

✓ Promoción de la inversión privada en materia de obras públicas de infraestructura y servicios públicos a través de las concesiones^(*)

JORGE DANÓS ORDÓÑEZ

Abogado
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Lima
Pontificia Universidad Católica del Perú

I. CONCEPTO DE CONCESIÓN

A. Naturaleza de la Concesión

En relación con la naturaleza de la institución de la concesión, han existido diversas teorías:

1. Teoría de la Concesión como Contrato de Derecho Privado

Esta teoría sostiene que la concesión es sólo un contrato de Derecho Privado, regido por las normas del Derecho Civil, producto del libre acuerdo entre concedente (Estado o Administración) y concesionario (ente particular), quienes concurren a su celebración en un plano de absoluta igualdad jurídica.¹

Esta teoría se fundamentaba principalmente en lo siguiente:

- a) La apariencia contractual que rodea al mecanismo de concesión: Todas las circunstancias o elementos relacionados con el nacimiento y desarrollo de la concesión resultan, aparentemente, de naturaleza contractual.²

- b) La teoría de la doble personalidad del Estado.- Esta teoría distingue entre el Estado propiamente dicho, considerado como una persona jurídica de derecho público, que no tiene bienes ni capacidad en materia patrimonial y cuya única misión es gobernar, ejerciendo la soberanía, a través de Actos de Autoridad o de Imperio; y, por otra parte, el Fisco, persona jurídica de derecho privado, y a quien le corresponde ejecutar y celebrar todo acto contractual de carácter privado, a través de Actos de Gestión. Como consecuencia, en virtud de esta teoría se sostenía que el Estado actúa en determinadas ocasiones como un ente privado (en Actos de Gestión), y en otras como ente público (en Actos de Autoridad o Actos de Imperio).³

La consecuencia principal de esta concepción es la intangibilidad absoluta del Contrato de Concesión, en virtud de la cual la Administración no podría efectuar ninguna modificación o alteración en su forma o en las condiciones pactadas, sin obtener previamente la aceptación del concesionario, aun cuando dichas modificaciones fue-

[*] Estudio publicado originalmente en el Informe BM&U, Edición Especial, diciembre 1998. Se reproduce con autorización del Estudio Benites, Mercado & Ugo, Abogados. El autor coordinó y dirigió la elaboración del presente documento, cuya redacción estuvo a cargo del Equipo de Derecho Administrativo de la citada firma.

1 WARGAS, José. *La Concesión de Obras Públicas*. Santiago: Ediciones Jurídicas La Ley, 1997, p. 106.

2 Así, existe capacidad de las partes, sin las cuales el acto sería nulo; existe reciprocidad de consentimiento, ya que se contrata voluntariamente; no se impone la obligación de ser concesionario, ni se puede exigir esta calidad como derecho frente a la Administración. Existe, además, un objeto, que puede ser la prestación de un servicio o la ejecución de un obra pública, entre otros. Hoy, finalmente, solemnidades contractuales como la suscripción de escrituras públicas, pliego de condiciones, etc. (Ibid., p. 57).

3 Ibid., p. 55.

ran establecidas por razones de interés general. Desde este punto de vista, la concesión es sólo un acto de gestión, esto es, un acto en virtud del cual la Administración actúa en un plano de igualdad jurídica con la otra parte.⁴

Esta teoría ha sido criticada en sus fundamentos mismos:

- La teoría de la doble personalidad del Estado es arbitraria, por cuanto que, de aceptarse, se daría el caso de que el Estado, como Poder Público, no es responsable de los actos del Estado actuando como persona privada, como Fisco.
- El análisis del objeto y el contenido del acto de concesión evidencia que la misma trasciende la esfera contractual, por cuanto que la concesión persigue fines de bien común o de adecuada satisfacción de necesidades públicas, anteriores y superiores al acto de concesión. Por lo tanto, se evidencia un trasfondo de interés público en el acto de concesión, que trasciende el solo interés privado.

2. Teoría de la Concesión como Acto Unilateral de la Administración

De acuerdo a esta teoría, se entiende que toda concesión implica un acto de poder soberano del Estado, es decir, un acto exclusivamente de Derecho Público. De este modo, el otorgamiento de una concesión sólo se encuentra limitado por la norma que la regula, pero rinde por la voluntad de los particulares, los cuales sólo tienen un papel secundario.⁵

Desde este punto de vista, la Administración se coloca en un plano de superioridad respecto del particular, por lo que no cabe hablar de partes contratantes, sino, más bien, de la Administración que concede [y de cuya voluntad depende exclusivamente el otorgamiento de la concesión] y el particular interesado en el otorgamiento de la concesión. De este modo, la concesión viene a consistir en una mera liberalidad de la Administración, de la cual depende el particular. Como consecuencia de ello, si la concesión no genera ningún tipo de obligaciones para la Administración respecto del concesionario y el mismo que se encuentra privado de derechos que pueda oponer a la Administración en tal calidad, los efectos de la concesión y la permanencia de los mismos dependen exclusivamente

de la Administración, no existiendo garantía alguna para el particular.⁶

3. Concesión como Acto de Poder Público y Contrato Administrativo

De acuerdo con esta teoría, la concesión es una operación de carácter complejo, que involucra dos aspectos.⁷

a) Aspecto Legal o Reglamentario.- En este aspecto están comprendidas todas las disposiciones legales o reglamentarias a las cuales debe ceñirse la ejecución y explotación de la obra o la prestación del servicio concedido. Bajo este aspecto, la concesión implica un acto unilateral del poder público, y la facultad reglamentaria de la Administración concedente [facultad de determinar y modificar las disposiciones generales relativas a la ejecución o explotación de la obra y prestación del servicio concedidos] no queda sometida ni limitada por el contrato. Desde el aspecto legal o reglamentario, la Administración puede y debe proceder unilateralmente sin que el concesionario pueda coligar las circunstancias existentes en el momento de la adopción de las medidas.

No obstante lo expuesto, el ejercicio de la facultad reglamentaria de la Administración tiene los siguientes límites:

- La naturaleza de la Concesión.- El concesionario sólo está obligado a la prestación especificada en el instrumento de adjudicación de la concesión (el contrato). Por lo tanto, las obligaciones de cargo del concesionario cesarán si la Administración, en ejercicio de su facultad reglamentaria, cambia el objeto mismo de la concesión.
- Las facultades financieras del concesionario.- El poder reglamentario de la Administración no puede extenderse hasta el extremo de atar al concesionario a la capacidad de la concesión, si los cargos que se impusieron no guardaron relación con su capacidad económica.

b) Aspecto Contractual.- La concesión, desde este punto de vista, implica también un contrato administrativo, referido al contenido económico de la concesión. En el contrato administrativo se estipulan, entre otros aspectos: la forma de remuneración del concesionario,

⁴ *Ibid.*, p. 106.

⁵ *Ibid.*, p. 108.

⁶ VARGAS, José, op. cit., p. 108-109.

⁷ *Ibid.*, p. 110-111. En el mismo sentido: PARRA, Wilton, *Los Contratos Estatales*, 2ª. ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, p. 176.

el monto máximo de las tarifas o peajes, el monto del subsidio estatal si lo hubiere y, como contrapartida, el porcentaje de participación de las utilidades que le corresponden al fisco, tratándose de proyectos de alta rentabilidad.⁸ Las cláusulas referidas a los aspectos citados presentan un carácter netamente contractual y se encuentran contenidas en las bases de la licitación, aprobadas por la autoridad previo al procedimiento de licitación, y en las ofertas presentadas por el interesado a quien en definitiva se le adjudica la concesión.

En virtud del contrato administrativo se crea una situación jurídica individual y subjetiva a favor del concesionario, la misma que no puede ser alterada por un acto unilateral de la Administración concedente, sin tomar en cuenta el consentimiento de aquél.

La teoría de la concesión como Acto Mixto, esto es, como Acto de Poder Público y como Contrato Administrativo, es la actualmente aceptada por el sector mayoritario de la doctrina especializada en la materia.

B. Definición de la concesión

En sentido estricto, la Concesión es el Acto Administrativo o Contrato Administrativo que otorga al particular el derecho al goce de una cosa o competencia propia de la Administración, o bien, el Acto Administrativo que transfiere al particular potestades o facultades propias de la Administración.⁹

En nuestro ordenamiento jurídico, la definición de la 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 N° 060-96-PCM (en adelante, Reglamento del TUC), 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 [...] [COPRI (Comisión de Promoción de la Inversión Privada)], por un plazo establecido".

C. Características de la concesión

- 1) La Concesión es o nace de un Acto Administrativo. La Concesión 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.¹⁰
- 2) La causa de la Concesión consiste en la existencia de un Interés Público, de carácter predominantemente económico. Aun cuando la actividad delegada por la Administración al particular a través de la concesión tenga un contenido evidentemente patrimonial, no se puede equiparar la misma o únicamente a un negocio de carácter privado o a una mera empresa industrial. La concesión reviste un doble carácter:¹¹
 - a) Una actividad de interés público, cuya gestión ha de realizarse buscando el predominio del interés general. Esta es la causa fundamental de la concesión.
 - b) Una empresa o negocio, que entraña la compensación económica al concesionario por las cargas onerosas que la concesión le impone.
- 3) La Concesión pertenece al grupo de actos jurídicos que amplían la esfera de los particulares. La concesión implica una transferencia al particular de facultades o potestades propias de la Administración,

⁸ A este respecto, cabe decir que se sostiene que "es imposible que la concesión no tenga un elemento contractual, porque el concesionario es un particular interesado que solo aceptará pagar el servicio (o ejecutar la obra) si sus intereses patrimoniales son salvaguardados y se fija contractualmente garantía para el futuro" (GARCÍA, Carlos, *Derecho Administrativo*, 6ª. ed., 1957, p. 344).

⁹ WARGAS, José, op. cit., p. 22. Otra definición de la concesión en general es la siguiente: "Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en suero periódico, único o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden" (PARRA, William, op. cit., p. 176).

¹⁰ WARGAS, José, op. cit., p. 23-24. Confirmando dicha características, los literales a) y c) del Reglamento del TUC, aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM, establecen, como atribuciones de los Sectores y/o Organismos del Estado, las siguientes: 1) Suscribir el Contrato de Concesión; 2) Otorgar las concesiones, licencias, autorizaciones, permisos, resoluciones y otros que se requieran para el desarrollo de la obra o la prestación de los servicios.

¹¹ *loc. cit.*

a efectos de realizar directamente determinada actividad de interés público, lo cual implica ciertamente un aumento del ámbito de competencia de los entes privados. No obstante, dicha transferencia o delegación no implica, por parte de la Administración, una renuncia a sus competencias propias y exclusivas. Por ello, el derecho del concesionario comprende sólo las facultades necesarias para la ejecución y/o explotación de la obra o la prestación del servicio, manteniendo la Administración las facultades de control y supervisión. De esta situación, se deriva el hecho de que la facultad transferida al particular mediante la concesión sea temporal y revocable.

- 4) En la Concesión prevalece el Interés Público. Los fines que el Estado se propone cuando concede el ejercicio de una actividad de interés público a una persona privada son los mismos que persegue cuando asume la gestión directamente. En ambos casos, la actividad es sustraída del juego del mercado y se le asigna un régimen en el cual la finalidad pública de interés general prevalece sobre las de especulación privada o de utilidad individual.¹²
- 5) La Administración conserva una serie de potestades o derechos en relación con el objeto de la Concesión y el Concesionario. Esta situación es consecuencia del hecho que en la Concesión prima el interés colectivo sobre el interés del particular concesionario y se fundamenta en la obligación que tiene el Estado de velar por la adecuada satisfacción del bien común. Por lo tanto, el desarrollo por el concesionario de la actividad para la cual el Estado le ha delegado competencia, está sujeto al ejercicio de una serie de facultades que, sobre la materia, conserva la Administración, las mismas que son las siguientes:
 - a) Facultad de Supervisión y Control. Implica velar por el correcto desempeño de la gestión por el

concesionario. La Administración ejerce esta facultad a través de sus facultades de policía, de seguridad y de salubridad pública, entre otras.¹³

- b) Facultad de Regulación. Corresponde a la Administración establecer el marco normativo dentro del cual el concesionario desarrollará su gestión. Esta facultad comprende los siguientes aspectos: 1) condiciones generales de desarrollo de la actividad; 2) sistema de tarifas a ser cobradas eventualmente; 3) subsidios y subvenciones; 4) límites o los márgenes de utilidad; a obtenerse; 4) relaciones entre los concesionarios y los usuarios, entre otras. Esta facultad se manifiesta formalmente mediante "actos de aprobación": aprobación provisoria o definitiva de las obras, aprobación de los actos de cesión de la concesión, aprobación de los reglamentos reguladores del servicio, aprobación de los reglamentos del sistema tarifario, etc.

Esta facultad de regulación implica la posibilidad, para la Administración, de modificar unilateralmente las condiciones de la concesión. No obstante, estas modificaciones deben ser concordadas con el concesionario.¹⁴

- c) Facultad Sancionadora. En virtud de esta facultad, la Administración podrá eventualmente, hacer efectivas las garantías establecidas en las bases, así como las penalidades por incumplimiento previstas en las mismas.¹⁵
- d) Facultad de autorizar al concesionario la transferencia de su concesión, la constitución de hipoteca sobre ésta y la constitución de garantías sobre sus ingresos.¹⁶
- e) Facultad de Reversión y Sustitución. En virtud de esta facultad, la Administración puede, sólo en

¹² ZANONBI, Gato. Curso de Derecho Administrativo. T. I. Buenos Aires: Depalma, 1954, p. 221.

¹³ El literal b) del artículo 30° del Reglamento del TUO, establece, como atribución de los sectores y/u organismos del Estado, lo siguiente: "fiscalizar el cumplimiento del contrato en sus aspectos de ejecución, explotación y cobra de tarifas u otros cobros previstos como retribución por los servicios prestados".

¹⁴ El artículo 33° del TUO, aprobado por Decreto Supremo Nº 059-96-PCM, y el literal f) del artículo 30° del Reglamento del TUO establecen, como una de las atribuciones de los sectores y/u organismos del Estado, la posibilidad, cuando ello resulte conveniente, de modificar la concesión. No obstante, ambas disposiciones conciben en sentido que tal proceder deberá realizarse mediante previo acuerdo con el concesionario y respetando, en lo posible, 1) la naturaleza de la concesión; 2) las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; 3) el equilibrio financiero de las prestaciones a cargo de los parts.

¹⁵ Literal a) del artículo 33° del TUO aprobado por Decreto Supremo Nº 059-96-PCM, y literal g) del artículo 30° del Reglamento del TUO, aprobado por Decreto Supremo Nº 060-96-PCM.

¹⁶ Literal e) del artículo 30° del Reglamento del TUO, aprobado por Decreto Supremo Nº 060-96-PCM.

circunstancias excepcionales, temporalmente y cuando el interés general así lo requiera, tomar a su cargo la explotación de la obra o la ejecución del servicio objeto de la concesión.¹⁷

- 6) La Concesión es temporal. El que la Concesión sea un derecho de carácter temporal implica que el término de la misma está condicionada a la llegada de un determinado plazo. En principio, la duración de la concesión debe establecerse por un periodo lo suficientemente razonable. Por lo que respecta al plazo de vigencia para el otorgamiento de las concesiones en materia de infraestructura vial, el artículo 16° del TUO, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, establece que el mismo no podrá exceder de 60 años, y que deberá computarse a partir de la fecha de celebración del respectivo contrato de concesión. A este respecto, podría ser considerado criticable que no se haya establecido un plazo mínimo de vigencia para las concesiones en materia de obras de infraestructura vial, máxime si tomamos en cuenta que, en la práctica, la mayor parte de los contratos de concesión viales se otorgan por un plazo que oscila entre los 10 y 25 años.
- 7) La Concesión es Precaria. Los derechos que confiere la concesión al particular, además de ser temporales, están sujetos a desaparecer en un momento indeterminado por decisión de la Administración, ya sea que la misma se deba a causas imputables al concesionario, o por razones de conveniencia u oportunidad.¹⁸

Las causales de terminación de la Concesión, distintas del vencimiento del plazo por el cual se otorga la misma, y contempladas en el artículo 39° del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 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 tipificado 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.

- 8) La Concesión es "intuitu personae". La concesión, por regla general, se otorga teniendo en cuenta la persona del concesionario, a través del procedimiento de selección de su propuesta (procedimiento de Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales), el cual asegura la existencia de una adecuado competencia de ofertas técnicas y económicas entre todos los interesados que cumplan los requisitos técnicos y legales. Por ello, el concesionario no podrá transferir a otro particular los derechos que corresponden sin que exista una previa autorización expedida por la Administración competente.¹⁹

D. Distinción de la concesión con la autorización, licencia o permiso

No obstante que la Concesión y la Autorización, Licencia o Permiso pueden incluirse dentro de aquellas manifestaciones de voluntad de la Administración que amplían la esfera jurídica de los particulares, es necesario tener las diferencias existentes entre los mismos.

La Autorización, Licencia o Permiso consiste en una mera remoción de limitaciones al ejercicio de derechos y facultades que el particular ya posee respecto de su patrimonio, pero que, por causa de dichas limitaciones, no había podido hacer efectivos. Por cuanto que el derecho del particular existe antes que la Administración otorgue la Autorización, Licencia o Permiso, la misma se limita a posibilitar el ejercicio de un derecho preexistente a favor del particular, mantenido en estado potencial por limitaciones anteriormente impuestas por la propia Administración.²⁰

Contrario a ello, la Concesión, por cuanto que transfiere al particular el ejercicio directo de facultades y potestades que originalmente obran dentro del ámbito de competencia de la Administración, se configura

¹⁷ A este respecto, los literales b) y c) del artículo 32° del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, y en literales b) e i) del artículo 30° del Reglamento del TUO, aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM, establecen las siguientes atribuciones de los sectores y/u organismos del Estado: "h) declarar la suspensión temporal de la concesión o su caducidad, cuando concurre alguna de las causas establecidas en la ley y en los laudos, y asumir la responsabilidad de la operación de la obra pública de infraestructura y/o del servicio público, durante la suspensión de la concesión o después de la caducidad de la misma".

¹⁸ YARGAS, José, op. cit., p. 29.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 30-31. La posibilidad para el concesionario de poder transferir la concesión a otro particular, previa autorización de la Administración Pública, está contemplada en el literal e) del artículo 30° del Reglamento del TUO.

²⁰ *Ibid.*, p. 82. En el mismo sentido, Juan De la Cruz Ferrer "Apuntes de Derecho Público Económico", Dykinson, Madrid, 1992, p. 161 y Luciano Parejo y otros "Manual de Derecho Administrativo", Vol. I, Ariel, 4ta. Edición, Barcelona, 1996, p. 396.

como un acto administrativo constitutivo de facultades y derechos a favor del particular.²¹

E. Obligaciones del estado concedente

Correlativo a las facultades que conserva la Administración respecto de la actividad cuya ejecución ha sido delegada a un ente particular, corresponden a la misma las siguientes obligaciones:

- a) Asegurar al Concesionario la Percepción de sus Ingresos. - La concesión se caracteriza tanto por su bilateralidad como por su onerosidad. En tal sentido, la Administración debe asegurar al concesionario la percepción de los ingresos que, en calidad de contraprestación, percibirá por el desarrollo de la actividad objeto de concesión. Estos ingresos pueden consistir en tarifas u otros cobros previstos en el contrato de concesión, de acuerdo con la naturaleza de la misma.²²
- b) Respetar, en lo posible, la naturaleza de la concesión, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas, y el equilibrio económico, en caso de una eventual modificación de la concesión.²³

F. Derechos y obligaciones del concesionario

I. Derechos

- a) Percibir una compensación por las Obras o Servicios Públicos que explote. - Esta compensación consiste en la percepción de: tarifas, peajes, peajes u otros sistemas de recuperación de la inversión, así como otros beneficios adicionales convenidos en cada caso (tales como concesiones para servicios turísticos, autoserivicios, publicidad y otros). El contrato de concesión establecerá, en cada caso, los mecanismos que aseguren al concesionario la per-

cepción de dicha compensación, de acuerdo con la naturaleza de la concesión.²⁴

- b) Con autorización del Estado, transferir la concesión a otra persona jurídica.²⁵ - En éste caso, la cesión será total, comprendiendo todos los derechos y obligaciones del concesionario cedente.
- c) Con autorización del Estado, constituir garantía sobre sus ingresos respecto a obligaciones derivadas de la propia concesión y de su explotación.²⁶

2. Deberes

- a) Cumplir con el contrato de concesión.
- b) Conservar las obras, sus vías de acceso, señalización y servicios en condiciones normales de utilización.
- c) Prestar el servicio en forma continuada.

II. CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA Y CONCESIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS

Tanto el TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, como su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM, regulan dos tipos de concesiones: 1) Concesión de Obras Públicas de Infraestructura o Concesiones de Obras Públicas; 2) Concesión de Servicios Públicos.

1. Concesión de Obras Públicas de Infraestructura

Mediante la Concesión de Obras Públicas, la Administración transfiere a un particular (el Concesionario), la ejecución, reparación o conservación de una Obra Pública, bajo propia cuenta y riesgo. Como contraprestación, el concesionario obtiene el derecho a la explotación de la obra pública y a obtener la tarifa o peaje pactados por el uso de la misma.²⁷

21 Jorge Salomoni, en "Regimen de los bienes públicos en las concesiones o licencias de servicios públicos en el ordenamiento jurídico argentino", publicado en Actualidad en Derecho Pública N° 4, Buenos Aires, 1996, p. 17, señala que en el proceso privatizador de los servicios públicos en Argentina las técnicas utilizadas por el legislador fueron: la concesión, la licencia o el permiso, indistintamente.

22 Literal a) del artículo 30° del Reglamento del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM.

23 Artículo 33° del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, y literal f) del artículo 30° del Reglamento del TUO, aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM.

24 Artículo 35° del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

25 Artículo 34° del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM. En el mismo sentido está establecido en el tercer y cuarto párrafos del artículo 21° del Decreto N° 900, Texto Refundido del DFLMOP N° 164 de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas (España).

26 loc. cit.

27 WARGAS, José, op. cit., p. 118. En el mismo sentido, GOMEZ-FERRER, Rafael, El Contrato de Obras, La Concesión de Obras Públicas como Contrato. En: Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Madrid: Civitas, 1996, p. 637. Otras definiciones de la Concesión de Obra Pública, que también consideramos pertinentes, son las siguientes:

1) "Es un modo de ejecución de la obra pública, por el que la Administración contrata a uno empresario para la realización del trabajo, y no pago luego un precio por ello, sino que la remuneración, otorgándose la explotación de la nueva obra construida, durante el plazo determinada [...], incluyendo la

Características de la Concesión de Obras Públicas de Infraestructura.²⁸

- a) **Bilateralidad (Contrato Sinálgmático).** En la Concesión de Obra Pública, los sujetos intervinientes son los siguientes: 1) Administración Pública (ente estatal o entidad pública descentralizada); 2) Concesionario (particular, ya sea persona natural o persona jurídica). Ambos están sujetos al cumplimiento de prestaciones recíprocas: la Administración está obligada a ceder al concesionario el derecho de cobrar por el uso de la obra pública, y el concesionario está obligado a ejecutar la obra pública.
- b) **Onerosidad.** Las prestaciones de los partes se establecen por un precio convenido por la ejecución material de la obra pública.
- c) **Formalidad.** La Concesión de Obra Pública requiere, para su perfeccionamiento, no sólo del consentimiento de los sujetos de la relación, sino también que se suscriba el instrumento pertinente.
- d) **Carácter Intuitu Personae.** El Contrato de Concesión de Obra Pública se celebra con el particular que ha sido seleccionado como concesionario, de acuerdo con un procedimiento técnico-administrativo y de acuerdo con el sistema de evaluación de las ofertas presentadas. De ahí que el concesionario no pueda ceder el contrato o sus derechos sin la autorización de la Administración.²⁹
- e) **Se formaliza en un Contrato de Adhesión.** Los términos del Contrato de Concesión de Obra Pública están en principio definidos en las bases de la licitación.

ción. Sin embargo, la Administración, mediante sus respuestas a las consultas que formulan los licitantes, durante el período legalmente habilitado para el efecto, puede precisar e, incluso, modificar el contenido del contrato.³⁰

- f) **Solemnidad.** La Concesión de Obra Pública está sujeta a la observancia de ciertas formalidades especiales, necesarias para que la misma produzca sus efectos. La no observancia de dichas formalidades acarrearía la nulidad absoluta de la Concesión.
- g) **Ejecución Diferida o de Tracto Sucesivo.** Las prestaciones de los partes no se ejecutan en un sólo instante, sino que se prolongan en el tiempo, durante el plazo de duración de la concesión.
- h) **Aleatoriedad.** La Concesión de Obra Pública prevé la posibilidad para el concesionario de explotar la obra pública y cobrar los tarifas y peajes por el uso de la misma -beneficios que no sólo constituyen la retribución al concesionario por la actividad de prestación, sino también y fundamentalmente el precio de la construcción de la obra-. Tales beneficios dependen de hechos, en cierto sentido, inciertos: el mayor o menor uso de la obra concedida que determinará los ingresos a percibirse durante el plazo de la concesión. Este riesgo trae como consecuencia el encaucamiento y el aumento de dificultad de financiación para el concesionario.³¹

De acuerdo con Guillermo Fanelli, el riesgo que acompaña a la Concesión de obra pública puede eliminarse o reducirse:

explotación, administración, reparación, ampliación, conservación, mantenimiento de obras ya existentes, en orden a obtener recursos para nuevas obras, que se compararán con una tarifa o peaje» (DROM, Roberto, *Derecho Administrativo*, 5a. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 406-407);

2) "... un modo de ejecución de las obras públicas, en la que la Administración celebra un contrato administrativo con un administrado para que realice un trabajo determinado y el precio será pagado por los que utilizan la obra o se benefician con ella, a cuyo fin serán otorgadas al contratante ciertas facilidades para que pueda percibir efectivamente esa remuneración durante el lapso en que deba hacerla" (ALIANZA, Julio, "Concesión de Obra Pública", texto manuscrito de la conferencia pronunciada en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, 1989).

3) "... un contrato de derecho público, en virtud del cual la autoridad concedente otorga a un concesionario el derecho de construir una obra, la cual queda bajo la custodia del constructor [el concesionario], quien tiene a su cargo realizar todo lo necesario para que ella esté permanentemente expedita al uso público y quien tiene derecho a cobrar por el trabajo realizado y por los cuidados posteriores una tarifa a los usuarios, que constituye la contraprestación que recibe por la inversión y los trabajos realizados» (WERTHEIMIAN, Edoardo, *Estudios sobre Contratación Pública*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, p. 113).

4) "Se considera como contrato de concesión de obras públicas aquel en el que, siendo su objeto alguno de los contenidos en el artículo 120 [construcción de bienes inmuebles, realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, reforma, reparación o conservación de los mismos], la contraprestación a favor del adjudicatario consiste en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio" (artículo 130 de la Ley Nº 13.199, del 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas - España).

²⁸ Al respecto, cabe tener presente que en la presente sección nos referiremos preferentemente a las conceptualizaciones elaboradas en: DROM, Roberto op. cit., p. 389 y p. 407. En el mismo sentido: VARGAS, José, op. cit., pp. 121-125.

²⁹ Este carácter está recogido en el artículo 34º del TUO aprobado por Decreto Supremo Nº 059-96-PCM.

³⁰ Artículo 15º del Reglamento del TUO, aprobado por Decreto Supremo Nº 060-96-PCM.

³¹ FANELLI, Guillermo, *La Concesión de Obra Pública*, Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración, 1989, p. 24.

- Cuando el cálculo respecta a la cantidad de usuarios es brindado por el concedente;
- Cuando existe un número cierto y predeterminado de usuarios o, cuando menos, un promedio razonable de los mismos.

2. Concesión de Servicios Públicos

Meriante la Concesión de Servicios Públicos, la Administración transfiere a una persona física o jurídica la gestión directa de un servicio público, asumiendo ésta el riesgo económico de la actividad concedida.³²

La concesión de los servicios públicos tiene su origen en la voluntad unipersonal del Estado, que resuelve desprenderse de su obligación de cumplir directamente con la prestación de los mismos, para trasladarla a un particular (que toma el nombre de concesionario), el mismo que acepta someterse en sus relaciones con el Estado concedente a un procedimiento de Derecho Público. La esencia de la concesión de un servicio público consiste en encargar a un particular (persona jurídica o privada) el funcionamiento de un servicio público, mediante el pago de una retribución que, ordinariamente, puede consistir en la percepción de tasas o rentas provenientes de los usuarios del servicio público concedido.³³

La Concesión de servicios públicos comprende, en principio y como objeto principal, la jeta gestión o prestación del servicio público, no obstante lo cual también puede comprender, si lo requiere, la construcción de una obra pública o instalación, o el aporte físico del servicio, lo que será siempre accesorio.³⁴

En la concesión de servicios públicos, por lo general, el concesionario recibe un activo físico propiedad del concedente, correspondiéndole el operaria y dare mantenimiento.³⁵ No obstante, también puede ocurrir que, dependiendo de lo que se estipule, el concesionario aporte, además, bienes propios o preste el servicio público exclusivamente con bienes propios.

Como contraprestación por la gestión del servicio

público, el concesionario percibe las tarifas que deben abonar los usuarios del servicio público. Las tarifas atribuyen exclusivamente la actividad desempeñada y, eventualmente, la amortización de los bienes propios aportados por el concesionario.

Características de la Concesión de Servicios Públicos:

- a) **Bilateralidad (Contrato Sinalgmática).** Tanto la Administración como el Concesionario se obligan recíprocamente: el Concesionario se obliga a ejecutar la prestación del servicio público, y, eventualmente, a entregarle al Estado un porcentaje sobre sus beneficios, y la Administración se obliga a permitir que el concesionario perciba de los usuarios el importe respectivo por la prestación del servicio.³⁶
- b) **Onerosidad y Conmutalidad.** Las prestaciones recíprocas de las partes son equivalentes. El concesionario va cobrando el precio de su actividad y la amortización de los bienes afectados día a día o mes a mes.³⁷
- c) **Carácter Intuitu Personae.** La concesión del servicio público debe ser ejercida personalmente por el concesionario, exclusivamente por su cuenta y riesgo. La concesión no puede ser transferida o cedida sin autorización del concedente.³⁸

No obstante que -como ya se dejó sentido al inicio de la presente sección- tanto el TUD aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM como su Reglamento regulan la concesión de obra pública como la concesión de servicios públicos, cabe tener presente que, con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente normativa, la promoción de la inversión privada principalmente en materia de los servicios públicos de telecomunicaciones y electricidad, se realizó a través de la venta de empresas públicas a entidades privadas, lo mismo que llevaba consigo la concesión del servicio público que correspondía prestar a la empresa estatal vendida a los particulares. En vista de dicha situación, en la actualidad, la promoción de la inversión privada

32 SOSA, Francisco, *La Gestión de los Servicios Públicos Locales*, 2ª ed. Madrid: Civitas, 1995, p. 93. Otra definición de la Concesión de Servicios Públicos que también puede ser relevante como pertinente es la siguiente: "... un contrato por el cual el Estado acuerda con una persona física o jurídica, privada o pública, la organización y el funcionamiento de un servicio público por un determinado lapso. Esta persona, concesionario, actúa por su propio costo y riesgo. La labor se retribuye con el precio pagado por los usuarios" [DROM, Roberto, *Reforma del Estado y Privatizaciones*, T. I, Buenos Aires: Atrium, 1991, p. 85].

33 DANÓS, Jorge y otros, *Estudio de legislación Comparada de los Servicios de Saneamiento de Colombia, Chile y Perú*. Lima: SUNASS, 1997, p. 34.

34 SOSA, Francisco, op. cit., p. 93. En el mismo sentido: FANELLI, Guillermo, op. cit., p. 22.

35 FANELLI, Guillermo, op. cit., p. 23.

36 DROM, Roberto, *Derecho Administrativo* ..., pp. 413-414.

37 FANELLI, Guillermo, op. cit., p. 24.

38 DROM, Roberto, *Derecho Administrativo* ..., p. 414.

a través del mecanismo de la concesión se orienta principalmente a la concesión de obras públicas de infraestructura y, dentro de éste rubro, a la concesión de obras públicas de infraestructura en materia de transportes (carreteras, puentes y aeropuertos).

En atención a lo expuesto, la exposición referida al mecanismo de concesión en nuestro ordenamiento se orientará preferentemente hacia la concesión de obras públicas de infraestructura.

III. DISTINCIÓN ENTRE LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA Y EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

El Contrato de Obra Pública es un mecanismo mediante el cual el Estado, o entidades públicas no estatales, encargan a un particular la ejecución de una Obra Pública. Constituye, al igual que la Concesión de Obra Pública, un medio de llevar a cabo, indirectamente (a través de terceros), la Obra Pública.³⁹

Sin embargo, la diferencia entre ambos mecanismos estriba en que, tratándose del Contrato de Obra Pública, la Administración se obliga a abonar directamente al Contratista el importe convenido como contraprestación por la ejecución de la obra pública cada vez que la misma ha sido ejecutada, tras lo cual la obra pública queda, de inmediata, en poder de la Administración, la que se encargará de modo directo de su explotación.⁴⁰ En el caso de la Concesión de Obra Pública, la contraprestación por la ejecución de la obra pública a favor del Concesionario no consiste en un importe abonado directamente por la Administración (tras el cual la obra queda en poder de la Administración), sino en el otorgamiento al Concesionario de un derecho temporal a explotar la obra pública ejecutada y a percibir el cobro de los tarifas pagadas por los usuarios de la obra.

IV. ORGANO ENCARGADO DE LA PROMOCIÓN DE LAS INVERSIONES PRIVADAS EN MATERIA DE OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA A TRAVÉS DEL MECANISMO DE LAS CONCESIONES

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto de Urgencia Nº 025-98, las funciones, atribuciones

y competencias otorgadas a la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas-PROMCEPRI, fueron transferidas a la Comisión de Promoción de la Inversión Privada-COPRI. Esto trae como consecuencia el que deba entenderse que lo dispuesto por el TUO aprobado por el Decreto Supremo Nº 059-96-PCM y su reglamento, es aplicable a COPRI. Por lo tanto, el organismo a cargo de la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos que pueden ser otorgados en concesión al sector privado, es, actualmente, la Comisión de Promoción de la Inversión Privada - COPRI.

Funciones de COPRI⁴¹

- Asumir todas las competencias correspondientes para la entrega en concesión de las obras públicas de infraestructura y de los servicios públicos.
- Establecer, en base a los estudios técnico-económicos y/o definitivos, cuando correspondiera, las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos que serán entregadas en concesión al sector privado.⁴²
- El ejercicio de esta facultad incluye el determinar si las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos se entregarán en concesión al sector privado a través de Licitación Pública o mediante Concurso de Proyectos Integrales.
- Aprobar, previamente a su ejecución, el Plan de Promoción de la Inversión Privada relativo a la concesión de una o varias obras de infraestructura o de servicios públicos, que le será presentado por el Comité Especial respectivo. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 11º del Reglamento del TUO, aprobado por Decreto Supremo Nº 060-96-PCM, dicho Plan deberá tener, como mínimo, la información siguiente:
 - a) Diseño general del Proceso
 - b) Modalidad de otorgamiento de la concesión
 - c) Esquema financiero
 - d) Plazo de la concesión
 - e) Cronograma del proceso

³⁹ DROM, Roberto, *Derecho Administrativo*..., p. 387. En el mismo sentido VARGAS, José, op. cit., p. 127. También Juan Francisco Mestre Delgado en libro colectivo "Derecho de los contratos públicos", Coordinado por Benigno Ferrás García, Eds. Praxis, Barcelona, 1993, pp. 654 a 662.

⁴⁰ Mariñelión, Eduardo, "Estudios sobre contratación pública", Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 103 hace hincapié que en las concesiones de obra pública opera por parte del Estado lo que denomina una "delegación transaccional de cometido" en favor de un sujeto privado.

⁴¹ Artículo 6º del TUO aprobado por Decreto Supremo Nº 059-96-PCM.

⁴² De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2º del Reglamento del TUO, esta función se llevará a cabo de acuerdo a un Plan Referencial de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos que identifique la infraestructura actualmente existente del Estado, los servicios públicos, así como los proyectos susceptibles de ser entregados en concesión al sector privado.

El Acuerdo de COPRI que apruebe el Plan de Promoción de la Inversión Privada deberá ser ratificado por Resolución Suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector correspondiente.

- Analizar y evaluar las propuestas que le someten los Comités Especiales, buscando asegurar la consistencia del proceso.
- Aprobar su presupuesto y administrar los recursos financieros provenientes del Tesoro Público y de otras fuentes nacionales o internacionales, que se requieran para el cumplimiento de sus funciones.
- Celebrar todo tipo de convenios, contratos y acuerdos con instituciones nacionales y extranjeras.
- Las demás funciones que se le asigne mediante Decreto Supremo.

La Dirección Ejecutiva de COPRI

La Dirección Ejecutiva de COPRI es el órgano encargado de coordinar con los Comités Especiales y coadyuvar a la implementación de los Acuerdos de COPRI.⁴³ Mediante Acuerdo, COPRI puede delegar a la Dirección Ejecutiva las facultades y obligaciones establecidas en su favor.⁴⁴

Los Comités Especiales de COPRI

Para un mejor cumplimiento de sus fines, COPRI ejerce sus funciones en colaboración con Comités Especiales, que dependen directamente de la Comisión.⁴⁵ Esta colaboración se articula a través de la Dirección Ejecutiva de COPRI.⁴⁶

Los Comités Especiales se constituyen por Resolución de la Presidencia del Consejo de Ministros, a propuesta de COPRI.⁴⁷ No obstante que serán determinados mediante Acuerdo de COPRI, en general, las funciones y facultades de los Comités Especiales son las siguientes:

- Elaborar, cuando corresponda, los estudios técnicos y económicos de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos que serán entregados en concesión al sector privado.⁴⁸
- Elaborar el Plan de Promoción de la Inversión Privada relativo a una o varias obras públicas de infraestructura y de servicios públicos que deberá ser sometido a su aprobación por COPRI.⁴⁹
- Determinar el Plazo y el Cronograma de la Licitación Pública Especial o Concurso de Proyectos Integrales, así como el de la obra, proyecto o servicio público que será entregado en concesión.⁵⁰
- Dictar, con conocimiento de la Dirección Ejecutiva de COPRI, todas las disposiciones que resulten pertinentes o que sean necesarias para la ejecución del proceso.⁵¹
- Participar directamente en los procedimientos de otorgamiento de concesiones en materia de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Esta función comprende las siguientes, detalladas en los artículos 14° a 24° del Reglamento del TUO, aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM:
 - a) Convocar a Licitación Pública Especial o Concurso de Proyectos Integrales, según sea el caso.
 - b) Absolver las consultas o formular las aclaraciones que, respecto de la Convocatoria, eventualmente sean solicitadas por los postores.
 - c) Intervenir directamente en el Acto de Recepción de Propuestas.
 - d) Eventualmente, postergar la fecha de realización del Acto de Recepción de Propuestas.
 - e) Evaluación de las propuestas.
 - f) Otorgar la concesión.
 - g) Eventualmente, declarar desierto la Licitación.
- Ejercer las demás funciones y facultades que le asigne COPRI.⁵² Al respecto, cabe decir que, de acuerdo

43. Artículo 7° del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

44. Artículo 9° del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

45. Artículo 8° del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

46. Artículo 7° del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

47. Artículo 8° del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

48. Literal a) del artículo 7° del Reglamento del TUO.

49. Literal b) del artículo 7° del Reglamento del TUO.

50. Literal c) del artículo 7° del Reglamento del TUO.

51. Literal d) del artículo 7° del Reglamento del TUO.

52. Literal e) del artículo 7° del Reglamento del TUO.

a lo dispuesto por el artículo 9º del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, COPRI podrá delegar, mediante Acuerdo, sus propias funciones a los Comités Especiales.

V. MODOS DE OTORGAMIENTO DE LAS CONCESIONES

El TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, en su artículo 14º establece las modalidades bajo las cuales puede otorgarse la concesión de obras públicas de infraestructura. Son las siguientes:

a) Concesión a Título Oneroso

A través de dicha modalidad, el Estado impone al concesionario de la obra pública de infraestructura vial, en contraprestación por la cesión de la ejecución o explotación de la misma, una determinada contribución en dinero, o el otorgamiento de un porcentaje (participación) sobre sus beneficios a favor del Estado.

b) Concesión a Título Gratuito

El otorgamiento, por parte del Estado, de la ejecución o explotación de la obra pública de infraestructura vial bajo esta modalidad, no está sujeto, por parte del concesionario de la misma, a ninguna contribución específica ni al otorgamiento de ninguna participación sobre los beneficios obtenidos a favor del Estado.

c) Concesión Cofinanciada por el Estado

A través de dicha modalidad, el Estado se encarga del financiamiento (o subvención) **parcial** de los gastos que demandará al concesionario la ejecución de la obra o la explotación de la misma, objeto éstos de la concesión de una obra pública de infraestructura vial. El cofinanciamiento de la concesión de una obra pública podrá realizarse por cualquiera de las siguientes modalidades:

- Mediante una entrega inicial, durante la etapa de construcción de la obra pública de infraestructura. Entendemos que dicha entrega, además de inicial, es por única vez.
- Mediante entregas parciales durante la etapa de la explotación de la obra pública de infraestructura. Entendemos que la periodicidad de dichas entregas parciales se determinará en cada caso.

Las entregas efectuadas por el Estado bajo cualquiera de las modalidades contempladas anteriormente (en cuya ejecución consiste el cofinanciamiento estatal de la concesión) pueden ser reintegrables o no.

La modalidad de concesión bajo análisis resulta muy útil a efectos de estimular la inversión privada en

obras públicas de infraestructura vial consideradas de cierta importancia por el Estado, pero cuyas costas de ejecución para el particular concesionario sean elevadas (pudiendo inclusive estar fuera de su posibilidad de cobertura) y cuya explotación no redima de los mismos en forma suficiente a dicho particular.

No obstante que no está expresado en la norma, entendemos que ésta modalidad de concesión puede efectuarse tanto a título gratuito como a título oneroso, de acuerdo a lo expuesto en relación a las modalidades anteriormente reseñadas.

d) Concesión Mixta

Esta modalidad se presenta cuando, en una determinada concesión de obras públicas de infraestructura vial, concurren más de uno de las modalidades señaladas.

A éste respecto, cabe hacer una precisión. De acuerdo con lo señalado en el análisis de la modalidad de concesión con cofinanciamiento Estatal de la misma, se tiene que siempre que se opte por la misma, estaremos también ante una modalidad mixta de concesión de obras públicas de infraestructura.

La opción, en cada caso concreto, por alguna de las modalidades de concesión de obra pública de infraestructura vial señaladas líneas arriba, no es gratuita, ya que la misma deberá sujetarse a una evaluación, tomando en consideración los siguientes criterios (establecidos en el artículo 15º del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM):

- a) La necesidad de ejecución de la obra.
- b) La rentabilidad que pueda producir la explotación de la obra.
- c) La amortización de los costos que demande la ejecución de la obra.
- d) La amortización de los gastos de conservación y de explotación que demande la obra.

VI. PROCEDIMIENTO PARA EL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES EN OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA

El TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, ha establecido dos tipos de procedimientos para determinar el otorgamiento de concesiones de obras públicas de infraestructura, ambos de aplicación en materia de caminos u obras públicas de infraestructura vial:

a) Licitación Pública Especial

La Licitación Pública es un procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por

el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.⁵³ Las bases fijadas en el pliego de condiciones (el mismo que regula el trámite, mecanismo y formalidades del procedimiento de preparación y ulterior ejecución del contrato, particularizándose sobre la obra que se licita, las condiciones de contratación, su preparación y ejecución) son establecidas unilateralmente por el ente público licitante.

b) Concurso de Proyectos Integrales

El Concurso de Proyectos Integrales es el procedimiento de selección que se origina en una iniciativa privada, presentada por un particular, para solicitar la concesión de una obra determinada que es declarada de interés público por la autoridad competente.⁵⁴

En este procedimiento de selección se carece de bases efectuadas por la Administración (o, al menos, estas sólo se limitan a la vía procedimental a seguirse para la selección), por cuanto que no existe un pliego de condiciones. Los oferentes gozan de entera libertad para elaborar su propuesta, el modelo de concesión que pretenden encargar. No obstante, se exige que las propuestas presentadas sean integrales, comprendiendo los aspectos técnico, económico, financiero y jurídico del modelo de concesión.⁵⁵ De los Proyectos Integrales presentados, el ente público seleccionará el que considere más conveniente.

Este procedimiento de selección, además de favorecer a la iniciativa privada, comporta para el Estado un significativo ahorro, tanto de tiempo como de inversión de los fondos públicos, por cuanto que la integridad de la elaboración del Proyecto cae por cuenta de los particulares oferentes.

No obstante la diferencia establecida entre ambas modalidades, de acuerdo al diverso origen de las mismas, tanto la Licitación Pública Especial como el Concurso de Proyectos Integrales se sujetan a un mismo trámite, cuyos puntos principales pueden exponerse del modo siguiente:

1. Bases

El Pliego de Bases de la Licitación es el conjunto de cláusulas elaborado unilateralmente por el ente público estatal a no estatal que convocará a la Licitación Pública. En líneas generales, el contenido de las Bases de la Licitación Pública es el siguiente:

- a) Clara identificación del objeto licitado.- La claridad y precisión en la identificación del objeto en las bases es requisito fundamental de las mismas, por cuanto que proporciona a los particulares interesados un conocimiento exacto de lo requerido por el Estado, a efectos de determinar con seguridad las alternativas existentes para formular sus ofertas.⁵⁶
- b) Habilitación jurídica, técnica y financiera de los postores.- Son indicaciones concernientes a los requisitos exigidos a quienes pretenden participar en la Licitación. Son exigencias relativas a los sujetos y no a las propuestas y tienen por objeto permitir a la Administración conocer la idoneidad del oferente.⁵⁷
- c) Fijación de los actos y términos del procedimiento y de las cláusulas del contrato (Cláusulas Generales).- Las Cláusulas Generales contienen todos los requisitos no técnicos ni específicos de la Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales. Están dirigidas a los aspectos estrictamente jurídicos, comprendiendo: a) regulación del procedimiento de selección; b) regulación de la ejecución contractual, incluyendo los derechos y obligaciones de las partes contratantes.⁵⁸

⁵³ DROMI, José, *Licitación Pública* 2ª, ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995, p. 78. Enrique Soyogus Lora, *Tratado de derecho Administrativo*, 5ta. edición, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1991, tomo I, p. 362. Manuel Luzuriaga Espinosa, *La Licitación Pública*, Edici. Porrúa, México, 1993, p. 31 y 34. Bartolomé Farini, *Derecho Administrativo*, segunda edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 845. Miquel Vinyoles i Castellà, *La adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Madrid, 1995, p. 111.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 129. Respecto de la procedencia de aplicar el procedimiento de selección mediante Concurso de Proyectos Integrales, resulta pertinente tener como referencia lo que establece el artículo 8º del Decreto Supremo Nº 189-92-PCM, Reglamento de las Inversiones Privadas en Obras de Infraestructura y en Servicios Públicos, que fuera derogado por el Reglamento del TUO, en vista que actualmente, no existe disposición al respecto: "El Concurso de Proyectos Integrales procederá cuando el organismo convocante no cuente con los estudios y proyectos requeridos para la ejecución de la obra o la explotación del servicio. En este caso, las propuestas que presenten los postores contendrán las condiciones contractuales, técnicas, económicas y financieras de la obra que se pretende ejecutar o explotar, así como el proyecto respectivo".

⁵⁵ *Loc. cit.* Sobre concurso de proyectos integrales ver también: Eduardo Marchisán, *La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos*, Editorial Abecco, Buenos Aires, 1992, pp. 106 a 110.

⁵⁶ DROMI, José, *ob. cit.*, p. 248. Bartolomé Farini, *Derecho Administrativo T. I*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 661.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 249-250.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 251-252. En el mismo sentido: VARGAS, José, *op. cit.*, p. 172.

- g) Cláusulas obligatorias.- Son aquellas que contemplan los textos legales y reglamentarios a los que debe someterse imperativamente el contrato de Concesión a celebrarse toda vez que haya finalizado el procedimiento de selección.⁵⁹

De acuerdo a la definición del Concurso de Proyectos Integrales acotada anteriormente, las Bases para este procedimiento de selección se limitarán, en todo caso, a lo siguiente:

- Somero y general descripción del objeto (es opcional, por cuanto que podría quedar illudado a la iniciativa de los postores).
- Habilitación jurídica técnica y financiero de los postores.
- Fijación de los actos y términos del procedimiento de selección.

En el TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, sólo se hace mención expresa (aunque indirecta), en el tercer y cuarto párrafos del artículo 23°, como parte del contenido de las Bases de la Licitación Pública o del Concurso de Proyectos Integrales, a lo siguiente:

- Actos procedimentales.
- Destino y utilización de los recursos que se puedan generar para el Estado por efecto del otorgamiento de la concesión al sector privado.

Al respecto, cabe tener presente que el segundo párrafo del artículo 23° del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, se establece lo siguiente: "El contenido de las bases de que trata la parte pertinente del Reglamento [refiriéndose al Reglamento del TUO], es de carácter enunciativo y no limitativo". Esta disposición tenía por objeto que el contenido de las Bases de la Licitación o Concurso fuese regulado por el Reglamento del TUO, en sustitución de lo dispuesto en los artículos 19° (referido a la Licitación Pública) y 35° (referido al Concurso de Proyectos Integrales) del Decreto Supremo N° 189-92-PCM, Reglamento de Inversiones Privadas en Obras de Infraestructura y Servicios Públicos. No obstante, el Reglamento del TUO, aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM, y que derogó el Decreto Supremo N° 189-92-PCM, no contempla ninguna disposición al respecto. No obstante, resulta pertinente tomar en cuenta (como referencia) el contenido de las Bases de la Licitación o Concurso Público establecido

en el Decreto Supremo N° 189-92-PCM, el mismo que estaba determinado del modo siguiente:

a) Bases de la Licitación Pública Especial

- Condiciones técnicas, económicas y financieras del proyecto.
- Especificación de la obra y los requerimientos técnicos mínimos para su diseño y ejecución, y para la explotación del servicio, según corresponda.
- Ubicación geográfica y el área de influencia de la obra.
- Antecedentes que deben acompañar los postores en sus propuestas.
- Fecha límite para la presentación de las propuestas.
- Plazos para que los postores efectúen consultas o soliciten aclaraciones sobre las bases.
- Sistema de evaluación para determinar la propuesta más conveniente, a base de criterios objetivos.
- Necesidad de presentar un estudio de impacto ambiental que la obra pudiera ocasionar, cuando corresponda de acuerdo a la legislación vigente.
- Régimen de Garantías, su naturaleza y cuantía, indicando los plazos en que deben constituirse.
- Monto de los gastos incurridos en la elaboración de la iniciativa, de ser el caso.
- Plazo máximo de otorgamiento de la Licitación.
- Estipulaciones relativas a los plazos de iniciación y terminación de la obra, y el cronograma general de su ejecución y explotación.

b) Bases del Concurso de Proyectos Integrales

- Lineamientos Generales del Proyecto
- Sistema de Evaluación para determinar la propuesta más conveniente
- De ser necesario, se requerirá, además, lo siguiente:
 - Niveles tarifarios.
 - Plazos de ejecución de la obra y la explotación del servicio.
 - Plazo estimado de vigencia de la concesión.

⁵⁹ VARGAS, José, op. cit., p. 173.

- c) Contenido establecido para las Bases de la Licitación Pública Especial, en cuanto fueran aplicables.

2. Impedimentos

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 27^o del TUO, aprobada por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, las personas que se encuentran impedidas de participar como postores, directa o indirectamente, en una Licitación Pública Especial o en un Concurso de Proyecto Integrales, son las mismas que el artículo 1366^o del Código Civil señala como impedidas de adquirir derechos reales por contrato, legado o subasta pública, directa o indirectamente, a por persona interpuesta, a las que deberán sumarse las que ocupan cargos de Directores Superiores y Directores Generales de los Ministerios o cargos equivalentes en las Empresas Públicas o de Economía Mixta.

3. Convocatoria a Licitación Pública o a Concurso de Proyectos Integrales

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 14^o del Reglamento del TUO, aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM, como paso previo al otorgamiento de concesiones de obras públicas de infraestructura, el Comité Especial constituido a propuesta de COPRI convocará a Licitación Pública Especial o a Concurso de Proyectos Integrales, según sea el caso.

En ambos casos, la Convocatoria deberá publicarse en el Diario Oficial El Peruano y en dos diarios de circulación nacional por dos (2) días consecutivos, debiendo mediar entre la segunda publicación y la fecha límite para la presentación de las propuestas, por lo menos, 30 días;⁶⁰ si se trata de una Licitación o de un Concurso Internacional, la convocatoria podrá publicarse también en los diarios de los países en los cuales podrían existir interesados en la concesión.

En el lapso de tiempo existente entre la publicación de la Convocatoria y la fecha de recepción de propuestas, los postores pueden formular consultas o pedir aclaraciones sobre las Bases de la Licitación o Concurso. El Comité Especial deberá absolver las consultas o aclaraciones y poner dicha absolución a disposición de los postores a más tardar quince (15) días calendario antes de la fecha del Acto de Recepción de Propuestas.⁶¹

Se ha contemplado la posibilidad de que la formulación de consultas o la solicitud de aclaraciones pueda, eventualmente, dar lugar a que, en respuesta a las mismas, se efectúen modificaciones en las Bases de la Licitación o Concurso. Estas eventuales modificaciones, junto con las respuestas a las solicitudes y aclaraciones que no impliquen una modificación de las Bases, también forman parte de las Bases de la Licitación o Concurso.⁶²

4. Recepción de Propuestas

El acto de Recepción de Propuestas (referidos al objeto a licitarse o los Proyectos Integrales, ya sea que se trate de una Licitación Pública Especial o de un Concurso de Proyectos Integrales) se realizará en el lugar, día y hora fijados en la Convocatoria,⁶³ con la intervención de un Notario Público designado para tal efecto. El acto es público, e intervendrán en el mismo los miembros del Comité Especial constituido a propuesta de COPRI, y un Notario Público, quien certificará la documentación presentada y dará fe de dicho acto.⁶⁴

Las propuestas se presentarán a la mano y en sobre cerrado. Terminado el acto de recepción de propuestas, se levantará un acto que será firmado por los miembros del Comité Especial, el Notario Público y los postores que deseen hacerlo.⁶⁵

5. Evaluación de las Propuestas

El Comité Especial evaluará las propuestas presentadas, teniendo en consideración, lo siguientes criterios:⁶⁶

60 Artículo 26^o del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, y artículo 14^o del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 06-96-PCM.

61 Primer párrafo del artículo 15^o del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

62 Segundo párrafo del artículo 15^o del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

63 Al respecto, cabe decir que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 17^o del Reglamento del TUO, el Comité Especial, con aprobación de COPRI, podrá postergar la fecha del Acto de Recepción de Propuestas indicado en la convocatoria, debiendo proveer, a efectos de la publicación de la nueva fecha, de modo similar al de la publicación de la Convocatoria. Aunque no está contemplado de modo expreso, puede sostenerse que uno de los motivos que podrían dar lugar a la postergación de la fecha del Acto de Recepción de Propuestas, es la eventual modificación de las Bases como consecuencia de la absolución de una consulta o de un pedido de aclaración por parte de los postores, ya que tal situación comportaría la necesidad, por parte de los mismos, de un plazo adicional para el examen de las Bases en la parte afectada por la modificación.

64 Artículo 26^o del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, y artículo 16^o del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM.

65 Artículos 18^o y 19^o del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM.

66 Artículo 25^o del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, y artículo 20^o del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM.

- a) El nivel tarifario y su estructura de ser el caso;
- b) El plazo de otorgamiento de la concesión;
- c) La oferta financiera;
- d) Los ingresos garantizados por el Estado;
- e) El compromiso de riesgo asumido por el oferente, respecto del costo del proyecto y los riesgos en la explotación;
- f) La fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión, de ser el caso;
- g) Otros servicios adicionales, útiles y necesarios;
- h) Las condiciones técnicas;
- i) Los pagos que pudiera realizar el concesionario a favor del Estado;
- j) Consideraciones de carácter ambiental y ecológicas;
- k) Otros establecidos en las bases.

6. Otorgamiento de la Concesión

Realizada la evaluación de las propuestas, de acuerdo a los criterios reseñados en el acápite anterior, el Comité Especial otorgará la concesión al titular de la propuesta que, por acuerdo del referido Comité, se hubiera reputado como más conveniente. Dicho acuerdo será comunicado a los postores en la fecha establecida en las Bases. El otorgamiento de la concesión se realizará mediante acto público, el mismo que contará con la presencia de un Notario Público.⁶⁷

En lo que respecta a las obras públicas de infraestructura referidas a vías urbanas interprovinciales e interdistritales, la entrega en concesión de las mismas al sector privado por parte de COPRI deberá efectuarse en coordinación con las Municipalidades respectivas.⁶⁸

7. Garantías que debe prestar el adjudicatario de la Concesión

Toda vez que el procedimiento de otorgamiento de la concesión haya concluido, el adjudicatario deberá prestar garantía suficiente que asegure la correcta ejecución de la obra pública de infraestructura vial. Dicha garantía pueda ser personal o real, y su naturaleza y cuantía se determinarán en las bases de la Licitación o Concurso de Proyectos Integrales respectivo.⁶⁹

8. Celebración del Contrato de Concesión

El otorgamiento de la Concesión comportará la celebración del Contrato de Concesión entre el Estado y el adjudicatario de la Concesión (quien se denominará, en adelante, "el Concesionario"). Los términos y condiciones propuestos en la oferta del adjudicatario de la concesión serán incorporados al Contrato de Concesión.⁷⁰

VII. GARANTÍAS PARA LA INVERSIÓN PRIVADA

El régimen de concesiones actualmente vigente otorga una serie de garantías a efectos de estimular la inversión privada. Las garantías a las que se ha hecho mención, las mismas que resultan perfectamente aplicables a las concesiones en materia de obras públicas de infraestructura vial, son las siguientes:

1. Cláusulas indemnizatorias

De acuerdo a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 17° del TUO, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, se ha establecido la posibilidad de que los contratos de concesión incluyan cláusulas que estipulen una indemnización a favor del concesionario en cualquiera de los siguientes supuestos, en los que el Estado, por causalina establecida en los artículos 38° y 39° del TUO:

- a) Suspenda la concesión.
- b) Deje sin efecto la concesión.
- c) Modifique la concesión.

La posibilidad de establecimiento de las mencionadas cláusulas, otorga protección a los particulares adjudicatarios contra posibles actos estatales que, promovidos arbitrariamente o por posteriores cambios en su orientación política, eventualmente puedan afectar contra la concesión otorgada, durante el periodo de vigencia de la misma. Del mismo modo, constituye una suerte de estímulo a la inversión privada.

Las cláusulas indemnizatorias establecidas en el contrato de concesión respectivo, serán garantizadas, a solicitud del concesionario, a través de un contrato celebrado entre éste último y el Estado; lo que constituye un mecanismo que refuerza la ejecutabilidad de las referidas cláusulas.

⁶⁷ Artículo 22° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-96-PCM.

⁶⁸ Primera Disposición Final del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

⁶⁹ Artículo 28° del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 040-96-PCM.

⁷⁰ Límite párrafo del artículo 25° del TUO (aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM (párrafo agregado por la Ley N° 26885, Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos).

2. Posibilidad de acudir a los mecanismos de arbitraje, nacional o internacional

De acuerdo a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 17° del TUO, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, y en concordancia con lo dispuesto por el artículo 63° de la Constitución Política, el Estado podrá someter las controversias de carácter patrimonial, derivadas de las concesiones en materia de obras públicas de infraestructura vial, al arbitraje nacional o internacional. Esto posibilita el que las controversias a las que se ha hecho mención, que eventualmente surjan, sean resueltas a través de un mecanismo de solución de conflictos, alternativo al Poder Judicial, evitando el tránsito de las mismas por la jurisdicción ordinaria, que puede ocasionar perjuicios por el transcurso del tiempo durante el trámite del proceso.

3. Posibilidad de solicitar la revisión de los sistemas de recuperación de las inversiones y la fórmula de reajuste

El particular concesionario de las obras públicas de infraestructura vial, cuando median causas sobrevinientes al contrato de concesión que así lo justifiquen, tiene la posibilidad de solicitar:

- a) La revisión del sistema de tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones.
- b) La revisión de la fórmula de reajuste de los sistemas de recuperación de las inversiones.

Esto resulta positivo, tomando en cuenta que, durante la ejecución del contrato de concesión, puede surgir un hecho que determine que el sistema de recuperación de las inversiones previsto o la fórmula de reajuste, no permitan al particular recuperar la inversión realizada en el plazo y monto originalmente previstos y proyectados en el contrato de concesión.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 18° del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, los bases de la Licitación Pública Especial o del Concurso de Proyectos Integrales, según sea el caso, establecerán la forma y el plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión a la que se ha hecho referencia.

4. Extensión del plazo de duración de los Convenios de Estabilidad Jurídica

El plazo de los convenios de estabilidad jurídica, que se pacten para los contratos de concesión de obras públicas de infraestructura, se extienda por todo el plazo de duración de la concesión, de acuerdo a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 19° del TUO, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM. Consideramos, en principio, positiva esta disposición, ya que,

tomando en consideración que el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 662 establece inicialmente un plazo de 10 años de vigencia para los convenios de estabilidad jurídica (lo que resulta atractivo a la inversión privada en materia de obras públicas de infraestructura que se traduzca en contratos de concesión con un plazo superior a los 10 años), la citada norma del artículo 19° del TUO permite extender el plazo de los referidos convenios de estabilidad por el plazo del contrato de concesión, que en la práctica, suele exceder los 10 años.

Tanto el Decreto Legislativo N° 662 como el Decreto Legislativo N° 757, contemplan una serie de garantías a ser otorgadas por los particulares que soliciten la suscripción de los citados convenios, las mismas que deberán prestarse en un plazo máximo de dos (2) años, a partir de la celebración del convenio. De acuerdo a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 19° del TUO, aprobado por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, el plazo para el otorgamiento de las garantías, y el contenido de las mismas se determinará en cada contrato de concesión, lo que flexibiliza el sistema, permitiendo su adaptación a las particulares circunstancias que presente cada contrato de concesión.

VIII. INICIATIVA DE LOS PARTICULARES EN EL PROCESO DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA

La iniciativa de los particulares en el proceso de promoción de la inversión privada, se encuentra reconocida en el actual ordenamiento. En tal sentido, el artículo 40° del TUO, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, establece la posibilidad de que las personas jurídicas, nacionales o extranjeras, puedan presentar Incentivos generales de proyectos integrales al Estado. No obstante, debe tenerse en cuenta que:

- a) Los Incentivos generales de proyectos integrales sólo pueden presentarse ante COPRI.
- b) Los Incentivos generales de proyectos integrales presentados por particulares tienen como finalidad principal el informar a COPRI sobre posibles obras públicas de infraestructura o de servicios susceptibles de entregarse en concesión al sector privado.
- c) La presentación de los referidos Incentivos generales de proyectos integrales, será tomada en cuenta sólo a modo de sugerencia.

Los Incentivos generales de proyectos integrales que sean presentados por los particulares al Estado serán analizados por el respectivo Comité Especial de COPRI. Si dicho Comité emite una opinión favorable sobre la propuesta (a mérito que puede, eventualmente, incluir la introducción de las ampliaciones o modificaciones que el Comité estima pertinentes), los indica-

dos proyectos podrán sujetarse, eventualmente, a los procesos de promoción de la inversión privada.

No obstante lo expresado en el acápite anterior, es necesario tomar en cuenta que la recepción, análisis, ampliaciones o modificaciones y decisiones que sobre tales sugerencias presentadas por particulares pueda adoptar COPRI, no establecen compromiso alguno de dicha Comisión para con las personas que presentaron la sugerencia respectiva en futuras convocatorias a Licitación o Concurso, sin perjuicio de que la presentación de iniciativas por parte de los particulares constituye un positivo apoyo al Estado en el proceso de promoción de la inversión privada.

IX. EL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN MATERIA DE OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA VIAL: LA MISIÓN DE OSITRAN

De acuerdo a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 25° del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM,⁷¹ el organismo regulador correspondiente velará que se cumplan los términos y condiciones propuestas en la oferta del adjudicatario del respectivo Concurso o Licitación Pública, los que se incorporarán en el Contrato de Concesión.

La Concesión es uno de los mecanismos empleados en la actualidad para la promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura. Mediante este mecanismo, el Estado delega la ejecución y/o la explotación de las obras públicas de infraestructura en entidades privadas, asignándoles al efecto un régimen jurídico bajo el cual debe registrarse dicha actuación.⁷² Sin embargo, el Estado no se limita a establecer el marco normativo para la ejecución y/o la explotación de la obra. El Estado, además, se ocupa de controlar la actividad que desarrollen los concesionarios de las obras públicas de infraestructura, esto es, ejerce una supervisión de la ejecución y/o explotación de la obra pública que haya delegado en particulares.

Este poder de controlar del Estado, es un poder originario, por cuanto que, aún cuando la ejecución y/o explotación de la obra pública de infraestructura se delegue en particulares, la obra ejecutada y/o explotada conserva la calidad de obra pública, cuyo titular es el Estado, porque la disposición de su ejecución y/o explotación obedece a los lineamientos establecidos a efectos de alcanzar los objetivos estatales en la sociedad.

Tal como lo ha establecido el último párrafo del artículo 25° del TUO aprobada por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, el control sobre el cumplimiento del contrato de concesión en materia de obras públicas de infraestructura, no es desempeñado por el Estado de modo directo. Para realizar tal cometido, el Estado se vale de entes descentralizados en los cuales delega el ejercicio de la función de control. Estos entes descentralizados son conocidos como "Organos de Control" o "Entes Reguladores".

En materia de obras públicas de infraestructura nacional de transporte pública,⁷³ el Ente Regulador encargado es el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN.

La misión de OSITRAN es la de regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras,⁷⁴ así como el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios (en el marco de las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción), a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura nacional de transporte de uso público.⁷⁵

De acuerdo a tal misión, los objetivos perseguidos por OSITRAN, son los siguientes:⁷⁶

- Velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte.

⁷¹ Párrafo agregado por la Ley N° 26885, Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos.

⁷² De acuerdo a lo dispuesto en el segundo y tercer párrafos del artículo 3° del Reglamento del TUO, aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM, debe entenderse por ejecución de la obra pública, su construcción, reparación y/o ampliación. Por lo que respecta a la explotación de la obra pública, cabe tener presente que lo mismo comprende: a) la prestación de los servicios complementarios para los que fue otorgada en concesión; b) el mantenimiento de la obra; c) el pago de tarifas, precios, peajes u otros pagos pactados en el contrato de concesión, que realizarán los usuarios como retribución por los servicios complementarios recibidos.

⁷³ De acuerdo a lo dispuesto por el numeral 3.2 del artículo 3° de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, deberá entenderse por infraestructura nacional de transporte de uso público: a) infraestructura aeroportuaria; b) infraestructura portuaria; c) infraestructura férrea; d) red vial nacional y regional (con excepción de la infraestructura vial urbana); e) otras infraestructuras públicas de transporte.

⁷⁴ De acuerdo a lo dispuesto por el numeral 3.2 del artículo 3° de la Ley N° 26917, se entiende por Entidades Prestadoras a aquellas empresas o grupo de empresas, públicas o privadas, que realizan actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público.

⁷⁵ Numeral 2.1 del artículo 3° de la Ley N° 26917.

⁷⁶ Artículo 5° de la Ley N° 26917.

- b) Velar por el cumplimiento del sistema de tarifas, peajes u otros cobros similares que OSITRAN fije o se deriven de los respectivos contratos de concesión.
- c) Resolver o contribuir a resolver las controversias de su competencia que puedan surgir entre las Entidades Prestadoras.
- d) Fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública por parte de las Entidades Prestadoras, en beneficio de los usuarios, en estrecha coordinación con el Instituto de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI.

Facultades de OSITRAN

De acuerdo a lo dispuesto por el numeral 6.1 del artículo 6° de la Ley N° 26917, OSITRAN ejerce las siguientes facultades o atribuciones: a) Facultad Regulatoria y Normativa; b) Facultad Fiscalizadora; c) Facultad de Resolución de Controversias.

1. Facultad Regulatoria y Normativa

Las facultades regulatorias y normativas de OSITRAN comprenden la potestad exclusiva de dictar, en el ámbito de su competencia, reglamentos autónomos y otras normas,⁷⁷ referidos a las siguientes materias:

- Tarifas, peajes y otros cobros similares, así como establecer reglas claras y precisas para su correcta aplicación, revisión y modificación en los casos que corresponda.⁷⁸ OSITRAN ejercerá su función regulatoria y normativa en este caso, sólo cuando no exista competencia en el mercado.
- Coordinación de las relaciones entre distintas Entidades Prestadoras y otros agentes vinculados a la actividad.⁷⁹
- Directivas procesales para la atención de reclamos de los usuarios.⁸⁰

- Intereses, obligaciones o derechos de las Entidades Prestadoras o de los usuarios.⁸¹

2. Facultad Fiscalizadora

En líneas generales, la facultad de fiscalización consiste en la verificación del cumplimiento, por parte de los concesionarios, de las normas que regulan la ejecución y/o explotación de las obras públicas de infraestructura. El ejercicio de esta facultad comprende lo siguiente:

- Administración, fiscalización y supervisión de los contratos de concesión.⁸²
- Velar por el cumplimiento de las normas sobre contaminación ambiental en la explotación de la infraestructura pública de transporte, con excepción de aquellos aspectos que por ley corresponden al ámbito de responsabilidad de otras autoridades.⁸³
- Adaptar las medidas correctivas y aplicar sanciones sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas.⁸⁴

3. Facultad de Resolución de Controversias

De acuerdo a lo dispuesto por el numeral 6.4 del artículo 6° de la Ley N° 26917, la facultad de resolver controversias comprende la posibilidad de conciliar intereses contrapuestos, reconociendo o desestimando los derechos invocados. En virtud de ello se aprecian las siguientes funciones:

- El Tribunal de OSITRAN es el encargado de resolver, en última instancia administrativa, las controversias que se suscitan entre los Entidades Prestadoras y los usuarios.⁸⁵
- Actuar como institución organizadora de los arbitrajes que deban resolver los controversias entre los operadores, empresas prestadoras, de éstas entre sí, y las de carácter patrimonial que pudieran surgir entre el Estado y los Concesionarios.⁸⁶

⁷⁷ Numeral 6.2 del artículo 6° de la Ley N° 26917.

⁷⁸ Literal d) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley N° 26917.

⁷⁹ Literal m) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley N° 26917.

⁸⁰ Literal a) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley N° 26917.

⁸¹ Numeral 6.2 del artículo 6° de la Ley N° 26917.

⁸² Literal c) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley N° 26917.

⁸³ Literal d) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley N° 26917.

⁸⁴ Literal c) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley N° 26917. No obstante que consideramos que dicha función debería ser tratada como una facultad derivada de la facultad de fiscalización (y no así, como una facultad sancionadora), el numeral 6.3 del artículo 6° de la Ley N° 26917, establece de manera expresa que la atribución fiscalizadora de OSITRAN comprende la potestad de imponer sanciones a las Entidades Prestadoras por el incumplimiento de las normas aplicables a las obligaciones contenidas en los contratos de concesión y a las licencias correspondientes.

⁸⁵ Numeral 13.1 del artículo 13° de la Ley N° 26917.

⁸⁶ Literal b) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley N° 26917.