación de servicios el Estado y los particulares en iguales condiciones y sujetos a un régimen común.

Esta perspectiva esbozada en la Constitución debe integrarse con la importancia que tiene la prestación de servicios, cuya calidad jurídica ha sido determinada como pública. Respecto a ello, debe señalarse que los servicios públicos (cualquiera sea su naturaleza) atienden necesidades básicas de la población e influyen en forma definitiva en el bienestar y la salud pública, lo que lleva a la comprobación de que su cobertura y calidad son indicadores del nivel de vida de una nación, ya que el acceso masivo a los mismos constituye un factor fundamental en el desarrollo económico y social de cualquier país.

La redefinición del rol del Estado, que posibilita la labor de éste en el campo empresarial, es fundamental para entender el actual rol de los órganos estatales designados para la dirección y gestión de los servicios públicos. Al respecto, actualmente las relaciones entre el Derecho y la Sociedad han puesto en relieve que “una nueva Administración ha aparecido en escena, una terminología debida a Forsthoff, ha hecho fortuna: La Administración prestadora (...), para alcanzar una satisfacción global de las necesidades humanas: «una procura de existencia» (*Dasseinvosage*)”⁴.

Siguiendo lo mencionado, es necesario retomar el análisis del artículo 58 de nuestra Constitución y convenir junto con Etxebarria, quien comenta el texto de la Constitución española de 1978, que «a partir de la Constitución y el reconocimiento por parte de ella (...) del principio de libertad de empresa, de economía de mercado (...), la ecuación del servicio público monopolio - concesión entra en crisis, coincidiendo con la opinión generalizada de la doctrina sobre la necesaria sustitución de la gestión monopolística, al tiempo que ofrece diferentes tipos de solución, lo que nos lleva a afirmar que hoy más que nunca el principio de libertad de elección de los modos de gestión es plenamente operativo...»⁵.

Este último va a ser el sentido que encontramos al concordar los artículos 119 y 192 inciso 4 de nuestra Constitución de 1993, referidos a la titularidad⁶ de la administración de los servicios públicos, delegada al Consejo de Ministros a nivel nacional y, en el ámbito local, a los Gobiernos Municipales, con la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 23853, norma que encarga la organización, reglamentación, administración y gestión de los servicios públicos locales a las municipalidades, a lo cual se vincula la posibilidad de prestación de servicios públicos no sólo a través de una vía directa (mediante empresas del Gobierno Central y municipios), sino también vía la concesión para que dicha actividad la desarrollen empresas privadas, las que a través de empresas prestadoras

³ Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede desarrollar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirectamente, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

⁴ ETXEBARRIA ETXEITA, Ignacio. “Formas de prestación de los servicios públicos”. En: “Revista Vasca de Administración Pública”, p. 424.

⁵ Ibid.

⁶ Al respecto, Francisco SOSA WAGNER, se refiere a servicio o actividad sometida a reserva, la que va a implicar que al producirse la misma “la consecuencia es la legitimación del sector público para asumir la gestión empresarial del recurso o servicio bien de forma directa o indirecta, sustrayéndolo al régimen de libre empresa”.

SOSA WAGNER, Francisco. “La Gestión de los Servicios Públicos Locales”. Civitas: Madrid, 1995, p. 37.

puedan desarrollar lo que en doctrina se denomina la "gestión indirecta de servicios públicos"⁷.

II. LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

2.1 Concepto

La concesión, como se refirió en el acápite anterior, es una forma de prestación indirecta de los servicios públicos⁸; es decir, supone que la labor de satisfacción de necesidades individuales de importancia colectiva no sea cumplida por una entidad estatal (vía administración directa o a través de empresas estatales), sino por personas a quienes el Estado contractualmente extiende el desarrollo de dichas actividades⁹.

El concepto de concesión ha sido objeto de distintas corrientes. De origen, fue entendido como un "acto propio del soberano, del Príncipe, el cual otorgaba por medio de ella terrenos de la Corona u otros privilegios o gracias en recompensa por servicios prestados a la Autoridad por el súbdito beneficiario"¹⁰. Para Vargas Fritz, este concepto primitivo resulta de una amplitud excesiva al lado de las categorías de actos y contratos administrativos que hoy existen; su extensión la hacía comprender en su seno otro tipo de actos como los de autorización y permiso, que son categorías diferentes a la concesión administrativa¹¹. De otro lado, el objeto de esta antigua concepción era la transferencia de dominio sobre los bienes, aún cuando se tratase de un dominio especial y no solamente, como se le entiende hoy en día, con un uso y goce temporales.

En la actualidad, la posibilidad de ceder el dominio de bienes del Estado desaparece al no confundirse con el dominio del "Príncipe". Sin embargo, el mecanismo de la concesión se mantiene vigente con una connotación radicalmente diferente, que implica el entregar sólo un aprovechamiento temporal de los bienes demaniales, de infraestructura de uso público, estableciéndose una relación jurídica pública subordinada al interés público. De esta forma la figura de la concesión ha tenido una evolución desde la ya mencionada forma antigua, que implicaba un "acto de disposición", hasta la forma como hoy se le conoce, como un "acto de administración"¹².

Zanobini define a la concesión administrativa como "aquel acto que tiene por objeto conferir a una o más personas, extrañas a la Administración, nuevas capacidades o nuevos poderes y derechos, con los cuales queda amplificada su esfera jurídica"¹³.

Otto Mayer¹⁴ se refiere a ella diciendo que "la concesión es siempre un acto constitutivo de derechos, por el que se da al sujeto un poder jurídico sobre una manifestación de la Administración."

En el Derecho Público moderno la doctrina tiende a uniformizarse en torno al concepto de la concesión administrativa, pudiendo señalarse de ella dos acepciones básicas¹⁵:

a. Aceptación amplia: según esta forma, la concesión administrativa sería el acto o contrato administrativo que "crea", a favor de un particular, una capacidad o un derecho nuevo, o que le transfiere un derecho que es propio de la Administración y del que el particular carece absolutamente.

⁷ En España, según Rafael Izquierdo, durante el siglo XIX fueron los ferrocarriles la actividad en la cual primero se utilizó el mecanismo de la concesión administrativa para la gestión indirecta de la infraestructura de servicios de uso público con financiación privada, ya con posterioridad se emplearía el mismo sistema para la administración de los caminos.

IZQUIERDO, Rafael. "Gestión y financiación de las infraestructuras de transporte terrestre", INECO-Asociación Española de Carreteras: Madrid, 1997, p. 25.

⁸ SARMIENTO GARCIA, Jorge. "Concesión de Servicios Públicos", Ciudad Argentina: Buenos Aires, 1996, p. 19 – 20.

⁹ En el mismo sentido José CANASI expresa que: "La concesión de un servicio público no es más que el servicio público (...), que en lugar de prestarlo el Estado directamente en sentido lato, Nación, provincias o municipalidades y otras entidades administrativas descentralizadas lo prestan personas privadas, físicas o jurídicas, y a veces una entidad pública, con quienes las personas jurídicas públicas se vinculan contractualmente por medio de una concesión, debiéndose tomar el servicio público en su unidad orgánica" CANASI, José. "Derecho Administrativo". Vol. II. Depalma: Buenos Aires, 1974, p. 564.

¹⁰ VARGAS FRITZ, José Fernando: "La Concesión de Obras Públicas". Revista "La Ley", Santiago – Chile, 1997, p. 20.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ ZANOBINI, Guido. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I. Depalma: Buenos Aires, 1954.

¹⁴ MAYER, Otto. "Derecho Administrativo Alemán". Tomo IV. Arayu: Buenos Aires, 1951, p. 172.

¹⁵ Seguimos al ya citado texto de VARGAS FRITZ (*Supra*. 10), p. 22 y ss.

b. Aceptación restringida: en esta forma de entender la concesión administrativa, ésta es un acto o contrato administrativo que otorga al particular el derecho o goce de una cosa o competencia del ente público, o bien el acto o contrato administrativo que transfiere al particular derechos propios de la Administración.

Establecida la estructura básica del concepto de concesión administrativa, es necesario delimitar el ámbito competencial propio de la Administración que puede ser transferido a los particulares a través de este mecanismo. Con relación a esto, debemos indicar que es respecto de la gestión de los servicios públicos que el concepto de concesión administrativa se ha desarrollado.

Dentro de esta línea, para Sosa Wagner¹⁶, "por medio de la concesión se transfiere a una persona física o jurídica la gestión de un servicio, asumiendo ésta el riesgo económico de la actividad concedida. Puede comprender la construcción de una obra o instalación, soporte físico del servicio a prestar o la pura gestión del servicio, cuando éste no exija obras o instalaciones".

Para nosotros, teniendo presentes los conceptos que hemos citado, la concesión administrativa, no es más que una relación jurídica pública a través de la cual el Estado, representado por una entidad administrativa designada por ley, otorga por un tiempo determinado la gestión de un servicio público u obra pública de infraestructura de servicios públicos para su aprovechamiento económico, manteniendo el Estado la titularidad respecto de los servicios públicos y las obras públicas de infraestructura, asumiendo un rol de control y regulación y conservando la capacidad de intervención en caso sea de interés público la reversión de la concesión.

En el ordenamiento jurídico peruano, la definición de concesión se encuentra en el artículo 3 del reglamento del Texto Único Ordenado de las Normas con rango de Ley que regulan la entrega en Concesión

al Sector Privado de las Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos, aprobado por Decreto Supremo 060-90-PCM (en adelante, el "Reglamento del TUO"), el mismo que establece lo siguiente: "Entiéndase por concesión el acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la COPRI¹⁷, por un plazo establecido".

De acuerdo con Garrido Falla, «la concesión no se concibe como uno más entre otros posibles modos de gestión (sobre todo como una disyuntiva frente a la posibilidad de gestión directa), sino como algo consustancial al sistema»¹⁸.

En la actualidad, la afirmación de esta tendencia en los distintos sistemas jurídicos nos lleva a la comprobación de que es una realidad palpable que la mayoría de los servicios públicos (dentro de los cuales se incluye la prestación de servicios a través de infraestructura de uso público) están pasando a ser gestionados a través de técnicas indirectas, por la concesión administrativa en particular. «La gran peculiaridad de esta técnica indirecta de gestión radica en la diversidad de elementos e intereses que la componen. Junto a elementos de claro matiz privado confluyen elementos de origen público, y esta especial confluencia crea una pugna de títulos de intervención»¹⁹. Respecto de este último tema comentaba García de Enterría que «todos los problemas jurídicos administrativos consisten en buscar un equilibrio entre privilegios y garantías. En definitiva, se trata de perseguir y obtener el eficaz servicio del interés general, sin mengua de las situaciones jurídicas de los ciudadanos»²⁰.

2.2 Naturaleza Jurídica

La concesión es una modalidad de gestión de naturaleza contractual, una relación jurídica pública en la que influyen las potestades de la Adminis-

¹⁶ SOSA WAGNER, Francisco. Op. Cit. p. 93

¹⁷ Texto modificado por el Decreto de Urgencia 025-98. La norma establecía que la PROMCEPRI era la entidad competente en materia de otorgamiento de concesiones. Sin embargo, vía el citado dispositivo, dicha entidad fue absorbida por la COPRI y sus funciones pasaron a ser parte de su competencia.

¹⁸ GARRIDO FALLA, Fernando. «Privatización y reprivatización». En: Revista de Administración Pública. No.126, setiembre-diciembre 1991, p.13.

¹⁹ VERA JURADO, Diego José. «El régimen jurídico del patrimonio de destino». En: Revista de Administración Pública. No.109, enero-abril 1986, p. 218-219.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «Curso de Derecho Administrativo», Madrid, Civitas, 1982, p. 88.

tración y cuyos márgenes de actuación han sido delimitados en la ley.

El tema de la naturaleza jurídica²¹ de la concesión administrativa ha encontrado distintas corrientes doctrinarias, las que han tenido su expresión en la llamada doctrina clásica de inspiración civilista, la doctrina que sigue una línea unilateralista para la cual la concesión es un acto del poder público y, finalmente, la doctrina que desarrolla una línea ecléctica o del acto mixto de doble configuración jurídica.

La doctrina clásica o contractualista se basaba por una parte en la llamada "Teoría de la doble personalidad del Estado", la misma que no aceptaba que el Estado pudiera asumir el mismo nivel que los particulares para contratar con ellos, por lo que creó el concepto de "fisco", persona moral independiente del Estado, enteramente sometido a las prescripciones del Derecho Civil en la contratación con los particulares.

Otro de los fundamentos de esta corriente es la distinción entre "Actos de Autoridad o de Imperio" y "Actos de Gestión", de acuerdo con la cual, los primeros son aquéllos en que la Administración actúa como poder público, con el objeto de realizar el cumplimiento de las funciones que la ley le impone y para cuya realización procede unilateralmente. En cambio, son "Actos de Gestión" aquéllos en que la Administración procede como una persona de derecho privado, conviniendo o contratando con los particulares y sometiéndose a las reglas de Derecho Común. De acuerdo con esta concepción, en la concesión administrativa el Estado actúa como persona privada, encuadrándose dentro de los actos de gestión, así entendida, por esta doctrina. Se niega que en la concesión pueda existir algún elemento legal o reglamentario de Derecho Público, ya que su naturaleza eminentemente contractual y privada lo impediría.

Esta teoría tuvo su variante en la línea Administrativa, de acuerdo con la cual la concesión era un contrato administrativo en el sentido estricto del término.

La Teoría Unilateralista de la Concesión como Acto de Poder Público surge como reacción a la teoría contractualista en sus dos variantes, la civilista y la administrativa, y tiene como fundamento el hecho

de que la concesión carece de un carácter netamente contractual, al extremo opuesto de considerar a la concesión administrativa como un acto exclusivamente de Derecho Público, lo que significa que la concesión supone la subordinación del interés individual al interés general, encontrándonos por entero ante una figura regida enteramente por el Derecho Público.

La teoría del Acto Mixto o de Doble Configuración Jurídica trata de hacer una síntesis de los principios en que se sustentan las anteriores, concibiendo dos facetas del acto concesional:

- a. Una faz que consiste en un acto de poder público que básicamente se refiere al aspecto legal o reglamentario de la concesión, en cuya virtud el Estado pasa a desprenderse de una determinada actividad para entregarla al sector privado, pero conservando los poderes de vigilancia y control en atención al interés público y;
- b. Una faz contractual que se refiere a los deberes que recíprocamente se fijan concedente y concesionario, pudiéndose hablar en esta faceta del contrato de concesión administrativa.

Esta corriente de análisis, a la cual nos suscribimos, rompe con el esquema unitario de acercamiento a la naturaleza administrativa que se había planteado en la doctrina, ya que integra el aspecto legal o reglamentario al que debe sujetarse la organización del servicio con el aspecto contractual administrativo, el mismo que abarca todo el contenido económico-financiero de la concesión administrativa, así como los derechos y obligaciones del concesionario y del Estado como concedente.

De acuerdo con lo señalado, la concesión administrativa va a permitir²² a través del procedimiento de licitación y del esquema contractual que se suscriba, la elección de los sujetos más capaces o con mayores garantías para que la indicada actividad se cumpla en el sentido que al interés público convenga; asimismo, permite establecer de manera previa el contenido de las facultades de ejercicio que se transmiten, en función del objetivo social que con ello se pretende, imponiendo un sistema de control y regulación administrativo y, finalmente, reserva la posibilidad de una caducidad de los derechos otorgados o de un rescate de los mismos o de una reversión a tiempo establecida

²¹ En la exposición de este tema seguimos el texto de VARGAS FRITZ, (*Supra* 10), p. 55 y ss.

²² En el presente párrafo seguimos la exposición de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. "Curso de Derecho Administrativo" Tomo II, Civitas: Madrid, p. 133.

sobre la base de la titularidad que permanece en la Administración a partir de la cual se efectúa y apoya todo el proceso interventor referido y que viabiliza recuperar la plenitud de facultades con miras a una explotación por la propia Administración o una nueva transferencia de la gestión del servicio público a favor de otros concesionarios.

III. CARACTERÍSTICAS GENERALES

La forma más antigua²³ de participación del sector privado en la gestión del servicio público es la figura de la concesión. El Estado permanece como titular del servicio, pero transfiere su explotación a un particular que corre con los riesgos económicos de la empresa.

Es necesario resaltar que la separación entre titularidad de los servicios y explotación de los servicios es sólo posible en aquellos servicios que suponen una actividad económica de la que se hace cargo el concesionario, obteniendo por ello una retribución, que es el producto de las tarifas o precios pagados por los usuarios²⁴.

Desde un punto de vista general²⁵, es posible señalar algunas características comunes a los diferentes tipos de concesiones:

a. La Concesión nace de un Acto Administrativo, de acuerdo con lo cual la Concesión Administrativa siempre tiene su origen en una facultad discrecional de la Administración la cual, mediante una manifestación de voluntad, exteriorizada a través de un acto de autoridad y, en ejercicio de su potestad administrativa, decide transferir a particulares la satisfacción de una determinada necesidad colectiva, ya sea por medio de la prestación de un servicio o la ejecución de una obra pública, o de otras maneras.

b. La concesión se sustenta en un interés público de carácter predominantemente económico, de acuerdo con lo cual la concesión reviste un doble

carácter según Jeze²⁶: un servicio público cuya gestión, como la de todos los servicios de esta naturaleza, ha de hacerse buscando el predominio del interés general; y una empresa industrial que entraña la compensación económica al concesionario por las onerosas cargas que la concesión le impone.

c. La concesión pertenece al grupo de actos administrativos que amplían la esfera de los particulares. Sin embargo, dicha característica no implica que la Administración renuncie a sus competencias propias y exclusivas, ya que ellas forman parte de su esencia, siendo por lo mismo indelegables. Las facultades que el particular recibe son las estrictamente necesarias para la explotación de la obra o la prestación del servicio, manteniendo la Administración sus poderes de control y supervisión.

d. El contenido esencial de la concesión está en que en ella prevalece el interés colectivo, de acuerdo con lo cual, según Zanobini²⁷, el servicio público es sometido a un régimen en el cual la finalidad pública de utilidad social y de interés general prevalece completamente sobre la especulación privada o de utilidad individual.

e. La Administración conserva una serie de potestades y derechos, de acuerdo con lo cual asume: el poder de control, que implica velar por el correcto ejercicio de la gestión del concesionario, a través de sus facultades de policía general y de seguridad y salubridad pública, entre otras; la intervención económica del servicio, según la cual todo el aspecto económico del servicio aparece regulado por la Autoridad concedente, la cual tiene facultades para establecer tarifas, establecer una limitación a los ingresos del concesionario, otorgar cofinanciamiento y garantías, etc. En general, como premisa básica, en todo el desarrollo económico de la concesión el particular no tiene libertad sino que se encuentra subordinado a la reglamentación de la Adminis-

²³ Según Gladys VASQUEZ FRANCO, "la aparición de la concesión de servicio público corresponde al momento histórico de afianzamiento de la soberanía nacional, con el tránsito del Estado individualista al Estado gestor del servicio público. Surge como fórmula salvadora la idea del contratista colaborador por medio del cual el Estado, conservando la titularidad del servicio, lo que le permite su reglamentación y vigilancia, se desprende de su gestión y lo concede a un empresario particular. Se deslindan entonces los conceptos de titularidad administrativa y ejercicio público y el particular se convierte en colaborador de la administración: Aparece la primera forma jurídica de prestación de servicio por los particulares -la concesión-, como concepto paralelo a la *concessio principis*, para el uso de los bienes demaniales".

VASQUEZ FRANCO, Gladys. "La concesión administrativa de servicio público": Temis: Bogotá, 1991, p. 9 y ss.

²⁴ GARRIDO FALLA, Fernando. "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo II, CEC, Madrid, 1985, p. 425.

²⁵ Tomamos como referencia el texto de VARGAS FRITZ, Op. Cit. p. 23 y 24.

²⁶ JEZE, Gastón: "Principios Generales de Derecho Administrativo", Tomo III, Deplama: Buenos Aires, p. 284, citado por VARGAS FRITZ, Op. Cit. p. 23 y 24.

²⁷ ZANOBINI, Guido. Op. Cit. p. 221.

tración; el poder de reglamentación y modificación, el mismo que se traduce en que le corresponde a la Administración establecer el marco reglamentario en el cual el concesionario desarrolle su gestión, estando el Estado facultado para modificar las condiciones contractuales de la concesión en cualquier momento por razones superiores de interés general; el poder de sustitución o intervención, en virtud del cual la Administración puede, en circunstancias excepcionales, cuando el interés general así lo requiera y de forma temporal, tomar a su cargo la explotación de la obra o la ejecución del servicio objeto de la concesión, en cuyo caso lo hará por cuenta y riesgo del concesionario.

f. Temporalidad de la concesión²⁸, lo cual implica que su término esta condicionado a la llegada de un determinado plazo. Es necesario señalar que la duración de la concesión debe establecerse por un período lo suficientemente razonable como para garantizar al concesionario el repago de su financiamiento así como la obtención de determinados réditos económicos.

g. Precariedad de la concesión²⁹, de acuerdo con la cual el derecho que representa la concesión podrá ser perdido por el concesionario en cualquier momento, por decisión de la entidad Administrativa competente, ya sea por causales imputables al concesionario o por razones de conveniencia u oportunidad.

h. La concesión es *Intuito Personae*, lo que significa que la selección del concesionario ha seguido un proceso de calificación que ha tenido en consideración las calidades técnicas y económicas del postor, determinando finalmente su adecuada competencia para la gestión del servicio. De acuerdo con ello, el concesionario no puede transferir ni transmitir los derechos derivados de la concesión sin que exista una expresa habilitación legal, la que para hacerse operativa requiere una declaración de la entidad Administrativa.

Es necesario señalar, respecto de esta última característica, que la aceptación del Estado concedente debe, necesariamente, establecer como

requisito de la transferencia el mantenimiento de las mismas condiciones económicas y técnicas suscritas y aceptadas en el contrato de concesión.

IV. OBJETO Y FINES DE LA CONCESIÓN

El objeto de la concesión administrativa del servicio público está constituido por la transferencia a favor del particular de las facultades para la gestión del servicio, dependiendo el funcionamiento de éste de la actividad del concesionario.

La concesión implica, en lo sustancial, una transferencia limitada de facultades de administración de un servicio público, ya que el Estado mantiene sobre la misma facultades de imperio, por lo que toda concesión implica un doble carácter: (i) es un derecho que el inversionista privado puede ejercitar en su propio interés particular y (ii) es una función que se le confía para realizar una obra o prestar un servicio de interés general.

Para Gaspar Ariño³⁰ el esquema teórico de la concesión administrativa está presidido por dos ideas: la primera se refiere a que aunque el servicio sea concedido, seguirá siendo un servicio público, por lo que la actividad de la empresa concesionaria se halla sometida a la Administración Estatal, y a la regulación legal y reglamentaria que el sistema produzca; la segunda es que los concesionarios no son en realidad titulares de un derecho, sino simplemente beneficiarios de un procedimiento legal (licitación pública) para que puedan instalarse o desarrollarse determinadas actividades que los intereses generales requieren, siendo a estos intereses a los que se trata de proteger por encima de cualquier interés privado de los particulares a quienes se les encomienda la gestión del servicio público.

De acuerdo con lo citado, y como consecuencia de la inserción en el esquema de concesión administrativa, pueden enunciarse una serie de principios que sustentan toda concesión. Éstos son los de mutabilidad, continuidad o regularidad e igualdad.

²⁸ Al respecto, el artículo 16 del Decreto Supremo 059-96-PCM establece que el plazo de la concesión no podrá exceder de 60 años, el que deberá computarse a partir de la fecha de celebración del respectivo contrato de concesión.

²⁹ Las causales de terminación de la concesión, distintas del vencimiento del plazo por el cual se otorgan las mismas, y contempladas en el artículo 39 del Decreto Supremo 059-96-PCM, y la Segunda Disposición Complementaria del Reglamento, como causales de caducidad de las concesiones, son las siguientes: a) Incumplimiento de las obligaciones del concesionario cuya violación haya sido expresamente tipificada como causal de caducidad del contrato correspondiente; b) Acuerdo entre el Estado y el Concesionario; c) Destrucción total de la obra; d) Quiebra del concesionario; e) Otras causales que se estipulen en el contrato.

³⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "Economía y Estado". Marcial Pons: Madrid, 1993, p. 324.

La mutabilidad implica que el Estado podrá disponer, de la misma forma en que gestione por sí mismo el servicio público, de las modificaciones motivadas en el interés público. La continuidad o regularidad, el concesionario que tenga a su cargo el servicio público no tiene la posibilidad de suspender ni reducir la prestación sin el consentimiento del Estado concedente. Por el tercer principio, el de igualdad, se debe entender que todos los usuarios son considerados iguales para el disfrute de la prestación del servicio público³¹.

En relación con los fines de la concesión administrativa, según Carreau³², «en la concesión administrativa se ha encontrado una razonable fórmula que equilibra, sin menoscabo alguno de una lógica y obligada planificación, la actividad individual competitiva y con suficiente margen de creatividad, y las necesidades comunitarias».

La citada expresión, nos proyecta sobre los fines que la concesión administrativa debe cumplir, así como su importancia en la comunidad. De acuerdo con ella, los fines que cumple la concesión son los de desarrollar un papel de colaboración en la prestación de los servicios públicos por parte del sector privado, así como efectuar el aporte económico que posibilite la gestión y administración del servicio público. Derivado de esto último es que podemos visualizar la importancia de este mecanismo: la de otorgarle al Estado la posibilidad de satisfacer la demanda de servicios de la comunidad dentro de altos estándares de calidad, con regularidad y eficiencia, sin que ello represente el aporte de importantes recursos del fisco que pueden ser destinados a labores prestacionales de necesidad básica (salud, educación, alimentación), sino que, por el contrario, se va a lograr un efecto económico positivo respecto de los usuarios a los que va dirigido el servicio prestado.

V. SERVICIO PÚBLICO Y CONCESIÓN

La vinculación que encontramos entre servicio público y concesión puede graficarse desde la siguiente perspectiva: el primero es una actividad cuya titularidad corresponde de forma exclusiva al Estado; mientras que el segundo es un mecanismo que posibilita la participación de la inversión privada en la gestión de un determinado servicio público a través de la configuración de una relación jurídica pública, es decir, de un contrato de concesión.

Una de las principales conclusiones que puede extraerse de la titularidad estatal del servicio público es la posibilidad de que el Estado retome en todo momento la prestación del servicio. Esto quiere decir que la conformación de una relación jurídica pública que tenga su expresión en la concesión, tiene inserta –aunque no esté expresamente regulada– dicha facultad, con lo cual se define el carácter estrictamente temporal y en cierta manera inestable de la concesión, en el sentido que subsiste mientras el Estado así lo defina. Esto último quiere decir que, sin necesidad de pronunciamiento legislativo, el Estado a través de la entidad Administrativa competente tiene la facultad de decidir por sí en qué momento se pasa de una prestación privada a una prestación estatal.

Es indispensable tener presente que el nacimiento del servicio público³³ concedido tiene su punto de partida, siempre, en la voluntad unipersonal del Estado, el cual resuelve desprenderse de la obligación de cumplir directamente su cometido para entregarlo a un particular que toma el nombre de concesionario y que acepta someterse en sus relaciones con el Estado al procedimiento de Derecho Público. La esencia, pues, del servicio público concedido consiste en que un particular o una sociedad se encarga del funcionamiento de un servicio público, mediante el pago de una retribución que, ordinariamente, puede

³¹ Ibid.

³² CARREAU. «*Concessionnaire de service public et travaux réalisés sur le domaine public*», AJDA: Paris, 1966, p. 81. Citado por VERA JURADO, José. Op. Cit. p. 217.

³³ Para ampliar lo referido a las características del servicio público es interesante revisar la descripción de los elementos esenciales de la noción de servicios públicos que Jorge SARMIENTO GARCÍA realiza: “1. La naturaleza de la actividad. El servicio público es una “pars” de la actividad administrativa, básicamente industrial o comercial, actividad o función del poder político mediante la cual se tiende a alcanzar cometidos o funciones del Estado, en la especie, de bienestar y progreso social; actividades que si bien son necesarias al ser del Estado, sino de mera “utilidad”, resultan indispensables para la “buena vida en común”. 2) El sujeto que lo presta. La actividad de marras es desarrollada por entidades estatales o por su delegación, en este último caso bajo el control de aquéllas. 3) El fin y el objeto. Tal actividad tiene por fin satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva, mediante prestaciones materiales en especie, periódicas sistemáticas, que constituyen el objeto esencial de una concreta relación jurídica con el usuario. 4) El régimen que lo regula. La actividad está asegurada por un régimen jurídico especial, de derecho público, para permitir que quien la desarrolla pueda atender mejor la satisfacción de las necesidades antes mentadas; pero una prudencial regulación del servicio, al margen de reconocer prerrogativas a quien lo presta, debe suministrar a los administrados o usuarios las armas legales contra los eventuales desbordes autoritarios”. SARMIENTO GARCÍA, Jorge. “Concesión de Servicios Públicos”. Depalma: Buenos Aires, 1996, p. 17.

consistir en la percepción de tarifas provenientes de los individuos que usan dicho servicio.

Otra de las consecuencias que se derivan de la titularidad estatal del servicio es la que atribuye al Estado un control interno sobre el servicio; es decir, le corresponde diseñar e imponer un sistema de supervisión y regulación a través de entidades administrativas especializadas de acuerdo con el tipo de servicio público otorgado en concesión al sector privado.

Las consideraciones formuladas son la expresión manifiesta de lo que la prestación de servicios públicos representa en economías como la nuestra³⁴, y vinculado a ello, podemos referir, de acuerdo con lo expresado al inicio este trabajo, que el régimen económico de nuestra Constitución ha establecido la apertura al sector privado para que éste participe en actividades económicas que siempre habían estado en calidad de monopolio natural estatal. De esta manera, el Estado asume un nuevo rol, dentro del que no sólo mantiene la titularidad respecto de las actividades de interés público en que participe el sector privado como concesionario, así como la capacidad de intervención, sino que además ejerce (a través de entidades administrativas denominadas Órganos Reguladores) las funciones de regulación y control respecto de las mismas.

Veamos ahora cuáles son las ventajas, desde una óptica económica³⁵ del binomio servicio público – concesión, que ha posibilitado la asociación de los sectores público y privado.

Una primera ventaja es que recurrir a la financiación privada a través de la concesión administrativa implica permitir una rentabilidad suficiente para desarrollar actividades propias de la concesión.

Una segunda ventaja de la concesión administrativa del servicio público es la de lograr una fuerte

integración de la actividad, la realización, la explotación y el mantenimiento de una infraestructura o servicio. Esto, desde el punto de vista del titular del servicio público, es decir, del Estado, implica que el concesionario asume los riesgos técnicos, financieros y comerciales relacionados con el servicio público que presta. A cambio de esa asunción de riesgos, el concesionario tendrá el derecho a reclamar una rentabilidad de los capitales invertidos que le permitan el repago de sus recursos financieros a un plazo que mantenga el equilibrio entre sus beneficios y los que le corresponden al Estado.

Una tercera ventaja decisiva de la concesión de los servicios públicos es que permite sustituir las limitaciones de la gestión administrativa estatal por una lógica empresarial.

En general y como conclusión, podemos señalar que recurrir a la concesión administrativa permite aplicar todo el dinamismo de la empresa al servicio de objetivos de interés general, lo cual supone que el concesionario disponga de integridad y solvencia técnica así como de autonomía financiera que le permita utilizar los indicadores de eficiencia y calidad en el servicio público, desarrollando una gestión rigurosa en la que se encuentra implicada la constante innovación tecnológica, elemento éste que a menudo se encuentra estructuralmente ausente en los servicios públicos manejados por administración directa.

VI. LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA Y DE SERVICIOS DE PÚBLICOS³⁶

En nuestro medio, la utilización del mecanismo de la concesión administrativa para otorgar la gestión y explotación de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos tiene cada día un mayor desarrollo. Expresión de ello son los recientes procesos de licitación³⁷ de la Línea de Transmisión

³⁴ Para Héctor MAIRAL, es necesario tener presente que en la esfera de otros sistemas normativos se asiste a un cambio en el concepto de servicio público entendido como una actividad administrativa. Según el jurista argentino, cada vez cobra mayor impulso la tendencia del Derecho norteamericano hacia generalizar el carácter privado que tiene toda actividad económica, de acuerdo con la cual las actividades como el teléfono, el agua, el gas, los transportes son consideradas como privadas, pero sujetas a una regulación especial atenta al interés público en su actividad. Dentro de este esquema no cabe la expresión de la titularidad estatal de los servicios públicos, sino que lo que importa es el régimen al cual las actividades se encuentran afectas, en resumen, el sector público debe ser entendido como una actividad que tiene regulación especial, sin discutirse quién la debe prestar. MAIRAL, Héctor. "El Derecho Administrativo argentino hoy" – Conferencia. De Ciencias de la Administración: Buenos Aires, 1996, p. 145 – 146.

³⁵ Al respecto, seguimos los conceptos económicos formulados por MARTINAND, Claude. "La experiencia francesa de financiación privada de equipamientos públicos", DAEI, Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Turismo de Francia, 1993, p. 54 y ss.

³⁶ Es necesario señalar que la expresión "concesión administrativa de obras públicas de infraestructura de servicios públicos", que utilizamos y que es la que nuestra legislación recoge, tiene una terminología distinta en otros países como es el caso de Chile y Argentina, en donde la legislación la ha denominado "concesión de obra pública", pero con idéntico sentido conceptual y práctico, por lo que de manera indistinta podemos referirnos a una u otra expresión manteniendo el mismo sentido.

Eléctrica Mantaro-Socabaya y del Puerto de Matarani, estando en camino los procedimientos de entrega en concesión de aeropuertos, carreteras y ferrocarriles.

Al respecto pueden formularse, sin perjuicio de lo ya expresado, las siguientes consideraciones que favorecen la utilización del mecanismo de la concesión en las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos³⁷:

1. Alta inversión privada para obras y servicios con las mejoras tecnológicas y administrativas que inciden en la modernización del servicio al usuario.
2. Reducción de la presión sobre la caja fiscal, con la consecuente disminución de la exposición a un nuevo endeudamiento.
3. Independización de la gestión del servicio de las decisiones políticas.
4. Fomento y creación de instrumentos financieros que generen mayor dinamismo en el mercado de capitales con el consiguiente efecto en la inversión y ahorro nacional.

Por otro lado, y antes de abordar el análisis del marco legal establecido para las concesiones administrativas de obras públicas de infraestructura y servicios públicos, interesa ahora establecer las características generales de este tipo de concesiones, para así diferenciarlas de las concesiones de servicios públicos domiciliarios que actualmente en el caso de los servicios de telecomunicaciones y electricidad se encuentran bajo la gestión de concesionarios privados.

La configuración de este tipo de concesión administrativa parte por tener presente las siguientes consideraciones:

a. La Concesión de Obras Públicas de Infraestructura de Servicios Públicos o de Obras Públicas puede ser dividida de forma ideal en dos

etapas o fases distintas: una fase de construcción, en la que se presentan los elementos propios de un contrato de obra pública, y una fase de explotación, donde se presentan los elementos característicos de la concesión de servicios públicos domiciliarios. Es necesario indicar que ambas etapas pueden realizarse de forma consecutiva así como de forma paralela, dependiendo del proyecto a concesionarse. Esto último podemos ejemplificarlo: en el caso de la concesión del servicio de ferrocarril: dentro del proyecto técnico puede haberse incluido la construcción de vías férreas de forma complementaria a las existentes y en servicio. De igual forma, si se concesionan los servicios aeroportuarios y el proyecto técnico incluye la ampliación de las pistas de aterrizaje y la construcción de nuevos hangares, en ambos casos es posible que la construcción y la explotación se desarrollen de forma paralela para de esa forma no paralizar el servicio, el cual ampliará sus operaciones una vez que la infraestructura edificada sea puesta en servicio.

b. El hecho de que este tipo de concesiones administrativas tenga una composición distinta a la de los servicios públicos domiciliarios en tanto tiene insertas actividades de construcción, no significa que podamos establecer una sumatoria entre dos relaciones contractuales distintas, sino que debe darse lugar a una nueva relación jurídica pública con características propias y especiales.

c. La Concesión de Infraestructura de Servicios se rige en nuestra legislación por una normativa especial de Derecho Público, es el caso del Decreto Supremo 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, reglamentado por el Decreto Supremo 060-96-PCM.

Con relación a la diferencia³⁹ que puede existir entre este tipo de concesión y la concesión de servicios públicos domiciliarios, siguiendo la línea de Vargas Fritz⁴⁰, diremos que ésta radica en el

³⁷ Estos procedimientos de concesión fueron iniciados por la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas - PROMCEPRI y posteriormente continuadas la Comisión de Promoción de la Inversión Privada - COPRI.

³⁸ Al respecto, agradezco a Henry Zayra, economista especialista en concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, por sus aportes a este trabajo.

³⁹ Rafael BIELSA ("Derecho Administrativo", Tomo II, Buenos Aires, 1955, p. 216), realizó un análisis de las diferencias sustanciales entre la concesión de servicios públicos y la concesión de infraestructura de servicios o de obras públicas: "a) La primera supone necesariamente la gestión de un servicio público considerado en su unidad orgánica, mientras que en la segunda el objeto no es el servicio público sino una obra pública. b) Mientras que en la concesión de la obra pública el elemento más importante es la "construcción" de la obra, en la de servicios públicos es la "explotación" de un servicio por el concesionario" En: SARMIENTO GARCIA, Jorge. Op. Cit. p. 31.

Al respecto debemos indicar que no compartimos esta posición ya que modernamente la concesión de obra pública o de infraestructura ha superado esos cánones y ha integrado a la construcción y a la explotación del servicio como las prestaciones que involucran el objeto de la concesión de infraestructura y la actividad propia del concesionario durante el período por el que se ha otorgado la misma.

objeto de ambos tipos de concesiones. Así, la Concesión de Servicios Públicos Domiciliarios tiene por finalidad la gestión de un determinado servicio (electricidad, telecomunicaciones y saneamiento) por cuenta y riesgo de un concesionario particular, el cual obtiene como contraprestación el precio o tarifa que deban cancelar los usuarios de dicho servicio. Por su parte, la Concesión de Obras Públicas de Infraestructura de Servicios Públicos tiene por objeto la construcción, reparación o conservación de una obra de uso público, así como su explotación, por cuenta y riesgo de un concesionario privado, obteniendo como contraprestación del servicio una tarifa o peaje durante todo el período de duración de la concesión.

De acuerdo con el artículo 14 del TUO de Normas que Regulan la Concesión de Obras Públicas de Infraestructura de Servicios Públicos, este tipo de concesión puede ser otorgada al sector privado, vía contrato, bajo las siguientes modalidades: i) a título oneroso, en cuyo caso, el concesionario debe abonar al Estado concedente un canon o contribución determinada en dinero o debe otorgarle una participación en sus beneficios, ii) a título gratuito, iii) cofinanciada por el Estado, con una entrega inicial durante la etapa de construcción o con entregas parciales en la etapa de explotación, sean o no reintegrables, y iv) mixta, cuando se somete al contrato de concesión a más de una de las modalidades antes señaladas. Respecto de esto último debe señalarse que corresponde al Estado el determinar la modalidad aplicable de acuerdo con las características del proyecto de infraestructura de servicios a ser otorgado en concesión y básicamente teniendo en cuenta el mecanismo de financiamiento del mismo.

Tratando de integrar las características de este tipo de concesión, podemos decir que la Concesión de Obras Públicas de Infraestructura de Servicios Públicos nace en virtud de un acto de la Administración que, formalizado a través de un contrato de concesión, tiene por objeto la prestación de un servicio público que involucra que el concesionario, por cuenta y riesgo, asuma la realización de actividades de construcción⁴¹ – en caso esté prevista – y de explotación del servicio al cual esté destinada la infraestructura (puertos, aeropuertos, ferro-ca-

riles y carreteras), recibiendo como contraprestación por el mantenimiento de un servicio regular, y dentro de los estándares de serviciabilidad técnica internacionalmente establecidos, una tarifa o un peaje, abonados directamente por los usuarios, que le permitirá la cobertura de su inversión y percibir réditos dentro del tiempo de vigencia de la concesión.

Revisemos ahora los elementos de la concesión administrativa, enfocados desde el ámbito de la Concesión de Obras Públicas de Infraestructura de Servicios Públicos y de acuerdo a nuestra legislación nacional vigente.

VII. ELEMENTOS DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

7.1 Concedente y Concesionario

a. Concedente

Es el Estado, titular de la obra pública de infraestructura de servicios públicos, representado por una entidad administrativa a la cual la ley haya otorgado competencia, quien interviene en el proceso de licitación, así como en la formalización de la relación jurídica vía la suscripción del contrato de concesión con el concesionario.

Nuestra legislación establece la posibilidad de que actúen como concedentes tanto entidades del Gobierno Central (Ministerios), así como los Gobiernos Locales. De acuerdo con ello, el TUO de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, aprobado por Decreto Supremo 059-96-PCM, dispone que:

“ Artículo 5 La COPRI⁴² se encargará de diseñar y conducir el proceso de promoción de la inversión privada en obras de infraestructura y de servicios públicos, unificando la toma de decisiones a este respecto, como organismo rector máximo...”

“Disposiciones Finales:

⁴⁰ VARGAS FRITZ, José Fernando. Op. Cit. p. 117.

⁴¹ Es necesario indicar, de acuerdo con lo expresado por Guillermo FANELLI (“La Concesión de Obra Pública”, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires 1989, p.19), que en el caso de ser concesionada una obra pública existente la misma tendrá por objeto la modificación, conservación, mejoramiento, etc. de la infraestructura. Citado por MERTEHIKIAN, Eduardo. “Estudios sobre Contratación Pública”, Ciencias de la Administración: Buenos Aires, 1996, p. 103.

⁴² Como se hizo referencia anteriormente, el texto fue modificado por el Decreto de Urgencia 025-98.

Segunda.- Las municipalidades ejercen competencia y funciones a que se refiere el primer párrafo del artículo 5 y los numerales 1,2 y demás pertinentes del artículo 6 de este Texto Único Ordenado en relación a la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos de competencia municipal distintas a las mencionadas en el dispositivo anterior...”.

Al respecto merece comentar que el caso del glosado artículo 5 del TUO establece las competencias que ejerce la entidad licitante (en este caso la COPRI), la cual debe diferenciarse de la entidad concedente, que de acuerdo a nuestra Constitución – como se ha referido anteriormente – corresponde al Consejo de Ministros, la que a través de los distintos Ministerios ejerce la titularidad sobre la administración de los servicios públicos.

En el caso de la Segunda Disposición Final del TUO, es necesario concordar dicha norma con la Ley Orgánica de Municipalidades, ya que dicho dispositivo regula la competencia en la administración de servicios públicos de los Gobiernos Locales, con lo que podrá definirse la competencia específica de los Gobiernos Locales respecto de obras públicas de infraestructura de servicios públicos.

b. Concesionario

Es una persona natural o jurídica, privada o pública, a quien le es otorgada la concesión de la obra pública de infraestructura de servicios públicos. Los concesionarios a los que se les otorgue la prestación del servicio deben contar con un respaldo financiero lo suficientemente amplio para la gestión de los servicios, siendo una de las características principales la asunción de los riesgos económicos de la actividad que le ha sido otorgada en concesión.

Debe señalarse que la calidad jurídica del concesionario no varía por el tipo de actividad que desarrolla; es decir que por ser concesionario de una obra pública de infraestructura de servicios públicos, no adquiere la calidad de entidad de la Administración ni su personal de funcionarios públicos.

Por otro lado, la relación jurídica a través de la cual el concesionario participa como prestador del servicio, es decir el contrato de concesión, enuncia los una serie de caracteres que generan que las prestaciones a cargo del concesionario tengan el carácter

de *intuitu personae*, como consecuencia de lo cual: i) La concesión debe ser ejercida “personalmente” por el concesionario, es decir, por su exclusiva cuenta y riesgo; y, ii) no puede ser transferida o cedida sin autorización del concedente.

De forma adicional a lo referido, podemos decir que, en general, para que el concesionario asuma la gestión del servicio deberá sujetarse a lo siguiente:

1. Constitución de una sociedad anónima de giro exclusivo para la prestación del servicio público.
2. Mantener un porcentaje de participación de los adjudicatarios de la concesión en el capital de la sociedad concesionaria.
3. Regulación por vía legal o contractual del capital de la sociedad concesionaria.
4. Solicitar autorización del Concedente para:
 - a. Transferencia de derechos y/o activos.
 - b. Modificación de estatutos.
 - c. Reorganización de la sociedad concesionaria.
 - d. La sociedad debe contar con un capital mínimo para su funcionamiento.
 - e. Exigencia a los adjudicatarios de la concesión de un período mínimo de permanencia en la sociedad concesionaria como accionistas.
 - f. Sujeción a la jurisdicción y leyes del país concedente.

b.1 Derechos

El marco regulatorio nacional para la entrega en concesión de obras públicas de infraestructura y servicios públicos establece como obligaciones centrales del concesionario las siguientes.

i) Percibir una contraprestación por la gestión y explotación de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Esta compensación consiste en la percepción de tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de la inversión, así como otros beneficios adicionales que hayan sido establecidos en el contrato de concesión⁴³. Al respecto, de acuerdo con el artículo 35 del Decreto Supremo 059-96-PCM, y el inciso f) del artículo 30 del Decreto Supremo 060-96-PCM, Reglamento del TUO, el contrato de concesión establecerá, en cada caso, los mecanismos que aseguren al concesionario la percepción de dicha compensación, de acuerdo con la naturaleza de la concesión.

⁴³ Tales como concesiones para servicios turísticos, publicidad, restaurantes y otros.

ii) Transferir el derecho de concesión a otra persona jurídica con autorización del Estado. En este caso, conforme lo dispone el artículo 34 del Decreto Supremo 059-96-PCM, la cesión será total, comprendiendo todos los derechos y obligaciones del concesionario.

iii) Constituir garantía sobre ingresos respecto de las obligaciones derivadas de la propia concesión y de su explotación. De acuerdo con ello el artículo 3 de la Ley 26885, Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos, establece que previa autorización del sector u organismo correspondiente del Estado, el concesionario podrá establecer una hipoteca sobre el derecho de concesión de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

En el mismo sentido, y en la lógica de obtener cobertura de las fuentes de financiamiento de la concesión, el artículo 30 del Decreto Supremo 059-96-PCM, modificado por el Decreto Supremo 054-97-PCM, establece que, respecto de los bienes que devengan en partes integrantes o accesorios de la concesión, el concesionario, previa autorización del concedente, podrá constituir hipotecas o prendas o constituir gravámenes a favor de terceros únicamente durante el plazo de la concesión. Ahora bien, respecto de la glosada norma, debe señalarse que al término de la concesión, los referidos bienes deberán pasar a dominio del Estado concedente sin los gravámenes o garantías constituidos por el concesionario.

b.2 Obligaciones

Dentro de las obligaciones que corresponde desarrollar al concesionario, de modo general, puede

expresarse que el concesionario de una obra pública de infraestructura de servicios debe asumir las siguientes:

i) Ejecución de obras que se precisen y organización de la gestión de los servicios de acuerdo con lo previsto en el contrato de concesión.

ii) Prestación del servicio público de acuerdo con los siguientes principios o exigencias básicas:

1. Continuidad y regularidad⁴⁴ como elementos permanentes de la configuración del servicio público⁴⁵.

2. No discriminación en el acceso al servicio público de los usuarios.

iii) Conservación de las obras o infraestructura existente, sus vías de acceso, servicios obligatorios conexos y señalización en condiciones de utilización óptimas⁴⁶.

iv) Ejercicio por sí mismo de la concesión, pudiendo cederla o subcontratar actividades accesorias con la autorización previa del Estado concedente.

v) Indemnizar los daños que se causen a su personal y a terceros como consecuencia del desarrollo de actividades propias de la prestación del servicio (construcción), asumir la responsabilidad frente a terceros por actos del personal de la sociedad concesionaria, así como respecto de los daños causados al medio ambiente. De acuerdo con ello, el contrato de concesión debe establecer la obligación del concesionario de contratar seguros para garantizar el resarcimiento de los daños que sean causados

⁴⁴ Al respecto, para el caso de infraestructura vial (carreteras), en inciso b) del Artículo 36 del TUO de Normas que Regulan la Entrega en Concesión de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, establece que durante la etapa de construcción cuando el concesionario realiza los trabajos de construcción, reparación y conservación de la obra, no podrá interrumpir el tránsito de caminos o vías existentes y que cuando dicha interrupción sea imprescindible, el concesionario estará obligado a habilitar un adecuado tránsito provisional.

De otro lado, el inciso b) del artículo 37 del TUO establece que: "b) La prestación del servicio se hará en forma continua, debiendo el concesionario: I) Facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, eliminando las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o riesgos excesivos, excepto cuando la adopción de medidas que alteren la normalidad del servicio obedezca a razones de seguridad o urgente reparación; y II) Prestarlo ininterrumpidamente, salvo situaciones excepcionales debidas a caso fortuito o fuerza mayor".

⁴⁵ De acuerdo con Antonio MARTÍNEZ, estos principios se sustentan en las siguientes premisas: a) La existencia de una necesidad social, de acuerdo con la cual un servicio público se crea para satisfacer una necesidad social insatisfecha, de uno u otro modo, por los particulares, y se mantiene en la medida en que esta insuficiencia o insolidaridad social exista; b) Logro de armonía social, lo cual significa que la continuidad y regularidad mantienen la armonía, de la sociedad. Una sociedad necesitada es una sociedad sin armonía, incluso enfrentada; pues, mientras las necesidades de unos pueden estar satisfechas por ellos mismos, las de las demás permanecen insatisfechas por falta de medios personales, e incluso, cuando una necesidad social es insatisfecha de modo general, la armonía no existe. Por ende, toda interrupción en la prestación de un servicio público tiene una consecuencia perturbadora en la buena marcha de un pueblo; c) Existencia del Estado, por cuanto se constituye en garante de la misma, la interrupción de la prestación de los servicios públicos (o de uno de ellos en particular) significa una paralización misma del Estado y la crisis de su existencia y legitimación. El Estado, mediante el empleo de todos los medios a su alcance, debe asegurar la continuidad de la prestación de los servicios públicos en las condiciones de la máxima eficacia posible.

MARTINEZ, Antonio. "El buen funcionamiento de los servicios públicos". Tecnos: Madrid, 1990, p. 47 y ss.

⁴⁶ El inciso a) del artículo 37 del Decreto Supremo 059-06-PCM regula de forma específica este aspecto.

en los siguientes supuestos: responsabilidad civil por daños a terceros y catástrofes.

Las características de estos seguros pueden ser las siguientes:

- a) El contrato de concesión puede establecer señalar el tipo de póliza según la normativa vigente en el país concedente.
- b) También pueden fijarse nombres de compañías aseguradoras o tipo de ellas.
- c) La póliza debe estar pagada al contado, lo que deberá constar en la misma para evitar cualquier tipo de problema con las compañías aseguradoras.
- d) Las pólizas de responsabilidad civil deberán contener en forma explícita cláusulas de:
 - d.1 Responsabilidad civil cruzada.
 - d.2 Renuncia a los derechos de subrogación.
 - d.3 Rehabilitación automática (cobertura 100% del tiempo mientras la póliza se encuentra vigente),
 - d.4 Imposibilidad de cancelar o dar término al seguro por parte de la sociedad concesionaria sin la aprobación por escrito del concedente.

Para los efectos de la aprobación de la póliza el contrato puede establecer un plazo, anterior al inicio de las etapas de la concesión, para que el concesionario presente al concedente un borrador de la póliza de seguro, el mismo que dentro de un plazo determinado deberá ser aprobado para su suscripción.

vi) Prestar colaboración con el OSITRAN en el proceso de supervisión y control de la concesión que éste realice, conforme a lo dispuesto en las normas legales que le son aplicables.

vii) Garantizar una gestión ordenada en el servicio público, sin perjuicio de las directivas que emita el Órgano Regulador.

viii) Revertir a favor del Estado, al final del período de la concesión, todos bienes que devengan en partes integrantes o accesorios de la misma⁴⁷.

Al respecto, de acuerdo con Sarmiento, extinguida la concesión, los bienes que la entidad concedente

pudo facilitar al concesionario para el cumplimiento de la misma deben ser devueltos a aquélla. En el caso de los bienes particulares del concesionario afectados a la prestación del servicio, si las partes nada estipularon acerca de su destino, al extinguirse el contrato seguirán perteneciendo al concesionario. Sin embargo, por lo general se regula y se incluye en el esquema contractual la obligación de reversión de todos los bienes integrantes y accesorios de la concesión, los mismos que pasarán a ser de propiedad del Estado a través de su entidad concedente, con o sin indemnización.

De acuerdo con el citado autor, el supuesto para que la reversión se produzca sin indemnización se justifica en el caso de que se extinga la concesión por vencimiento del plazo, hallándose los bienes totalmente amortizados. De no ser ello así, al final del plazo de vigencia de la concesión, el concedente y el concesionario deberán establecer el valor de los bienes, aplicarles la depreciación correspondiente y convenir el precio y oportunidad de la transferencia.

ix) Prestar garantías necesarias⁴⁸ que aseguren el cumplimiento efectivo y correcto de las obligaciones propias del concesionario y que han sido estipuladas en el contrato de concesión.

Es necesario señalar, que le corresponde al Estado, en su calidad de concedente, establecer el esquema de garantías a las que se va a sujetar el concesionario. Al respecto, deben distinguirse las garantías que se prestan en el procedimiento licitatorio de aquéllas que deben establecerse una vez otorgada la concesión. Respecto de las primeras, el artículo 24 del Decreto Supremo 059-96-PCM establece que para participar en la Licitación Pública Especial o en el Concurso de Proyectos Integrales, sea que se otorgue la concesión a través de una u otra modalidad, el postor deberá garantizar la propuesta en la forma, el monto y condiciones que para estos efectos establezcan las bases de licitación. Esta garantía dentro de los usos se denomina, Garantía de Seriedad de Oferta.

Con relación a las garantías que se prestan durante el período de la concesión, el contrato de concesión puede establecer el tipo, número, y vigencia de las garantías que deberá constituir el concesionario a

⁴⁷ Dicho supuesto es expresamente regulado por el artículo 29 del Decreto Supremo 059-96-PCM, TUO de Normas que Regulan la Entrega en Concesión de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos.

⁴⁸ El artículo 28 del Decreto Supremo 059-96-PCM, establece que: "Concluido el procedimiento respectivo para el otorgamiento de la concesión, el adjudicatario deberá prestar garantía suficiente que asegure la correcta ejecución de la obra y prestación del servicio y el cumplimiento de las obligaciones correspondientes a su naturaleza calidad y características. La garantía podrá ser real o personal. Su naturaleza y cuantía se determinarán en las bases de la Licitación o Concurso respectivo".

favor del Estado concedente. Al respecto podemos señalar que el esquema general de garantías utilizadas en los distintos países que han otorgado concesiones de obras públicas de infraestructura y servicios públicos, como es el caso de Chile, Argentina y Colombia considera la inclusión de una Garantía o Fianza en la Etapa de la Construcción, Garantía o Fianza en la Etapa de Explotación y de forma paralela o única una Garantía o Fianza General de Fiel Cumplimiento del Contrato.

7.2 Régimen Económico de la Concesión

a. Formas de retribución del concesionario: Tarifas

Anteriormente señalamos que le correspondía al concesionario el derecho al cobro de la contraprestación por el servicio prestado. Dentro de esa línea, corresponde ahora determinar cuál es la naturaleza del ingreso y su significado económico.

Al respecto, existen distintas opiniones respecto de cuál es la naturaleza de los ingresos recibidos por el concesionario como contraprestación por la administración y gestión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. La diferencia de ideas nace principalmente del disímil tratamiento que tienen los conceptos de tarifa, tasa y precio. Por nuestra parte, seguiremos la postura esbozada por Joaquín Tornos Más⁴⁹.

En el camino de establecer un tratamiento diferenciado, como premisa, Tornos Más sostiene que la tarifa es el fruto de una voluntad unilateral, pero no de la potestad tributaria, siendo por ello distinguible de la tasa y del precio público.

“Mientras tasa y precio público constituyen ingresos públicos que, como tales, conforman la Hacienda Pública, la tarifa es el precio fijado por la Administración para remunerar a quien en régimen de derecho privado presta un servicio, sin que la tarifa se convierta en un ingreso público”⁵⁰.

En el caso de quien asume la prestación del servicio en calidad de concesionario, es claro que la tarifa adquiere un “matiz contractual”, pues aun siendo fijada unilateralmente por la titular del servicio en su calidad de concedente, su cuantía se vincula al objeto del servicio y puede verse afectada en su determinación por la ruptura del equilibrio económico del contrato.

“Frente a la tarifa se situarán los ingresos públicos, aquéllos que configuran la Hacienda Pública. Más allá del debate sobre la naturaleza de los precios públicos y su carácter o no tributario, en todo caso, tasas, precios públicos y precios privados formarían parte de los ingresos de la Administración y, como tales, conceptos no identificables con la tarifa, pues reservaríamos este concepto al ingreso no público (aunque su fijación corresponda a una Administración)”⁵¹.

La tasa y el precio público son ingresos de derecho público, que recauda la Administración titular del servicio o el organismo autónomo que lo presta. El dato determinante es que son ingresos que perciben entes públicos de acuerdo con la normativa específica de tales ingresos. La tasa y el precio público serían los ingresos de derecho público en caso de gestión de un servicio por una entidad de derecho público.

A modo de síntesis, y en la línea de Tornos Más⁵², puede señalarse que la tarifa se constituye en la compensación establecida a favor de quien presta un servicio público como concesionario o en régimen de derecho privado, y la tasa o precio público es el ingreso de derecho público de la Administración para el cumplimiento genérico de sus funciones⁵³.

Estando a lo referido, el concepto de tarifa - independientemente de su denominación⁵⁴ - debería reservarse a la retribución exigida por la prestación de un servicio a través de un concesionario o de una

⁴⁹ TORNOS MÁS, Joaquín. «Potestad Tarifaria y Política de Precios». En: RAP, No. 135 setiembre – diciembre, 1994, p. 77 y ss.

⁵⁰ Ibid. p. 80.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid. p. 83.

⁵³ Según TORNOS MÁS, quien cita una sentencia de los tribunales españoles, “en ocasiones puede darse una identidad entre tasa / precio público y tarifa, desde la perspectiva del usuario. Así, cuando la Administración titular del servicio encomienda a un concesionario que, junto con el cobro de la tarifa, recaude la tasa o precio público y lo ingrese a la Administración. El concesionario recaudaría la tarifa de acuerdo con sus mecanismo y llevaría a cabo una gestión de cobro a favor de la Administración en relación a la tasa o precio público”. Ibid. p. 88.

⁵⁴ En el caso de la concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos viales se le denomina peaje.

entidad que actúa en régimen de derecho privado, no siendo un ingreso de derecho público ni una manifestación de la potestad tributaria. La tarifa es ejercicio de la potestad tarifaria que nace con la conversión de una actividad de contenido económico en servicio público, respondiendo su determinación a la necesidad de financiación del servicio quedando vinculada al concesionario a través del contrato de concesión que éste suscriba⁵⁵.

b. Mecanismos de indexación tarifarias

Una vez establecido que los ingresos que percibe el concesionario tienen calidad de tarifas, es necesario abordar ahora algunas consideraciones respecto de los mecanismos de indexación aplicables a dichas retribuciones.

Con relación a lo mencionado, debe señalarse que como una forma de garantizar a través del tiempo los ingresos del concesionario, el esquema contractual de la concesión tiene insertos una serie de mecanismos de indexación de las tarifas, los que van desde la utilización del Índice de Precios al Consumidor Local (IPC) hasta el Índice de Precios al Consumidor de los Estados Unidos (*Consumer Price Index – All Items CPI*).

Teniendo en consideración que las tarifas serán cobradas en moneda local y el endeudamiento necesario para la ejecución de obras (en caso esté previsto) pueda realizarse en moneda extranjera, se produce lo que se denomina “descalce” monetario; es decir, el concesionario se encontrará afecto al riesgo cambiario. Como mecanismos que atenúan este riesgo, en algunos países los esquemas contractuales fijan sus tarifas en dólares, indexándose de acuerdo al CPI y finalmente son convertidas en moneda local.

c. La Ecuación Económico – Financiera⁵⁶

Las concesiones de obras públicas de infraestructura y servicios públicos deben ser otorgadas asegurando que la rentabilidad obtenida no sea insuficiente o no exceda una relación razonable entre las inversiones efectivamente realizadas por el concesionario y la utilidad neta obtenida por la concesión.

Esta relación de razonabilidad entre inversión y rentabilidad viene definida por la tasa de retorno de la inversión a realizar, expresión que resume la idea del mantenimiento de la ecuación económico financiera que rige este tipo de contrato administrativos.

Respecto de este tema, coincidimos con Mertehikian, cuando expresa que “la protección del resultado económico del contrato, encuentra fundamento en que la ecuación económico-financiera es una relación establecida por las partes contratantes al momento de celebrar el contrato, sobre un conjunto de obligaciones que se consideran equivalentes, de tal suerte que el mantenimiento de este equilibrio se logra protegiendo el resultado económico que los contratantes perseguían”⁵⁷.

En caso de que la concesión funcione de acuerdo con las previsiones realizadas por el Estado concedente y adheridas por el concesionario, este último debe obtener la rentabilidad prevista, lo que ocurre cuando existe diligencia en la gestión y explotación de la concesión, siendo entonces la denominada ecuación económico-financiera del contrato el resultado financiero derivado de la relación existente entre los gastos y el producto de la explotación según las proyecciones de rentabilidad antes indicadas⁵⁸.

La ecuación de equilibrio económico debe permitir al concesionario poder acordar cambios razonables con el concedente por eventos que modifiquen las proyecciones económicas del proyecto, como por ejemplo, cambios en los niveles de inflación, variaciones bruscas en el tipo de cambio, elevación de las tasas de intereses, disminución de la demanda proyectada o cambios en la política de concesiones.

Por su parte, el concedente debe tener en cuenta que el equilibrio económico que se establezca en el contrato de concesión puede incentivar al concesionario a obtener mayores beneficios si se considera, por ejemplo, que el equilibrio se alcanzará a través de la tasa de rendimiento de la inversión, con lo cual el concesionario tendría un mayor incentivo para realizar mayores obras a las establecidas en los proyectos de ingeniería que forman parte de la concesión.

⁵⁵ TORNOS MÁS, Joaquín. Op. Cit. p. 87.

⁵⁶ Al respecto, debe señalarse que los economistas han diseñado un modelo económico para los proyectos de infraestructura a ser entregados en concesión denominando “*project finance*”, el cual depende totalmente de los flujos de caja libres (*cash flow*) generados por el proyecto.

⁵⁷ MERTEHIKIAN, Eduardo. Op. Cit. p. 108.

⁵⁸ Al respecto seguimos lo expuesto por SAYAGUES, Enrique. “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo II, 4ta Ed.

Dentro del esquema económico de la concesión y como un medio de mantener el equilibrio económico de la misma, los economistas han diseñado un sistema de garantía estatal denominado Ingreso Mínimo Garantizado, el cual es una vía para cubrir el riesgo de demanda y de garantizar al concesionario la obtención del financiamiento necesario para la ejecución de la obra. El nivel de garantías debe estar diseñado de tal forma que no produzca distorsiones en la economía, ya que puede dar lugar a contar con sectores sobreprotegidos. Esta garantía proporcionada por el Estado transmite el mensaje de que el proyecto de concesión es viable y que se encuentra respaldado por el concedente ante cualquier eventualidad que pudiera presentarse que redunde directamente sobre la demanda esperada y respecto de los ingresos netos de la concesión.

En resumen, la regulación contractual del equilibrio económico de la concesión debe establecerse dentro de parámetros que generen un beneficio razonable para el concesionario, así como un adecuado nivel de garantía por parte del Estado cuando se generen alteraciones en el modelo económico-financiero; todo ello, con el fin de preservar los estándares de calidad, la regularidad y la permanencia en la prestación del servicio, lo cual redundará directamente en el interés general del usuario y en la actividad económica a la que se vincula la infraestructura de uso público.

7.3 El Esquema Contractual - Contenido básico de un contrato de concesión⁵⁹

El contrato de concesión de obras públicas de infraestructura y servicios públicos tiene una serie de elementos cuya incorporación es fundamental para poder configurar una relación jurídica a través de la cual se desarrolle la prestación indirecta del servicio público por un particular. Dichos elementos básicos son los siguientes:

a) Determinación de la actividad objeto de la concesión. El primer elemento de un contrato de concesión es la descripción de la actividad objeto de la concesión, así como sus alcances. Es muy importante que la actividad que es el objeto principal del procedimiento licitatorio se describa con exactitud, ya que ello evitará problemas posteriores

de interpretación de distintos aspectos, como es el caso de los servicios que se prestan en exclusiva y los que no.

b) Determinación de la exclusividad: los términos contractuales pueden dar al concesionario el derecho a ser el único prestador del servicio durante el tiempo que dure la concesión. Este esquema puede ser útil en caso de actividades muy deficitarias o de infraestructura que debe construirse y mantenerse a pesar del bajo nivel de demanda en los usuarios.

c) Determinación de la propiedad de los activos: la legislación que constituye el marco jurídico contractual establece como regla general que la infraestructura de uso público que forma parte del dominio público estatal se mantiene bajo la titularidad estatal⁶⁰. De ahí que en el caso de puertos, aeropuertos, ferrocarriles y carreteras no exista un cambio en la titularidad de los activos cuando se refieran a la infraestructura en sentido estricto. Sin embargo, debe tenerse presente que los contratos pueden establecer que la superestructura, instalaciones y equipos móviles pueden ser de propiedad del concesionario, lo cual no se opone a que el Estado sea el propietario de dichos bienes para así facilitar la renovación de los contratos, reducir su duración y, en general, introducir mayor competencia.

d) Establecimiento del esquema tarifario: uno de los aspectos centrales del contrato de concesión es el referido al esquema tarifario, el mismo que se constituirá en el mecanismo de compensación a través del cual el concesionario recibe el pago por los servicios prestados y puede realizar la cobertura de sus costos así como de su financiamiento, obteniendo luego una ganancia neta.

e) Determinación de plazo de la concesión: dependiendo del tipo de concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos a ser otorgada, el Estado determinará el período de duración de la concesión, el mismo que conforme lo establece el artículo 16 del Decreto Supremo 059-96-PCM no deberá tener una vigencia mayor a 60 años.

Es necesario referir que la consideración general utilizada para determinar el plazo de la concesión

⁵⁹ En este aspecto seguimos las consideraciones formuladas en el Documento sobre "Privatización y Regulación de Infraestructuras de Transporte", editado por el Instituto de Desarrollo Económico (EDI) del Banco Mundial y la Universidad de Las Palmas de G.C. – Departamento de Análisis Económico Aplicado, p. 16 y ss.

⁶⁰ Al respecto, al artículo 30 del Decreto Supremo 059-96-PCM dispone que "Los bienes que devengan en partes integrantes o accesorios de la concesión, no podrán ser transferidos separadamente de ésta, hipotecados, prendados o sometidos a gravámenes de ningún tipo, durante el plazo de vigencia de la misma. Al término de la concesión, pasarán al dominio del Estado".

depende fundamentalmente del esquema económico-financiero que se haya establecido en el contrato de concesión, el cual será distinto para el caso de puertos, carreteras, ferrocarriles y aeropuertos, básicamente por los niveles de inversión así como por las diversas formas de financiamiento de los proyectos a desarrollarse.

f) Determinación de las inversiones a efectuar: el contrato de concesión deberá especificar las obras, instalaciones y servicios y, en general, el plan de inversiones que el concesionario deberá ejecutar. En el caso de que el proyecto técnico incluya la construcción de nueva infraestructura, será necesario especificar los parámetros de las obras, las calidades de los materiales, y los costes y calidad del proyecto⁶¹.

g) Control y sanciones: el acuerdo contractual debe incluir en su regulación el esquema de control de la concesión, sin perjuicio del rol que desempeñe el órgano regulador. Al respecto, debe tenerse presente que este esquema de control va a estar centrado fundamentalmente en la verificación del cumplimiento de los estándares de calidad del servicio que hayan sido establecidos en el proyecto técnico que forma parte integrante del contrato de concesión.

De forma paralela a este esquema de control, el contrato de concesión deberá tener inserta una tabla de infracciones que establezcan en qué situaciones se considera que existe incumplimiento en los indicadores de calidad acordados.

En lo que respecta a las sanciones, éstas pueden encontrarse establecidas en el contrato de concesión o pueden ser emitidas por el órgano regulador⁶² a cargo de la supervisión de la obra pública de infraestructura y servicios públicos entregados en concesión.

VIII. EL PROCEDIMIENTO LICITATORIO DE LA CONCESIÓN

Antes de ingresar en las modalidades del procedimiento licitatorio, debe señalarse que como paso

previo a la convocatoria a licitación, es necesario que la entidad licitante, cuya competencia ha sido asignada a los Comités Especiales de la COPRI, elabore y remita al Directorio de dicha entidad, para su aprobación, el Plan de Promoción a la Inversión Privada, el mismo que deberá contener como mínimo lo siguiente: i) el diseño general del proceso, ii) la modalidad de otorgamiento de la concesión, iii) el esquema financiero, iv) el plazo de la concesión, y, v) el cronograma del proceso.

Luego de la aprobación del referido Plan, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Supremo 060-96-PCM, éste deberá ser ratificado por Resolución Suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector correspondiente. Una vez publicada la referida Resolución el Comité Especial podrá fijar la fecha de la convocatoria a licitación.

Los procedimientos que prevé el artículo 24 del Decreto Supremo 059-96-PCM, TUO para el Otorgamiento de Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y Servicios Públicos son dos: la Licitación Pública Especial y el Concurso Público de Precios.

8.1 Licitación Pública Especial y Concurso de Proyectos Integrales

La Licitación Pública Especial es un procedimiento administrativo que como cauce formal tiene por objeto integrar la voluntad contractual del Estado con la del particular. En este tipo de procedimiento, el Estado a través de la entidad licitante que lo representa, invita a los interesados a participar como postores para que, sujetándose a los términos establecidos en el documento de bases de licitación, formulen propuestas entre las cuales se seleccionará y aceptará la más conveniente.

El Concurso de Proyectos Integrales⁶³, por su parte, es el procedimiento de selección del concesionario que tiene su origen en una iniciativa previa presentada por el particular, con el objeto de solicitar la concesión de una obra pública de infraestructura

⁶¹ Debe tenerse presente que cuando los contratos de concesión tienen una duración larga, es importante establecer los mecanismos que impidan el abandono del mantenimiento de las instalaciones y el recorte de los gastos de inversión necesarios para mantener la infraestructura en buen estado. Las obligaciones del concesionario con respecto al cumplimiento de los indicadores de calidad y capacidad han de establecerse con mucha claridad para evitar que el desinterés de una empresa que no espera la renovación de su concesión repercuta en el estado de conservación y buen funcionamiento de los activos.

⁶² En nuestro ámbito, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 6.1 del artículo 6 de la Ley 26917, el OSITRAN es la entidad que ejerce las siguientes facultades o atribuciones: a) Facultad Regulatoria y Normativa; b) Facultad Fiscalizadora; c) Facultad de Resolución de Controversias.

⁶³ Respecto de este tema véase el texto de MERTEHIKIAN, Eduardo. "La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos" Abaco: Buenos Aires, 1992, p. 106, acápite 32.

determinada que es declarada, previamente, de interés público por la autoridad competente.

La determinación de la procedencia de uno u otro sistema de licitación de la concesión dependerá de la evaluación de la necesidad de la obra, del servicio a ser prestado, de su rentabilidad, de la amortización de sus costos y de los gastos de conservación y de explotación, conforme lo dispone el artículo 15 del Decreto Supremo 059-96-PCM.

De otro lado, en lo que respecta a los procedimientos licitatorios de los que puede valerse la Administración para entregar en concesión una obra pública de infraestructura y servicios públicos, debe tenerse presente que el artículo 40 del Decreto Supremo 059-96-PCM prevé la posibilidad de que personas jurídicas, sean nacionales o extranjeras, puedan presentar ante la COPRI, a modo de sugerencias, lineamientos generales de proyectos integrales que permitan a la Comisión tener conocimiento respecto de la viabilidad de posibles obras públicas de infraestructura y servicios públicos susceptibles de entregarse en concesión. Si los Comités Especiales que reciban las iniciativas⁶⁴ consideran que las mismas son convenientes, podrán someter dichos proyectos a los procesos de promoción que el Decreto Supremo 059-96-PCM y su reglamento, el Decreto Supremo 060-96-PCM, regulan. La glosada norma establece además una reserva respecto de las iniciativas, de acuerdo con la cual la recepción, análisis, ampliaciones o modificaciones y decisiones sobre las sugerencias que pueda adoptar la COPRI, no establecen un compromiso alguno de dicha entidad para con los privados que presentaron las respectivas iniciativas, futuras convocatorias a Licitación o Concurso.

8.2 Esquema de selección del concesionario

El esquema de selección del concesionario debe estar establecido en las bases de licitación que previamente son elaboradas por el Comité Especial a cargo del procedimiento licitatorio. Al respecto, el Decreto Supremo 059-98-PCM dispone que el

documento de bases deberá contener de forma obligatoria:

- a) La forma y plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema de tarifas, precios o peajes u otros sistemas de recupero de la inversión que el Estado haya establecido dependiendo del tipo de obra pública de infraestructura y servicios públicos a ser otorgada en concesión (puertos, aeropuertos, ferrocarriles y carreteras).
- b) Las fórmulas de ajuste de tarifario por causas sobrevinientes que así lo justifiquen.
- c) La determinación del destino u utilización de los recursos que puedan ser generados para el Estado por efectos del otorgamiento de la concesión.

Asimismo, junto con el contenido obligatorio del contrato establecido en el TUO, el documento de bases deberá contener todas aquellas disposiciones que contribuyan al desarrollo del procedimiento licitatorio, como son: i) el objeto del procedimiento licitatorio; ii) las definiciones; iii) la legislación aplicable; iv) las condiciones e impedimentos para ser oferente; v) los requisitos para precalificar; vi) el contenido y formalidades de las ofertas; vii) las garantías que debe ofrecer el postor; viii) el método de evaluación; ix) los actos formales para la adjudicación; x) el sistema de impugnaciones; y, xi) las bases económicas del contrato de concesión⁶⁵.

8.3 Sistemas de evaluación para la adjudicación de la Concesión

La elección del concesionario implica la utilización de ciertos criterios de adjudicación a ser aplicados entre los postores que intervienen el procedimiento licitatorio. Es necesario que los criterios que se establezcan sean claros y públicos, de forma que se facilite la participación de los oferentes y se permita que la competencia sea un elemento determinante en el contenido de las propuestas. Al mismo tiempo, los criterios que se decidan aplicar deben evitar que un riesgo excesivo y no controlable recaiga sobre el

⁶⁴ Respecto de este tema es ilustrativo reproducir el comentario de MERTEHIKIAN, Eduardo. Op. Cit. p.120, respecto de la regulación argentina referida a la convocatoria a presentación de iniciativas privadas: "En orden a introducir una efectiva descarga de labor intelectual y burocrática de las estructuras estatales y trasladarla a la esfera de los particulares, quienes muchas veces con un legítimo afán de lucro, vislumbran la aparición de un negocio rentable y cómo llevarlo a la práctica, el artículo 58, inciso k), del reglamento aprobado por decreto 1105/89, ha creado el mecanismo del llamado a la presentación de iniciativas en áreas predeterminadas por él, con el objeto de orientar la inversión privada hacia sectores que considera prioritarios, de donde se sigue que el mecanismo examinado puede constituirse en una herramienta eficaz de inversión privada de riesgo".

⁶⁵ Conforme a lo establecido en el artículo 18 del Decreto Supremo 060-96-PCM.

privado, comprometiéndose de esa forma su participación en el procedimiento⁶⁶.

Como parte del procedimiento de evaluación de los postores, la entidad licitante podrá establecer un proceso de precalificación o precualificación de los oferentes, para lo cual distribuirá la información suficiente para que los mismos puedan elaborar sus propuestas. "En principio la precalificación no es estrictamente necesaria, ya que en caso de incumplimiento por parte del concesionario de la oferta ganadora se puede establecer sanciones y penalizaciones; sin embargo, en la práctica, las dificultades de especificación de todas las posibles contingencias y los costes asociados a tener a un operador que ganó el concurso con una oferta temeraria, hacen necesaria una etapa previa de precualificación consistente en cribar (seleccionar) los oferentes con criterios de solvencia técnica y financiera"⁶⁷.

La adjudicación de la concesión tiene fundamentalmente dos variables: la técnica y la económica, pudiendo existir tres posibilidades para su valoración.

La primera consiste en hacer un proceso de selección en dos etapas, una de las cuales consiste en eliminar las ofertas técnicamente menos calificadas y por tanto realizar una primera selección sobre bases puramente técnicas. La otra etapa consiste en adjudicar la licitación a la mejor oferta económica entre los que superaron la primera etapa.

La segunda posibilidad consiste en ponderar tanto los aspectos técnicos como los económicos, lo que puede generar un esquema complejo cuando existen proyectos y técnicas muy diferentes entre los postores.

La tercera posibilidad, muy extendida, consiste en especificar previamente los aspectos técnicos y de servicio por parte de la entidad licitante y que los postores compitan sólo en los aspectos puramente económicos.

Nuestra legislación⁶⁸, en concordancia con primer sistema de evaluación, establece que la concesión

será otorgada "... a la propuesta técnica y económicamente más conveniente ...", lo cual supone que el procedimiento licitatorio puede considerar: i) la evaluación de ambos aspectos por etapas, de acuerdo con lo cual, en una primera etapa se evaluará la calificación técnica y solamente aquellos postores que consigan un determinado puntaje podrán pasar a la fase de evaluación económica, la que podrá ser determinante para la adjudicación de la concesión, o, ii) la combinación de los factores técnicos y económicos, efectuándose una ponderación de los resultados de cada etapa, para llegar luego a un resultado final.

Vinculado con el proceso de evaluación, el artículo 25 del Decreto Supremo 059-96-PCM dispone que en lo que concierne al proceso de evaluación, se deberá tener en consideración las siguientes: i) El nivel tarifario; ii) El plazo de otorgamiento de la concesión; iii) La oferta financiera; iv) Los ingresos garantizados por el Estado; v) El compromiso de riesgo asumido por el oferente respecto del costo del proyecto y los riesgos en la explotación; vi) La fórmula de reajuste de la tarifa y su sistema de revisión, de ser el caso; y, vii) Otros servicios adicionales, útiles y necesarios.

Finalmente, el artículo 20 del Decreto Supremo 060-96-PCM, Reglamento del TUO de Normas para la Entrega en Concesión de Obras Públicas de Infraestructura y Servicios Públicos establece otros parámetros de evaluación de las ofertas, como: i) las concesiones técnicas; ii) los pagos que pudiera realizar el concesionario a favor del Estado; iii) consideraciones de carácter ambiental y ecológicos; y, iv) otros que se establezcan en las bases.

8.4 Otorgamiento de la Concesión

Luego de concluido el proceso de evaluación de las propuestas, de acuerdo con el esquema de calificación establecido en las Bases de Licitación, el Comité Especial entregará la concesión al postor que hubiere formulado la propuesta más conveniente con el objeto de la licitación⁶⁹. El documento de bases, de conformidad con lo prescrito

⁶⁶ En este aspecto seguimos las consideraciones formuladas en el Documento sobre "Privatización y Regulación de Infraestructuras de Transporte", editado por el Instituto de Desarrollo Económico (EDI) del Banco Mundial y la Universidad de Las Palmas de G.C. - Departamento de Análisis Económico Aplicado, p. 19 y ss.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Artículo 25 del Decreto Supremo 059-96-PCM.

⁶⁹ Al respecto, véase lo señalado en el artículo 22 del Decreto Supremo 060-96-PCM.

en el Decreto Supremo 059-06-PCM, establecerá la formalidad y la oportunidad en que el resultado sea comunicado a los postores. Con posterioridad a ello, se procederá a suscribir el contrato de concesión así como a realizar la entrega de garantías a cargo de concesionario y concedente.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

Luego de haber realizado un análisis jurídico respecto de los principales aspectos de la concesión administrativa dentro del ámbito de la Concesión de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, y de haber revisado los procedimientos formales establecidos en la legislación nacional para su otorgamiento en manos de inversionistas privados, no nos queda sino resaltar la importancia que hoy en día tiene este mecanismo administrativo en el proceso de reestructuración económica.

Respecto de ello, debe ponerse de manifiesto que la flexibilidad de la concesión administrativa ha hecho posible la participación del sector privado en la gestión de los distintos servicios públicos de titularidad pública, así como su desarrollo e implementación con financiamiento no estatal y la incorporación de nuevas tecnologías que permitan la prestación del servicio público en óptimos niveles técnicos. El resultado, proyectado desde el ámbito del usuario - en el caso concreto de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos -, es la reducción de sus costos de operación por la eficiencia y calidad en el servicio y, desde la óptica del área de influencia del proyecto, la integración en el proceso de desarrollo de aquellos espacios del territorio en el que la presencia del Estado no había sido significativa, generándose un incremento en las actividades de intercambio, así como en las fuentes de ingreso de la población.