

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



**PROGRAMA DE SEGUNDA ESPECIALIDAD EN DERECHO  
ADMINISTRATIVO**

**EL INTERÉS PÚBLICO COMO CAUSAL DE RESOLUCIÓN DE LOS  
CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS**

**Trabajo Académico para optar el Grado de Segunda Especialidad en Derecho  
Administrativo**

**Autor:** Carlos Alberto Peña Salas

**Asesora:** Janeyri Elizabeth Boyer Carrera

**Código de alumno:** 20095571

**2017**

## **RESUMEN**

En el sistema de contratación estatal se evidencia la presencia de ciertas prerrogativas exorbitantes a favor de la Administración Pública, materializadas mediante “cláusulas exorbitantes” que demostrarían la superioridad jurídica del Contratante Estatal como garante del interés público. Ante ello, un sector de la doctrina ha manifestado que las “cláusulas exorbitantes” como la *potestas variandi* o la resolución unilateral son implícitas, por lo tanto, no es necesario que estén incluidas en el cuerpo general del contrato administrativo. Sin embargo, el presente trabajo académico, además de ofrecer importantes alcances conceptuales sobre la materia, tiene por finalidad estipular algunas consideraciones sobre la figura de la resolución unilateral en los contratos de concesión de servicios públicos, debido a que no existen prerrogativas exorbitantes de manera implícita, estas deberán tener un fundamento normativo y contractual de forma obligatoria. La razón de ello es que nuestro ordenamiento legal está guiado por directrices como la seguridad jurídica, donde la Administración Pública deberá actuar sujeto a criterios de razonabilidad, bajo los límites de los derechos fundamentales de iniciativa privada, libertad de empresa, contratación y propiedad privada, consagrados para los concesionarios.

## **SUMARIO**

**1.** Introducción **2.** Prerrogativas en los Contratos de Concesión de Servicios Públicos **3.** La Aplicación de la noción del Interés Público **4.** La Resolución Unilateral del Contrato en base al Interés Público **5.** Conclusiones **6.** Bibliografía

## **1. INTRODUCCIÓN**

En las últimas décadas, hemos podido visualizar como la Administración Pública necesita de la colaboración efectiva de los particulares para llevar a cabo diversas actividades que le son inherentes. Ello no sólo porque es materialmente difícil desarrollarla por sí misma, sino también debido a su disminuida capacidad económica. Es por eso que la concesión administrativa funciona como el medio más eficaz para otorgar a los particulares ciertos servicios de interés general que la propia Administración Pública no está en condiciones de prestar.

Por consiguiente, la Administración Pública interviene dinámicamente en la regulación de los contratos administrativos, bajo una condición privilegiada que no se encuentra presente en otro tipo de contratos bajo el derecho privado. Estas facultades se materializan en la creación de cláusulas exorbitantes a favor de la Administración Pública, donde se aprecian amplios poderes sobre el concesionario, estando obligado el contratista a respetar las decisiones basadas en el interés público que pudieran ser dictadas por su contraparte.

Entendemos que la resolución unilateral de un contrato de concesión es una de estas cláusulas exorbitantes previstas. Ahora bien, debemos reconocer que todo título habilitante tiene un valor económico innato, por lo que su pérdida podría afectar la situación financiera del concesionario. No cabe duda que un elemento clave para la seguridad jurídica es determinar si la Administración Pública ostenta la facultad de resolver unilateralmente un contrato de concesión de servicios públicos. Es por ello que nuestra investigación adquiere real importancia para establecer claramente las potestades de la Administración Pública frente al concesionario.

En base a lo mencionado anteriormente, nuestra motivación para desarrollar este estudio nace con nuestra curiosidad por los servicios públicos. Siendo su conceptualización una de las más discutidas en la doctrina administrativa, hemos investigado los diversos intentos por redefinirla o la tentación definitiva de abandonarla. Sin embargo, su carácter esencial es innegable. Es decir, su naturaleza como actividad necesaria para la vida en sociedad que es indispensable para la satisfacción de necesidades básicas, contribuyendo a mejorar la dignidad y calidad de vida de las personas. De ahí que nuestra animosidad por descubrir su correcta aplicación, nos estimula a trabajar un aspecto como los contratos de concesión de servicios públicos.

La hipótesis que demostraremos al concluir el informe será que la Administración Pública sí tiene la potestad de resolver unilateralmente un contrato de concesión de servicios públicos, pero bajo dos condiciones: (i) Siempre que el interés público así lo justifique, y (ii) Cuando esté prevista claramente en una de las cláusulas del contrato o en una norma legal habilitante. En ese sentido, el interés

público deberá ser acreditado en el caso concreto, mediante hechos objetivos que brinden respaldo a la actuación de la Administración Pública. De lo contrario, nos encontraremos ante una decisión arbitraria e inclusive, hasta ilegal.

Hemos adoptado este enfoque porque consideramos que el interés público no puede ser interpretado libremente por la Administración Pública, debido a que ello supone la tentación de favorecer siempre a su institución. Así como tampoco puede ser simplemente entendido como un concepto jurídico indeterminado sin una aplicación específica, puesto que para que un simple interés sea calificado como un interés público debe comprender las siguientes características: contenido concreto, actual, personal y relacionado a derechos subjetivos.

Finalmente, el aporte de nuestra exposición logrará un mejor entendimiento a las instituciones que rodean a los contratos de servicios públicos. En otras palabras, se podrá identificar como la actuación de la Administración Pública, a pesar de gozar de una posición diferente con respecto al concesionario, tiene límites. Siendo la más importante de ellas, la debida motivación de sus decisiones, además del respecto a los derechos adquiridos por el particular.

## **2. PRERROGATIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS**

En la actualidad, la Administración Pública necesita de la participación efectiva de los particulares para realizar varias atribuciones que le son innatas. En ese sentido, uno de los medios más comunes por el cual la Administración Pública se relaciona con los particulares para lograr su colaboración, es a través de la suscripción de contratos de concesión.

Acorde con ello, la concesión administrativa se convierte en el medio más eficiente para entregar a los particulares ciertas actividades de interés general que la propia Administración Pública no está en condiciones de efectuar. Ahora bien, en las concesiones se usa o aprovecha bienes de dominio público de la nación, y en otros casos se faculta el desarrollo de un servicio público determinado, adquiriendo un nuevo derecho a favor del concesionario.

Conforme a esta diferenciación, la concesión administrativa para el autor SERRA ROJAS:

*“es un acto administrativo por medio del cual, la Administración Pública Federal, confiere a una persona una condición o poder jurídico para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público, de bienes del*



*Estado o los privilegios exclusivos que comprenden la propiedad industrial*<sup>1</sup>.

En la misma línea de pensamiento, el autor MAYER señala que la concesión es “*el acto administrativo por el cual se da poder a un individuo sobre una parte de la administración pública*”<sup>2</sup>. De esta manera, los derechos derivados de una concesión son personalísimos y el concesionario está obligado a ejecutarlos por sí mismo o vigilar estrechamente su ejercicio.

Por lo que se refiere al contrato de concesión de servicios públicos, la Administración Pública otorga por un determinado periodo de tiempo el manejo de un servicio público reservando la titularidad del mismo, pero asumiendo una función de regulación e intervención en caso el interés público lo demande.

En palabras del autor DROMI, la “*concesión de servicio público es un contrato por el que el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública, la organización y el funcionamiento de un servicio público*”<sup>3</sup>. Por ello, la concesión de un servicio público se concede en función de un interés público legítimo. Como define el autor ZEGARRA, “*el mecanismo de la concesión establece una relación jurídica subordinada al interés público*”<sup>4</sup>.

Por ello, debemos tener en consideración que, para una apropiada prestación de servicios públicos, el autor ABRUÑA menciona que la autorización no sería el título habilitante adecuado, puesto que:

*“Es una técnica de control en virtud de la cual se levanta a un sujeto la prohibición inicial e instrumental del ejercicio de un derecho tras verificarse que se cumplan con las condiciones legales o reglamentarias establecidas, por lo que no es una técnica adecuada para otorgar la prestación de servicios públicos o el ejercicio de función administrativa, que comportan efectos constitutivos y no meramente declarativos”*<sup>5</sup>.

De ahí que, de acuerdo con el autor MARTIN, también consideramos a la concesión como el título habilitante por antonomasia que permite a “*la empresa concesionaria presta[r] un Servicio Público cuya titularidad la tenía reservada el*

---

<sup>1</sup> SERRA ROJAS, Andrés citado por CALAFELL, Jorge E. “Teoría General de la Concesión”. En: *Anuario Jurídico de Derecho*. Ciudad de México, 1996, No. 26, p. 215.

<sup>2</sup> MAYER, Otto citado por CALAFELL, Jorge E. *Ibidem*.

<sup>3</sup> DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 1992, pp. 489 - 490.

<sup>4</sup> ZEGARRA VALDIVIA, Diego citado por TRELLES DE BELAUNDE, Óscar. “El Contrato Administrativo, el Contrato-Ley y los Contratos de Concesión de Servicios Públicos”. En: *Themis*. Lima, 2002, No. 44, p. 246.

<sup>5</sup> ABRUÑA PUYOL, Antonio. “¿Pueden ser administraciones públicas las personas jurídicas bajo régimen privado?”. En: *Derecho Administrativo Contemporáneo*. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo. Lima, 2007, p. 132.

*Estado*<sup>6</sup>. Este mecanismo coadyuva a la formulación de una compatibilidad entre la concepción del “Estado como titular de dichas actividades y, de otra, que el Estado puede gestionarlos indirectamente a través del concurso de particulares, de manera que lo que la Administración cede en la concesión no es la titularidad de la actividad, sino su ejercicio”<sup>7</sup>.

Por esto el autor DROMI señala expresamente que la “concesión de servicio público es un contrato administrativo”<sup>8</sup>. Entonces, los contratos de concesión de servicios públicos son contratos administrativos específicamente por razón de su objeto contractual, el cual será indiscutiblemente administrativo al tener por finalidad satisfacer una necesidad de interés público. Por ello, el contenido del contrato de concesión es “la organización y el funcionamiento de un servicio público”<sup>9</sup>. De esta manera, la Administración Pública ostenta los mismos especiales poderes constituidos que en los contratos administrativos generales.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los contratos de concesión, somos de la opinión concordante con los autores ACOSTA ROMERO<sup>10</sup> y MARTIN<sup>11</sup> al postular que la concesión adquiere una triple dimensión:

- i. Es un acto administrativo discrecional otorgado por una autoridad administrativa competente a un particular para utilizar bienes del Estado o explotar un servicio público, dentro de los límites establecidos por la ley.
- ii. Es un procedimiento específico determinado por la Administración Pública para conceder la concesión, regulando la utilización de la misma frente a los usuarios.
- iii. Es un contrato o documento formal que contiene el acto administrativo en el que se estipula la concesión.

---

<sup>6</sup> MARTIN TIRADO, Richard. “Los Actos Administrativos en el Régimen de las Personas Jurídicas del Régimen Privado”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2012, No. 12, p. 174.

Sobre la intervención de un operador privado en un servicio público por medio de un título habilitante, el autor SÁNCHEZ MORÓN ha indicado que: “En cualquier caso, la declaración formal de una actividad como servicio público, incluso mediante reserva de la misma al sector público, no significa que no puedan intervenir en su prestación o gestión las empresas privadas. Pueden hacerlo, pero no libremente o por iniciativa propia, sino en virtud de un título habilitante que otorga la Administración titular del servicio. Este título puede ser un verdadero contrato de gestión de servicios públicos, como es regla general, o algunas autorizaciones especiales”. Véase: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo*. Parte General. Madrid: Editorial Tecnos, 2014, p. 799.

<sup>7</sup> ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “Del Servicio Público a los Servicios de Interés General: La Evolución del Service Public en el Sistema Jurídico”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2012, No. 12, p. 16.

<sup>8</sup> DROMI, José Roberto. Óp. cit. pp. 492 - 493.

<sup>9</sup> Ídem. pp. 489 - 490.

<sup>10</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel citado por CALAFELL, Jorge E. Óp. cit. p. 216.

<sup>11</sup> MARTIN TIRADO, Richard. Óp. cit. p. 173.

En vista de esta teoría, la naturaleza jurídica de la concesión visualizada únicamente como un contrato o un acto unilateral ha sido superada. En la actualidad se identifica a la concesión como un acto mixto, solución que tendría su origen en el derecho francés.

Por otro lado, debemos mencionar que en el ámbito particular de la contratación pública no podemos trasladar directamente principios del derecho privado. Por ello, en el Derecho Administrativo rige como principio rector el interés público, el cual contiene al interés particular, ocasionando que las partes en la relación jurídica sean desiguales, debido a que el Estado podrá “*decidir modificar una relación contractual específica cuando las circunstancias de urgencia así lo requieran*”<sup>12</sup> para tutelar el interés público de la comunidad.

De esta manera, la Administración Pública interviene activamente en la regulación de los contratos administrativos, bajo una condición privilegiada que no se encuentra presente en otro tipo de contratos bajo el derecho privado. Estas facultades conllevan a la creación de cláusulas exorbitantes a favor de la Administración Pública, “*mediante las cuales el Estado en ocasiones muy definidas puede realizar la modificación unilateral de los contratos que haya celebrado con los particulares, como es el caso de los contratos de concesión de obras y servicios públicos*”<sup>13</sup>.

Estas cláusulas exorbitantes demuestran la superioridad jurídica de la Administración Pública contratante sobre el concesionario, pues es el garante del interés público en la relación contractual. En otras palabras, las cláusulas exorbitantes son instrumentos garantistas del interés público que se circunscribe al objeto del contrato, mediante la cual se evidencian las atribuciones de “poder”, “privilegios” y/o “actuaciones unilaterales” de la Administración Pública frente a su contraparte, quien evidentemente estará en una situación de subordinación y desventaja jurídica respecto a las cláusulas exorbitantes o al pliego normativo que les atribuye dicho poder contractual.

En particular, una de las características de los contratos administrativos es el ejercicio de la *potestas variandi*. Por medio de esta facultad, la Administración Pública contratante podrá variar los términos y contenidos del contrato, basado en razones de interés público, debido a causas imprevista o nueva necesidades requeridas, con la finalidad de poder cumplir con el objetivo del contrato respectivo. Ahora bien, “*esta modificación unilateral debe encontrarse debidamente fundamentada y/o justificada, ya que el hecho de que se permita tal*

---

<sup>12</sup> CÉSPEDES ZAVALETA, Adolfo. “La potestas variandi de la Administración Pública en los Contratos de Concesiones de Obras y Servicios Públicos”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2006, No. 01, p. 204.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

*potestad, ello no quiere decir que la misma deba ejecutar sin ningún motivo o impulso que la determine*<sup>14</sup>, para evitar la arbitrariedad en desmedro del contratista o -inclusive- de la seguridad jurídica imperante.

Es así como, de acuerdo al principio de legalidad, resulta trascendental que la norma que autorice y/o la cláusula exorbitante que la contiene, desarrolle el procedimiento o metodología a seguir, con la finalidad de restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato o en el peor escenario, indemnizar adecuadamente al contratista. El autor HUAPAYA sostiene que la *potestas variandi* permite,

*“modificar el contrato, bien porque haya sido mal estructurado, por dificultades técnicas imprevistas (sobrevinientes) o por resultar más conveniente lo modificado al interés público, entre otras causas, siempre, en atención a lo prescrito en el respectivo contrato que, por lo general, plasma el respectivo procedimiento y habilitado por el régimen legal”*<sup>15</sup>.

De esta manera, esta potestad tiene mayor injerencia en contratos de larga duración, como son los contratos de concesión de servicios públicos, sujeta a adaptaciones en el periodo contractual.

Es importante mencionar que el autor CASSAGNE sostiene que la *potestas variandi* es una facultad irrenunciable de la Administración Pública,

*“el cual configura un principio general de la contratación administrativa, que integra el llamado régimen exorbitante. En esa misma línea, el ius variandi no emana del contrato (los contratos públicos no son fuentes de potestades), sino del ordenamiento vigente, como regla que se consume del ejercicio de la prerrogativa modificatoria”*<sup>16</sup>.

Por ende, la *potestas variandi* podrá ser invocada exclusivamente cuando el interés público o el objeto del contrato, así lo demanden. Además, la Administración Pública contratante podrá ejercer dicha prerrogativa siempre que el ordenamiento jurídico lo permita. Ahora bien, la *potestas variandi* no surge “de lo estipulado en el contrato sino del ordenamiento legal como una regla

---

<sup>14</sup> HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Potestades y prerrogativas en los contratos públicos en el Derecho peruano: bases para su caracterización en el Ordenamiento Jurídico peruano”. En: CONGRESO NACIONAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Aportes para un Estado eficiente: Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra, 2012, p. 547.

<sup>15</sup> Ídem. p. 548.

<sup>16</sup> CASSAGNE, Juan Carlos citado por HUAPAYA TAPIA, Ramón. Ídem. p. 549.



*general*<sup>17</sup>. Esta prerrogativa es la verdadera peculiaridad del régimen de contratación administrativa.

Otra cláusula exorbitante incluida en los contratos administrativos es el poder de resolución unilateral<sup>18</sup>. En ese sentido, esta facultad es irrenunciable y podrá ser ejercido por la Administración Pública de manera directa, sin ser necesaria la intervención de un órgano judicial. El único requisito esencial, como expone el autor DROMI es que “*se funde en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o sea, por causas relativas al interés público*”<sup>19</sup> [El énfasis es agregado].

Esta potestad exorbitante deberá ejecutarse dentro de los límites que establezca el ordenamiento jurídico vigente, el cual habilitará su utilización de forma expresa en atención al principio de legalidad, “*con lo cual entenderemos que sólo podrá ser utilizada cuando se prevea legislativamente, y nunca como una potestad implícita o subrepticia*”<sup>20</sup>. De la misma manera que en el ejercicio de la *potestas variandi*, el interés público resulta ser el eje central de esta otra potestad, la cual determinará la extinción de la relación contractual.

Como se puede apreciar, los poderes de la Administración Pública sobre el concesionario son amplios, estando obligado el contratista a respetar las modificaciones esenciales basadas en el interés público que pudieran ser dictadas por su contraparte. Ante esto, la doctrina reconoce que el concesionario únicamente tendría derecho a “*reclamar una retribución económica razonable y el mantenimiento de la ecuación financiera del contrato*”<sup>21</sup>.

Es así que la Administración Pública podría actuar en base a las cláusulas exorbitantes de un contrato administrativo cuando aprecie incompatibilidad u oposición entre los efectos que produce este y el interés público tutelado. En otras palabras, el interés público será “*el único supuesto que permite la legislación para*

---

<sup>17</sup> CÉSPEDES ZAVALA, Adolfo. Óp. cit. p. 209.

<sup>18</sup> A pesar de ser similares, debemos diferenciar la resolución unilateral por razones de interés público del «rescate». De esta manera, el autor AGUILAR menciona que: En “*el rescate, a diferencia de este último supuesto [resolución unilateral], no supone la extinción de la prestación del servicio o de la gestión de una infraestructura, sino la reasunción de su gestión o explotación por el propio Estado (...) La diferencia es relevante en tanto que mientras que en el rescate se justifica la incautación de los activos afectados al servicio, no ocurre lo mismo, como principio, en la revocación por razones de interés público en la medida en que aquí se suprime la respectiva actividad, desapareciendo la necesidad pública que originó la prestación del servicio o explotación de la infraestructura*”. Véase: AGUILAR VALDÉZ, Óscar. “La extinción anticipada de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2007, No. 03, pp. 152 - 153.

<sup>19</sup> DROMI, José Roberto. Óp. cit. p. 398.

<sup>20</sup> HUAPAYA TAPIA, Ramón. Óp. cit. p. 550.

<sup>21</sup> CÉSPEDES ZAVALA, Adolfo. Óp. cit. p. 211.

*admitir la procedencia del ius variandi, dicho interés público se debe entender como una cláusula general, la cual será determinada en cada caso concreto*<sup>22</sup>.

Por lo tanto, el interés público se transforma en la principal razón que motiva a la Administración Pública a modificar o resolver lo inicialmente pactado con el concesionario, ello con “*la finalidad de proteger el interés de la comunidad en que la obra o servicio público sean prestados de la manera más eficiente y eficaz*”<sup>23</sup>, sin demoras perjudiciales para los usuarios o sin el peligro de causar mayores daños a la población.

Ahora bien, es innegable que la Administración Pública posee una libertad de apreciación política del tema, pero no una discrecionalidad absoluta. Por tanto, la *potestas variandi* o la potestad de resolución unilateral no pueden ser ejercidas de modo arbitrario, pues el ordenamiento jurídico también prevé como limitante el principio de inalterabilidad de los contratos.

Por consiguiente, la *potestas variandi* justificada en el interés público, será la única vía válida de modificación o resolución de los contratos de concesión. Es decir, “*la finalidad alegada por la administración comitente para hacer uso de esta facultad modificatoria debe ser objetiva, fundada, cierta y real, sólo justificada por el interés público*”<sup>24</sup>, el cual será delimitado por la misma Administración Pública que deberá preservarlo, pues si sobrepasa los límites establecidos, tiene que ser juzgada por los tribunales judiciales pertinentes.

### **3. LA APLICACIÓN DE LA NOCIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO**

Todo contrato administrativo tiene como finalidad la satisfacción directa de un fin público. Por lo tanto, en los contratos de concesión de servicios públicos, “*existe un interés trascendente a las partes que no es otro que el prestar en las mejores condiciones el mencionado servicio*”<sup>25</sup>. Este interés es un elemento trascendental en la construcción del Derecho Administrativo, pues su existencia sirve de factor de legitimación para todas las actuaciones administrativas sobre derechos subjetivos, como por ejemplo libertades económicas o dominios sobre la propiedad. Además, constituye un requisito fundamental de todo acto administrativo a través de la finalidad pública que busca perseguir.

No obstante, el interés público es un concepto jurídico indeterminado. Al respecto, el autor GARCÍA DE ENTERRÍA sostiene que los conceptos jurídicos indeterminados están relacionados a “*una esfera de realidad cuyos límites no*

---

<sup>22</sup> Ídem. p. 208.

<sup>23</sup> Ídem. p. 206.

<sup>24</sup> Ídem. p. 215.

<sup>25</sup> Ídem. pp. 205 - 206.



*aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta [la norma] delimitar un supuesto concreto*”<sup>26</sup>.

La indeterminación de los conceptos jurídicos ha sido estudiada innumerables veces por la doctrina, siendo básicamente considerada como un problema de interpretación jurídica. Palabras como «buenas costumbres», «buen padre de familia», «orden público» o «diligencia debida» han sido calificadas bajo este esquema. Por ello el autor RUBIO, considera que estos casos son *standards*. Es decir, “*normas de contenido variable, que dejan su materia a criterio discrecional del magistrado judicial, encargado en última instancia de resolver estos problemas*”<sup>27</sup>.

Sin embargo, la doctrina alemana establece que los conceptos jurídicos indeterminados y los *standards* son elementos distintos. Al igual que autores españoles como ARIÑO o MARTÍN GONZÁLEZ que distinguen “*entre «conceptos jurídicos indeterminados» (CJI) y conceptos abiertos o standards jurídico-políticos*”<sup>28</sup>.

En este confuso panorama de clasificaciones, propio de la Teoría General del Derecho, ocasiona que dichos conceptos se superpongan. “*Por citar un ejemplo, el concepto «servicio esencial» ha sido considerado tanto como cláusula general, como concepto abierto o standard jurídico-político y como CJI, sin que se llegue a un acuerdo*”<sup>29</sup>. Por esto, nos acogeremos a la teoría alemana de los «conceptos jurídicos indeterminados», al ser la teoría que mejor desarrolla sus enunciados.

Para acercarnos a esta doctrina es necesario señalar cómo surgió. Así, expresiones como «buen padre de familia» o «criterio del hombre medio» son expresiones utilizadas desde el derecho romano. Esta idea de “*recurrir a fórmulas abiertas es muy propio del derecho clásico, que confiaba -más que en la rigurosidad de un bloque legislativo- en las decisiones de sus jueces y pretores*”<sup>30</sup>.

De esta manera, el Código Civil de Alemania (en alemán *Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) de 1900, tuvo en cuenta que no todos los conceptos jurídicos eran determinables o definibles. Esta influencia en la doctrina provocó que al seno del Derecho Administración alemán nazca la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados. El objetivo era reducir la discrecionalidad estatal, postulando que

---

<sup>26</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2000, p. 455.

<sup>27</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar*. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. III. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1986, p. 93.

<sup>28</sup> TAMAYO YÁÑEZ, Sergio Manuel. *Conceptos Jurídicos Indeterminados e Interpretación Constitucional*. Lima: ARA, 2009, p. 34.

<sup>29</sup> Ídem. p. 36.

<sup>30</sup> Ídem. p. 37.

la teoría de los *unbestimmte Rechtsbegriff* como se llamó en alemán, tenía una y solo una solución justa. “*Es decir, uno de estos conceptos jamás podría dar pie a que el Juez use sus valoraciones personales para resolver un caso, sino que se tenía que «descubrir» esta solución justa*”<sup>31</sup>. En síntesis, los conceptos jurídicos indeterminados eran lo opuesto a la discrecionalidad.

Al margen de esto, la doctrina define de la siguiente manera a los conceptos jurídicos indeterminados:

*“Para GARCÍA DE ENTERRÍA son conceptos en los que: «la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata». Para GARCÍA-TREVIJANO son los que «se aplican según las circunstancias de lugar y del momento». HENKE los define como «aquellos elementos legales cuyo contenido sólo queda fijado con exactitud a través de la concreción judicial». ENGISCH señala que podemos entenderlo como «un concepto cuyo contenido y alcance es en gran medida incierto»*<sup>32</sup>.

Como podemos apreciar, todas las definiciones contienen algo en común: son conceptos que necesitan de la interpretación del juez para ser materializados. Debido a que la función que cumplen los conceptos jurídicos indeterminados es de otorgar una necesaria flexibilidad al ordenamiento, controlando la discrecionalidad. Esta es su utilidad práctica.

Por otro lado, es fácil evidenciar que los conceptos jurídicos indeterminados se encuentran inmersos en normas constitucionales en forma de principios “*y éstos carecen de supuesto de hecho*”<sup>33</sup>.

Ahora bien, el interés público es considerado como uno de los principales ejemplos de los conceptos jurídicos indeterminados, en especial por los teóricos del Derecho Administrativo. Entendiendo que el interés público se constituye “*como un límite a la actuación arbitraria del Estado*”<sup>34</sup>. De esta manera, para establecer su significado en cada caso y para cada momento, se deberá interpretar la ley.

Es por ello que, en los contratos administrativos, el fundamento de su existencia es el interés público “*que se intenta cautelar, pues si no se pondría a la Administración en una posición de privilegio innecesariamente*”<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Ídem. p. 39.

<sup>32</sup> Ídem. pp. 40 - 41.

<sup>33</sup> Ídem. p. 49.

<sup>34</sup> TRELLES DE BELAUNDE, Óscar. Óp. cit. p. 245.

<sup>35</sup> Ídem. p. 240.

El interés público es simplemente una categoría asignada a las acciones emprendidas por el Estado, buscando el bien común de su población. Por ejemplo, existe un interés público en los servicios públicos de “*transporte, correos, teléfonos, electricidad, porque en definitiva cada individuo de una mayoría de habitantes tiene un interés personal y directo en viajar, comunicarse por escrito y por teléfono y tener energía eléctrica y ese interés público consiste en que cada individuo sea bien atendido en la prestación del servicio*”<sup>36</sup>. El interés público justifica las políticas administrativas y la intervención de la Administración Pública en el plano económico y social de sus ciudadanos.

Somos de la opinión concordante con el autor CÉSPEDES al señalar que: “*Pretender arribar a una definición exacta y unívoca sobre el concepto de interés público constituye una especie de utopía jurídica por cuanto la extensión de sus alcances e implicancias son de tal magnitud como las que poseen las definiciones de nación u orden público*”<sup>37</sup>.

El interés público es un elemento fundamental en nuestro estudio, pues los poderes de la Administración Pública tienen su legitimación y fundamento en éste. Sin embargo, al no existir una definición concisa del interés público, es posible visualizar toda una gama de situaciones en conflicto.

La propuesta de solución para resolver los casos en los que nos encontramos ante conceptos jurídicos indeterminados, se presenta bajo la teoría de la «unidad de solución justa». Este punto de vista es defendido en los últimos tiempos por el autor DWORKIN<sup>38</sup>. No obstante, anteriormente GARCÍA DE ENTERRÍA sostenía que:

*“(…) lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio, o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no, podemos decir en los términos del Derecho Privado; o en nuestro campo: o hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala es justo o no lo es, etc. Tertium non datur. Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta”*<sup>39</sup> [El énfasis es agregado].

---

<sup>36</sup> GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Buenos Aires: F.D.A., 2013, p. 408.

<sup>37</sup> CÉSPEDES ZAVALETA, Adolfo. *Op. cit.* p. 208.

<sup>38</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Segunda Edición. Barcelona: Ariel, 1989.

<sup>39</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, ley e inmunidades del poder*. Lima: Palestra Editores, 2004, p. 44.

Por lo tanto, la aplicación de un concepto jurídico indeterminado solamente admite dos opciones, no múltiples. En ese sentido, la teoría de la unidad de solución justa<sup>40</sup> no niega la existencia de una dificultad para encontrar la única respuesta correcta, pero es un obstáculo, no una imposibilidad. Un claro defensor de esta postura es el autor SAINZ MORENO, quien determina que “*en todos los casos en los que la norma no diga otra cosa, la interpretación correcta de un concepto jurídico a la vista de un caso concreto solo admite una solución justa*”<sup>41</sup>.

Teniendo en cuenta ello, es común utilizar este tipo de conceptos jurídicos indeterminados en la formulación de normas legales, en razón a las siguientes consideraciones<sup>42</sup>:

- a) Debido a las innumerables situaciones y circunstancias que se presentan en la realidad, el legislador no es capaz de conocer de antemano todos los escenarios posibles del futuro, por lo tanto, no puede regularlo con precisión.
- b) Las normas rígidas son inadecuadas para regular contextos cambiantes, por lo que la utilización de conceptos jurídicos indeterminados puede ser intencionada, ya que permiten introducir una flexibilidad para la apreciación del caso.

Por otra parte, en ningún caso la discrecionalidad es equiparable a los conceptos jurídicos indeterminados, pues las facultades discrecionales:

*“se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede elegir la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprendida dentro de la norma la solución concreta, mientras que el concepto jurídico indeterminado -ruina, precio justo, utilidad pública, etc.- es configurado por la Ley (...) de tal forma*

---

<sup>40</sup> Existen autores como Manuel MARTIN GONZÁLEZ, José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, Manuel PÉREZ OLEA o Eva DESDENTADO DAROCA, que son contrarios a esta posición. Ellos manifiestan que los conceptos jurídicos indeterminados se corresponden con el ejercicio de potestades discrecionales de la Administración Pública, por lo tanto, existen diversas posibilidades para su aplicación. Véase: ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “La utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la tipificación de infracciones administrativas: breve aproximación a su estudio”. En: ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Derecho Administrativo: Hacia un Estado más confiable. Libro de Ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Thompson Reuters, 2016, pp. 702 - 705.

<sup>41</sup> SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 164.

<sup>42</sup> ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “La utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la tipificación de infracciones administrativas: breve aproximación a su estudio”. Óp. cit. p. 701.



*que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho*<sup>43</sup>.

De esta manera, consideramos que, si el interés público no fuera un concepto jurídico indeterminado, la Administración Pública tendría la potestad circunstancial de establecer sus alcances, tendiendo a favorecer a su institución.

No obstante, nuestro Tribunal Constitucional “*ha usado la teoría [de los conceptos jurídicos indeterminados] de una manera muy irregular (pues en otras ocasiones ha desarrollado el concepto de interés público sin referirse a la misma*<sup>44</sup>) por lo que creemos que los resultados son negativos”<sup>45</sup>. Bajo ese escenario, en el Exp. N° 3283-2003-AA/TC (Caso Taj Mahal) el Tribunal Constitucional ha definido al interés público como:

33. Se denomina como **interés público al conjunto de actividades o bienes** que, por **criterio de coincidencia**, la **mayoría de los ciudadanos estima, meritúa o tasa** como «algo» **necesario, valioso e importante para la coexistencia social**.

En otras palabras, todo aquello que, por **consenso**, se **comparte y considera como útil, valioso y hasta vital para la sociedad**, al extremo de obligar al Estado a titularizarlo como uno de los **finés que debe perseguir** en beneficio de sus miembros. Por tal imperativo, el cuerpo político jamás podrá tener como objetivo la consagración de intereses particulares (...) [El énfasis es agregado].

Ante ello, si partimos de la premisa que el interés público es un concepto jurídico indeterminado, entonces es imposible definir sus alcances fuera del caso concreto, para pretender delimitar sus características en el plano general. Lo cual es algo que, según otras sentencias del mismo Tribunal Constitucional, no se puede hacer.

Por otro lado, en el Exp. N° 2488-2004-AA/TC (Caso Transportes Sol del Perú) el Tribunal Constitucional señaló concretamente que:

7. **El interés público es un concepto indeterminado lo cual no significa que su contenido pueda ser librado enteramente a la discrecionalidad de la Administración.**

El **interés público**, es típicamente un **concepto indeterminado**. Es decir, se trata de un concepto que **hace referencia a una esfera de la realidad**

---

<sup>43</sup> TAMAYO YÁÑEZ, Sergio Manuel. Óp. cit. p. 53.

<sup>44</sup> Ver: Exp. N° 7644-2006-PA/TC y Exp. N° 2370-2007-PA/TC.

<sup>45</sup> TAMAYO YÁÑEZ, Sergio Manuel. Óp. cit. p. 119.

**cuyos límites no aparecen precisados en su enunciado**, pero que sin embargo **podrá ser concretizado en cada caso en atención a las circunstancias** (...) [El énfasis es agregado].

En este fundamento, el Tribunal Constitucional plantea una conceptualización del interés público como concepto jurídico indeterminado que entraría en contradicción con el referido Exp. N° 3283-2003-AA/TC (Caso Taj Mahal). Debido a que la aplicación del interés público en un caso concreto es una metodología de interpretación de la ley, toda vez que la Administración Pública podrá ser fiscalizada por un órgano judicial para valorar si su actuación se ajusta a los supuestos que la misma norma prevé.

Todavía cabe indicar que en el mismo fundamento del Exp. N° 2488-2004-AA/TC, el desarrollo del Tribunal Constitucional afirma que:

(...) Así, **no se trata de un concepto librado enteramente a la discrecionalidad de la Administración**, pues ello supondría en muchos casos **justificar la arbitrariedad**, sino que se trata de un concepto cuyo **contenido deberá ser explicitado en cada caso en atención a circunstancias concretas** que además hacen razonable poner fin a la concesión.

De este modo, la **conceptualización del interés público en cada caso concreto justifica y sustenta el poder de resolución unilateral de que goza el Estado** y constituye un **límite a la arbitrariedad** [El énfasis es agregado].

Existe un error doctrinario al relacionar discrecionalidad con arbitrariedad, produciéndose *“justamente lo que la teoría de los CJI [conceptos jurídicos indeterminados] tiene como propósito evitar”*<sup>46</sup>. Esto nos demuestra que la utilización de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados por el Tribunal Constitucional es confusa.

Por último, nos parece necesario destacar que existen autores como BELTRÁN DE FELIPE<sup>47</sup> o NIETO<sup>48</sup> que descartan la conceptualización del interés público

---

<sup>46</sup> Ídem. p. 127.

<sup>47</sup> “Aplicar la misma técnica al concepto de interés público o general [es decir, su caracterización como un concepto jurídico indeterminado] no me parece acertado”. Véase: BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 245.

<sup>48</sup> “[En Alemania] la jurisprudencia y la doctrina son mucho más cautas y nunca afirman, a priori y sin salvedades, que el interés público es un concepto jurídico indeterminado: eso es algo que se deducirá de la norma que aparezca”. Véase: NIETO, Alejandro. “La Administración sirve con objetividad a los intereses generales”. En: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría*. Madrid, 1991, Vol. 3, p. 2249.



como un concepto jurídico indeterminado. Inclusive, MORÓN<sup>49</sup> plantea algo similar, pues considera que el interés público puede ser definido como la valoración a determinados bienes “*de necesidad comunitaria y que se identifican objetivamente a través de su reconocimiento en el ordenamiento constitucional y, en el que en su desarrollo se dicte fundamentalmente mediante el Derecho administrativo*”<sup>50</sup>.

De esta manera, para el autor MORÓN existen cuatro contenidos indispensables para que un simple interés pueda ser calificado como un interés público<sup>51</sup>:

- a) Contenido concreto: No puede ser teórico o abstracto, libreado enteramente a la apreciación subjetiva de la Administración Pública, sino que, deber ser perfectamente identificable y definible en cada caso concreto.
- b) Contenido actual: Debe ser requerido en el presente, es decir, en la actualidad. No cabe un interés público histórico o pasado, ni especulativo hacia el futuro.
- c) Contenido personal y directo: Su utilidad está vinculada directamente con el mejoramiento personal de la colectividad. No es una ventaja para terceros ajenos o para individuos particulares.
- d) Contenido relacionado a derechos subjetivos: Enlazado con el goce, protección o mantenimiento de derechos ciudadanos colectivos. Por lo tanto, no puede entrar en contradicción con los derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, el citado autor manifiesta que la idea de que el interés público prevalece sobre el interés privado -como si fueran opuestos- es imprecisa, pues “*el interés público nunca deja de ser la dimensión pública de los intereses individuales, en cuanto sus titulares participan en una sociedad*”<sup>52</sup>. Es decir, el interés público englobaría al interés privado, debido a que no serían distintos cualitativamente, sino únicamente cuantitativamente.

---

<sup>49</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. “La construcción de la noción jurídica del interés público a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Lima, 2007, No. 04, pp. 603 - 612.

<sup>50</sup> Ídem. p. 607.

<sup>51</sup> Ídem. pp. 608 - 609.

<sup>52</sup> Ídem. p. 610.

#### **4. LA RESOLUCIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO EN BASE AL INTERÉS PÚBLICO**

En la actualidad, existen importantes directrices en la economía de mercado, como el principio de subsistencia de las relaciones contractuales o la flexibilidad interpretativa a favor de la estabilidad de las concesiones<sup>53</sup>, que moderan la aplicación inmediata de medidas como la revocación del servicio o la resolución del contrato, expresadas como prerrogativas en los contratos de concesión de servicios públicos.

Ahora bien, es importante establecer que el citado autor CASSAGNE<sup>54</sup> afirma que existe una diferenciación entre las potestades exorbitantes y las cláusulas exorbitantes. Para ello manifiesta que las potestades exorbitantes (régimen administrativo exorbitante) se encuentra en un nivel superior a las cláusulas exorbitantes, forjándose como un régimen jurídico general. En cambio, las cláusulas exorbitantes provienen de un pacto contractual, en la cual el concesionario conoce de antemano las facultades atribuidas a la Administración Pública, razón por la cual no existirían “cláusulas exorbitantes implícitas” en los contratos públicos. En resumen, si las potestades exorbitantes han sido reconocidas en el ordenamiento jurídico, serán siempre ejercitables, aún si no existieran en un contrato.

No obstante, en contraposición, el autor CÉSPEDES señala que *“la comunidad no está obligada a soportar algo que ya no es necesario o conveniente que sea prestado del mismo modo y en consecuencia se puede alterar el acuerdo de voluntades originario en orden a que el Estado persiga lo que es útil para la sociedad en su conjunto”*<sup>55</sup>.

Por ello, tal como lo ha desarrollado el autor TAWIL:

*“[E]xistirán las tensiones entre (i) el ejercicio del ius variandi vs. el derecho al mantenimiento de la ecuación económico financiera; (ii) la prerrogativa de interpretar los contratos vs. los límites que le impone el principio de razonabilidad; (iii) la potestad de revocar un contrato por razones de oportunidad (en el caso del servicio público acentuada con la figura del rescate) vs. el derecho a obtener una compensación por los daños y perjuicios causados (propia del derecho de propiedad); (iv) la*

---

<sup>53</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. “El resurgimiento del Servicio Público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado”. En: *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*. Buenos Aires, 1996, N° 208, pp. 95 - 110.

<sup>54</sup> CASSAGNE, Juan Carlos citado por HUAPAYA TAPIA, Ramón. Óp. cit. p. 545.

<sup>55</sup> CÉSPEDES ZAVALETA, Adolfo. Óp. cit. p. 206.

*potestad de imponer sanciones vs. la garantía del debido proceso adjetivo, etc.*”<sup>56</sup>.

Ante estos planteamientos, no debemos olvidar que todas las decisiones administrativas deben estar alineadas al interés público al momento de su aprobación. Sin embargo, durante su vigencia deberán continuar con esa calidad. De esta manera, el autor CASSAGNE señala que:

“[E]n el contrato administrativo al incorporarse la causa fin o finalidad al contrato se introduce el interés público relevante e inmediato como elemento esencial durante las diferentes etapas de la ejecución contractual proyectándose al campo interpretativo y especialmente al plano de la igualdad de los contratistas (la desigualdad proveniente de la posición jurídica de la Administración) de los contratos administrativos”<sup>57</sup>.

Debido a que los servicios públicos están destinados a satisfacer necesidades, la Administración Pública podrá cambiar las condiciones establecidas previamente, en base al principio de mutabilidad, justificando de esta manera el ejercicio de su autoridad en la ejecución de un contrato administrativo. De ahí que entre las diversas hipótesis que justifican la resolución contractual podemos centrarnos en las dos siguientes:

- Un cambio del derecho objetivo que convierte de modo sobreviniente en ilegal el estado de casos antes autorizada: Por medio de los alcances estipulados en una norma de alcance general, los vigentes derechos anteriores otorgados a través de actos administrativos se transforman en incompatibles.
- Una mutación en la valoración o apreciación de la Administración Pública sobre los hechos que dieron origen al acto administrativo: Es decir, mantener el acto inicial sería inoportuno o incompatible con el interés público actual. Nos encontramos ante un cambio en la estimación por la Administración Pública de lo que sería adecuado para el interés general.

Pero, la Administración Pública no podrá argumentar como cambio de las circunstancias, la variación de sus propias actuaciones para fundamentar una

---

<sup>56</sup> TAWIL, Guido Santiago. “Los Principios en el Contrato de Concesión de Servicios Públicos”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2009, No. 08, pp. 307 - 308.

<sup>57</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 34. Asimismo, el autor SÁNCHEZ MORÓN comenta en base al principio de mutabilidad que: “(...) los poderes públicos pueden modificar las condiciones de prestación de los servicios, incluso si corresponde a empresas privadas, en la medida conveniente para satisfacer el interés general”. Véase: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Óp. cit. p. 791.

resolución contractual. Adquiere particular relevancia su motivación. No será suficiente la autorización para una resolución unilateral, sino que “*es necesario que, a través de un fundamento explícito, se expresen las justificaciones necesarias para su adopción, a fin de permitir su control de legalidad posterior*”<sup>58</sup>.

De la misma manera, los autores VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA han mencionado que:

*“[L]a Administración necesita utilizar una serie de privilegios - exorbitantes del derecho común- al objeto de imponer sus decisiones a los particulares y obtener una satisfacción adecuada al interés público (...). La existencia misma de los privilegios y, por supuesto, de su ejercicio, se encontrarán limitados por un doble orden de factores. El primero se refiere a la propia Administración; **su ejercicio no puede comportar el cercenamiento de libertades y derechos fundamentales**”<sup>59</sup>*  
[El énfasis es agregado].

Así, toda actuación de la Administración Pública se encuentra delimitada bajo el principio de legalidad. Por ende, las potestades exorbitantes atribuidas a la Administración Pública “*no pueden presumirse ni tenerse por implícitas, puesto que surgen directamente de lo establecido por ley o norma expresa, no obstante que las mismas*”<sup>60</sup> pueden figurar como cláusulas del contrato. Dicho lo anterior, somos de la opinión concordante con el autor HUAPAYA al determinar que la Administración Pública únicamente actuará al amparo de sus potestades exorbitantes en la medida que el ordenamiento jurídico le haya atribuido previamente dichas facultades. Caso contrario, se evidenciaría una directa afectación y vulneración a la seguridad jurídica, así como a los derechos fundamentales del concesionario en materia económica, como son la libertad contractual, iniciativa privada o propiedad, expresados en la misma Constitución<sup>61</sup>.

Por lo expuesto anteriormente, consideramos que no existen potestades o cláusulas exorbitantes implícitas, es decir, que no se encuentren contempladas expresamente en el ordenamiento jurídico. Por otro lado, si es que las potestades exorbitantes no se han formalizado o integrado en el cuerpo general del contrato administrativo, la Administración Pública deberá ponderar los derechos fundamentales plasmados en la Constitución, así como los principios generales

---

<sup>58</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. “La Revocación de Actos Administrativos, Interés Público y Seguridad Jurídica”. En: *Revista de Derecho PUCP*. Lima, 2011, No. 67, p. 442.

<sup>59</sup> VILLAR PALASÍ, José Luis y José Luis VILLAR EZCURRA citados por HUAPAYA TAPIA, Ramón. Óp. cit. p. 541.

<sup>60</sup> Ídem. p. 544.

<sup>61</sup> Ibidem.

del derecho para el “correcto” ejercicio de estas potestades, en aras de minimizar el perjuicio que podría ocasionarse al concesionario o en última instancia, para definir la debida y correspondiente indemnización.

Nuestra posición es reforzada nuevamente por el autor HUAPAYA al señalar expresamente que: “[S]omos de la opinión que las potestades y prerrogativas (por ejemplo, *ius variandi* o resolución unilateral del contrato) de la Administración Pública deberán contemplarse expresamente en la legislación correspondiente o en todo caso deben encontrarse plasmadas expresamente en el cuerpo del contrato, con su desarrollo respectivo”<sup>62</sup>. En tal sentido, deberá existir un régimen legal o contractual que desarrolle la regulación del ejercicio de las potestades exorbitantes, así como los derechos del concesionario para restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato, así como el pago de las indemnizaciones o compensaciones que correspondan.

En efecto, al enunciar anteriormente que uno de los modos de extinción de la concesión es la resolución unilateral por el Contratante, debemos tener presente que esta institución es una “manifestación unilateral de voluntad de la Administración Pública, en virtud de la cual se retira del campo jurídico un acto válido y eficaz por un motivo superveniente”<sup>63</sup>. En realidad, la resolución tiene como influencia directa al interés público, pues esta se justificaría cuando exista:

- Un cambio en la valoración subjetiva del interés público conexo al acto administrativo que dio origen a la concesión; o,
- Una modificación en la evaluación del interés público cobaturado por la concesión. Es decir, el acto administrativo de inicio puede permanecer inmutable, pero el objeto de la concesión no satisface el interés público.

Por lo tanto, la Administración Pública tiene en determinadas ocasiones la facultad, y en otras, el deber, de apreciar el interés público de la concesión. Es así que debe proceder con cautela, debido a que “no tiene [la] facultad para modificar libremente los motivos de un acto administrativo, cambiando de opinión sobre los supuestos de hecho”<sup>64</sup>.

De ahí que hasta en la actualidad, podemos apreciar como la figura de la resolución como potestad exorbitante de la Administración Pública, tiene vigencia:

---

<sup>62</sup> Ídem. p. 546.

<sup>63</sup> CALAFELL, Jorge E. Óp. cit. p. 224.

<sup>64</sup> Ídem. p. 225.





PERÚ

Ministerio de Transportes  
y Comunicaciones

## MTC: ESTADO PERUANO RESUELVE CONTRATO DE CONCESIÓN CON KUNTUR WASI S.A

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) informa a la opinión pública que, ante la negativa de sociedad aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. de llegar a un entendimiento en buenos términos-en el marco del mutuo disenso acordado-, y tras haber agotado todos los recursos posibles para sacar adelante el citado proceso, el Estado Peruano-de manera unilateral e irrevocable-, decidió resolver el contrato de concesión del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco por razones de interés público, dentro del alcance del contrato de concesión y sus cláusulas de caducidad.

El MTC, que notificó de manera formal esta mañana su decisión a Kuntur Wasi S.A., viene estudiando actualmente la modalidad adecuada para la construcción del referido aeropuerto de manera que la ejecución del proyecto no se retrase y se salvaguarde el interés involucrado en dicho Proyecto.

Conocedor de la relevancia de contar con una obra aeroportuaria de gran magnitud para el desarrollo del sur del país, el MTC reitera su pleno compromiso de llevarla a cabo en el menor tiempo posible.

Fuente: Diario Gestión<sup>65</sup>.

Esta medida fue adoptada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en el mes de julio del presente año, pues ante la negativa de ambas partes para lograr un acuerdo común, se decidió resolver unilateralmente el contrato de concesión de la sociedad aeroportuaria Kuntur Wasi “*por razones de interés público, dentro del alcance del contrato de concesión y sus cláusulas de caducidad*” [El énfasis es agregado].

Por lo tanto, entendemos -de manera general- que, si el interés público no es demostrado fehacientemente en el ejercicio concreto de los poderes de la Administración Pública, nos encontraremos ante una actuación deliberadamente arbitraria. Asimismo, es innegable que en caso de producirse la resolución esta deberá estar debidamente motivada de conformidad con el ordenamiento jurídico. Por eso, para el autor CASSAGNE, la motivación “*es la exigencia del ordenamiento jurídico [para] la protección de los derechos individuales, con la*

<sup>65</sup> DIARIO GESTIÓN. “Aeropuerto de Chinchero: Gobierno resuelve contrato de concesión con Kuntur Wasi”. Lima, 13 de julio de 2017. Consulta: 11 de noviembre de 2017. Disponible en: <<https://goo.gl/bGS1B9>>.



*finalidad que el administrado conozca de manera efectiva y expresa las razones que justifican la emisión del referido acto*<sup>66</sup>.

Sobre este aspecto, la doctrina jurídica francesa ha instituido una posible solución, denominada como la «teoría de la imprevisión». Conforme a ella cuando acontecen sucesos excepcionales, imprevisibles, anormales o extraños a las partes, que convierten en más onerosa la situación del concesionario al grado de poder quebrantar su economía, se puede obligar al particular a continuar desarrollando el servicio con un derecho a una compensación más alta, “*no por la ganancia omitida sino por las pérdidas sufridas a consecuencia del trastorno de la economía de la concesión*”<sup>67</sup>.

En lo que respecta al sistema nacional de concesiones de servicios públicos y obras públicas de infraestructura, podemos apreciar de una interpretación del artículo 17<sup>o</sup><sup>68</sup> del Decreto Supremo N° 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”, la admisión de facultades exorbitantes como la resolución unilateral, la *potestas variandi* o el rescate de concesiones, únicamente “*cuando se incluyan de manera expresa en una cláusula contractual y se fije además el monto indemnizatorio a la cual tendrá derecho el concesionario por los daños y perjuicios ocasionados*”<sup>69</sup> [El énfasis es agregado].

Específicamente, la norma bajo comentario admite la resolución unilateral por parte de la Administración Pública, cuando esté prevista de forma expresa en el mismo contrato de concesión. No obstante, en la Sentencia aislada del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 2488-2004-AA/TC -citada anteriormente- el razonamiento de los magistrados fue asumir que el poder de resolución unilateral sería una facultad implícita de la Administración Pública, presente en todo tipo de contratos administrativos, siempre que sea fundado en un interés público.

---

<sup>66</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2010, p. 208.

<sup>67</sup> CALAFELL, Jorge E. Óp. cit. pp. 223 - 224.

<sup>68</sup> **Artículo 17.-** Los contratos de concesión podrán contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tendrá derecho el concesionario en caso que el Estado suspenda, deje sin efecto o modifique la concesión por causal no establecida en los Artículos 38° y 39° del presente Texto Único Ordenado. Dichas cláusulas indemnizatorias serán garantizadas mediante contrato celebrado entre el Estado y el concesionario, a solicitud de este último.

El Estado podrá someter las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones a las que se refiere el presente Texto Único Ordenado a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 63° de la Constitución Política del Perú, aunque no se hubiera celebrado el contrato al que se refiere el párrafo anterior.

<sup>69</sup> HUAPAYA TAPIA, Ramón. Óp. cit. p. 553.

El Tribunal Constitucional estaría suponiendo que todos los contratos de concesión pueden ser resueltos invocando un interés público cualquiera, “*lo cual nos puede trasladar a un escenario de «decisionismo» puro, donde en cualquier momento se pueden resolver unilateralmente contratos de concesión, aun sin contar con potestades expresas para ello, lo cual francamente es inaceptable*”<sup>70</sup>. En ese sentido, opinamos de forma igual que el autor HUAPAYA, al indicar que la facultad de la Administración Pública de resolver unilateralmente un contrato de concesión, será válida cuando exista una ley que lo habilite de modo expreso para ello o se encuentre pactada claramente en una cláusula de resolución unilateral en el cuerpo del mismo contrato<sup>71</sup>.

Así, el ejercicio de la resolución unilateral del contrato por parte de la Administración Pública -así como de la *potestas variandi*- deben encontrarse debidamente fundamentadas bajo el principio general de la razonabilidad, con lo cual el motivo que originó su aplicación en base al interés público tutelado, debe ser aplicado de manera objetiva, toda vez que dicho acto de aplicación siempre conllevará un detrimento para los derechos del concesionario.

En tal sentido, cuando la Administración Pública considere imperante activar la cláusula de resolución unilateral del contrato, consideramos que las partes previamente deberán agotar los mecanismos contractuales a fin de revertir la situación y regresar a un normal desenvolvimiento de las prestaciones, mediante negociaciones directas, suscripción de adendas o renegociando el contrato mismo. En todo caso, el derecho de invocar la resolución unilateral del contrato debe ser una medida extrema.

## **5. CONCLUSIONES**

El conjunto de prerrogativas exorbitantes de la Administración Pública en los contratos de concesión de servicios públicos, sirve de instrumento de garantía para asegurar la consecución del objeto contractual, así como satisfacer el interés general encomendado.

Es decir, la finalidad principal de todo contrato administrativo es el mantenimiento y protección del interés público. En consecuencia, una alteración al interés público concede a la Administración Pública unas prerrogativas exorbitantes para modificar las cláusulas contractuales originalmente establecidas entre las partes o para resolver el mismo contrato. Estas medidas deberán ser justificadas, así como acreditadas, respetando las normas especiales que rijan sobre la materia.

---

<sup>70</sup> Ídem. p. 554.

<sup>71</sup> Ibidem.

Además, hacemos énfasis en que estas potestades exorbitantes de la Administración Pública no constituyen poderes arbitrarios en esencia, sino que están sujetos a criterios de razonabilidad, por lo que deben ejercerse bajo los límites de los derechos fundamentales de iniciativa privada, libertad de empresa, contratación y propiedad privada, consagrados para los concesionarios.

Así, las variaciones o resoluciones contractuales no deben desconocer los derechos adquiridos por el concesionario, respetando el equilibrio económico-financiero del contrato o efectuando la indemnización correspondiente, según sea el caso. De lo contrario, la Administración Pública estaría actuando de manera arbitraria, sin ningún control de legalidad.

El interés público es un elemento fundamental en nuestro análisis, pues los poderes de la Administración Pública obtienen su legitimación y fundamento en este. Pero, al no existir una definición concisa del interés público, es factible visualizar toda una gama de situaciones en conflicto. Por ello, al ser el interés público un concepto jurídico indeterminado, será necesaria la interpretación del juez para que sea materializado en cada caso concreto.

De esta manera, la resolución unilateral de un contrato administrativo tiene como influencia directa al interés público. Por lo tanto, cuando exista un cambio en la valoración objetiva del interés público conexas al acto administrativo que dio origen a la concesión o cuando se aprecie una modificación en la evaluación del interés público coberturado por la concesión, se justificará la aplicación de la resolución contractual.

La razonabilidad de la resolución unilateral se comprobará cuando se cumplan estos requisitos: (i) La existencia de un problema de interés público necesario de ser solucionado, (ii) Que la resolución unilateral sea la única forma idónea para salvaguardar dicho interés público, (iii) La aplicación de una adecuada ponderación entre los costos y beneficios de la medida, y (iv) La evaluación de otras alternativas menos gravosas.

No obstante, esta prerrogativa exorbitante deberá tener un fundamento normativo y contractual de manera obligatoria. Toda vez que, únicamente será válida cuando exista una ley que lo habilite de modo expreso para ello, y además se encuentre pactada claramente en una cláusula de resolución unilateral en el cuerpo general del mismo contrato. Actualmente, ya no existe asidero para considerar a favor de la Administración Pública prerrogativas exorbitantes de forma implícita.

Ello debido a que en nuestro ordenamiento normativo deben primar como directrices la seguridad y certeza jurídica, las cuales también actuarán como límites inherentes a la arbitrariedad de la Administración Pública cuando pretenda utilizar conceptos jurídicos indeterminados.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

ABRUÑA PUYOL, Antonio. “¿Pueden ser administraciones públicas las personas jurídicas bajo régimen privado?”. En: *Derecho Administrativo Contemporáneo*. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo. Lima, 2007, pp. 131 - 141.

AGUILAR VALDÉZ, Óscar. “La extinción anticipada de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2007, No. 03, pp. 129 - 160.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.

CALAFELL, Jorge E. “Teoría General de la Concesión”. En: *Anuario Jurídico de Derecho*. Ciudad de México, 1996, No. 26, pp. 215 - 227.

CASSAGNE, Juan Carlos. “El resurgimiento del Servicio Público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado”. En: *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*. Buenos Aires, 1996, N° 208, pp. 95 - 110.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2010.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

CÉSPEDES ZAVALITA, Adolfo. “La potestas variandi de la Administración Pública en los Contratos de Concesiones de Obras y Servicios Públicos”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2006, No. 01, pp. 203 - 216.

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El Régimen de los Contratos Estatales en el Perú”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2006, No. 02, pp. 09 - 44.

DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 1992.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Segunda Edición. Barcelona: Ariel, 1989.

ESCOLA, Héctor Jorge. *El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, ley e inmunidades del poder*. Lima: Palestra Editores, 2004.

GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Buenos Aires: F.D.A., 2013.

HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Notas sobre el Concepto Jurídico del Servicio Público en nuestro Ordenamiento Legal”. En: *Derecho & Sociedad*. Lima, 2011, No. 36, pp. 93 - 102.

HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Potestades y prerrogativas en los contratos públicos en el Derecho peruano: bases para su caracterización en el Ordenamiento Jurídico peruano”. En: CONGRESO NACIONAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Aportes para un Estado eficiente: Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra, 2012, pp. 539 - 568.

MARTIN TIRADO, Richard. “Los Actos Administrativos en el Régimen de las Personas Jurídicas del Régimen Privado”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2012, No. 12, pp. 171 - 185.

MORÓN URBINA, Juan Carlos. “La construcción de la noción jurídica del interés público a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Lima, 2007, No. 04, pp. 603 - 612.

MORÓN URBINA, Juan Carlos. “La Revocación de Actos Administrativos, Interés Público y Seguridad Jurídica”. En: *Revista de Derecho PUCP*. Lima, 2011, No. 67, pp. 419 - 455.

NIETO, Alejandro. “La Administración sirve con objetividad a los intereses generales”. En: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría*. Madrid, 1991, Vol. 3, pp. 2185 - 2253.

RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar*. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. III. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1986.

SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo*. Parte General. Madrid: Editorial Tecnos, 2014.



TAMAYO YÁÑEZ, Sergio Manuel. *Conceptos Jurídicos Indeterminados e Interpretación Constitucional*. Lima: ARA, 2009.

TAWIL, Guido Santiago. “Los Principios en el Contrato de Concesión de Servicios Públicos”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2009, No. 08, pp. 307 - 313.

TRELLES DE BELAUNDE, Óscar. “El Contrato Administrativo, el Contrato-Ley y los Contratos de Concesión de Servicios Públicos”. En: *Themis*. Lima, 2002, No. 44, pp. 237 - 251.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “Del Servicio Público a los Servicios de Interés General: La Evolución del Service Public en el Sistema Jurídico”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2012, No. 12, pp. 13 - 43.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “La utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la tipificación de infracciones administrativas: breve aproximación a su estudio”. En: ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Derecho Administrativo: Hacia un Estado más confiable. Libro de Ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Thompson Reuters, 2016, pp. 697 - 711.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El Servicio Público: Fundamentos*. Lima: Palestra Editores, 2005.