

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERÙ
ESCUELA DE POSGRADO



Título

“COMO SE DEBE EXTINGUIR UNA CONCESION”

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

AUTOR

Alvaro Alberto Silva Rudat

ASESOR

Hebert Eduardo Tassano Velaochaga

Febrero, 2019

RESUMEN

En materia de contratos de APPs, la caducidad, resolución y rescate del contrato vienen utilizándose de manera heterogénea confusa. Es necesario, por tanto, definir claramente los conceptos, y determinar su aplicabilidad en el Perú, considerando la legislación vigente. Se analizan diversos contratos suscritos, así como las tres principales controversias que han surgido en contratos que fueron extinguidos por el Estado de manera irregular. El concepto de interés público es analizado, por ser un recurso al que acude el Estado para extinguir un contrato, no siempre con una adecuada justificación. Se concluye que la caducidad de una concesión solo debe proceder ante el incumplimiento de una obligación esencial por parte del concesionario, debiendo establecerse en la legislación cuáles son las obligaciones esenciales. Asimismo, no se deberá continuar incorporando en los contratos de APP cláusulas que establezcan la resolución del contrato como una causal de caducidad, cláusulas que establezcan el derecho del Estado de declarar la caducidad de pleno derecho, sin preaviso, cláusulas de rescate unilateral sin ninguna justificación, o cláusulas que permiten al Estado recuperar la concesión de facto o por las vías de hecho. Se concluye con una propuesta de modificación al DL No. 1362.

INDICE

RESUMEN	ii
INDICE	iii
ABREVIATURAS	vi
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	
EL CONTRATO ADMINISTRATIVO	4
1.1 Concepto y naturaleza del contrato administrativo	4
1.2 Las Teorías para diferenciar el contrato administrativo del contrato privado	7
1.2.1 La concepción dualista o clásica	8
2.1.2 La concepción unitaria	9
1.3 Potestades y prerrogativas	10
1.4 El contrato de APP como una categoría de la contratación administrativa	11
1.5 El contrato de concesión	13
1.6 La concesión administrativa como acto y como contrato	16
1.7 Las formas de extinción del contrato administrativo	17
1.7.1 Las causales de extinción normales	17
1.7.1.1 Cumplimiento del contrato	17
1.7.1.2 Vencimiento del plazo	17
1.7.1.3 Mutuo acuerdo	18
1.7.2 Las causales de extinción anormales	18
1.7.2.1 Nulidad	18
1.7.2.2 Renuncia del concesionario	19
1.7.2.3 Revocación de la concesión	20
1.7.2.4 Rescate de la concesión	22
1.7.2.5 Caducidad de la concesión	23
a. La caducidad como sanción.	23

b. La caducidad como medida preventiva	25
c. La caducidad en las normas legales	25
1.7.2.6 Resolución por parte de la administración	27
1.8 La desviación de poder	28

CAPITULO II

EL INTERES PUBLICO 31

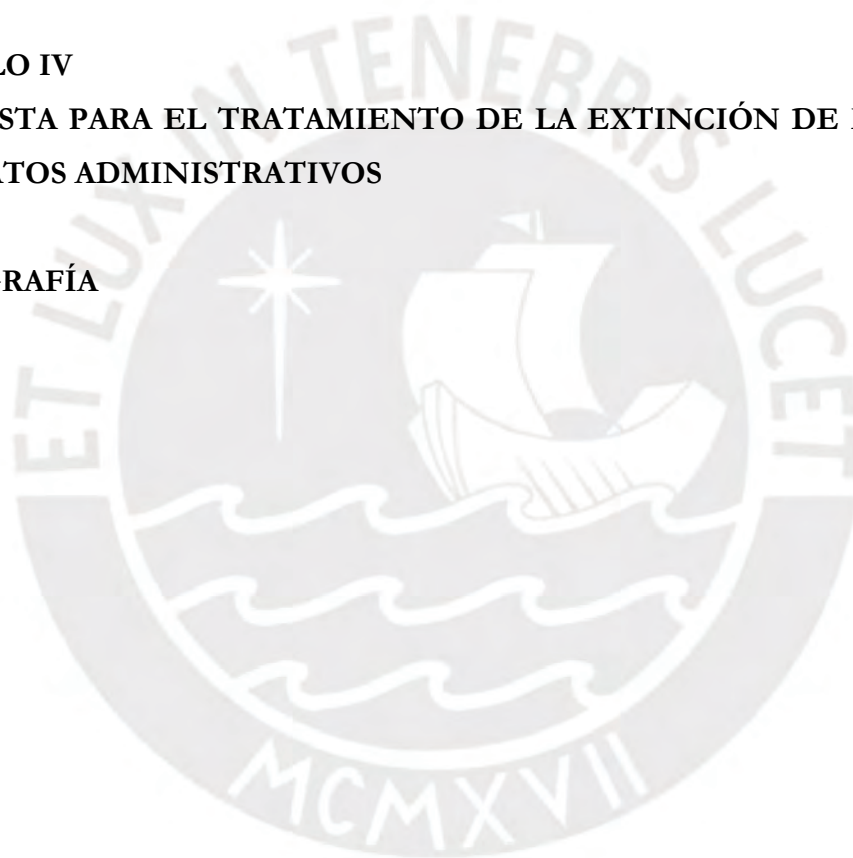
2.1 Concepto	31
2.2 Características	34
2.3 El interés público en la Constitución	35
2.4 El interés público en la legislación	36
2.4.1 Las leyes declarativas	36
2.4.2 El interés público en el Código Civil	38
2.4.3 El interés público en la LPAG	40
2.4.4 El interés público en la LCE	42
2.5 Funciones que cumple el interés público	42

CAPITULO III

ANALISIS DE LOS CONTRATOS Y CONTROVERSIAS SUSCITADAS 45

3.1 Análisis de contratos	46
3.1.1 Contratos de concesión que consideran a la resolución contractual como una causal de caducidad del contrato	46
3.1.2 Contratos de concesión que distinguen la caducidad de la resolución contractual	54
3.1.3 Contratos de concesión que utilizan los términos caducidad y resolución como sinónimos	56
3.1.4 Contratos de concesión que establecen que la caducidad se producirá por la resolución	58
3.1.5 Contratos de concesión que solo regulan la resolución contractual	59
3.1.6 Contratos de concesión que establecen la declaración de caducidad como requisito para resolver el contrato	61
3.2 Las cláusulas de rescate de la concesión	61

3.2.1	La terminación de facto del contrato o por las vías de hecho	62
3.2.2	Normas, ordenes, actos o medidas no sustentadas en causa de necesidad pública	63
3.2.3	Resolución unilateral sin necesidad de justificación	64
3.2.4	Resolución unilateral por razones de interés público	66
3.2.5	Conclusiones del subcapítulo 3.2	67
3.3	Controversias sobre extinción de concesiones	68
3.3.1	El caso Lidercon v. Municipalidad Metropolitana de Lima	68
3.3.2	El caso Convial v. Municipalidad Provincial del Callao	71
3.3.3	El caso del Aeropuerto de Chincheros	77
CAPITULO IV		
PROPUESTA PARA EL TRATAMIENTO DE LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS		79
BIBLIOGRAFÍA		85



ABREVIATURAS

APP	Asociación Público Privada
CC	Código Civil
DL	Decreto Legislativo
DS	Decreto Supremo
ESM	Economía Social de Mercado
GR	Gobierno Regional
LCE	Ley de Contrataciones del Estado
LPAG	Ley del Procedimiento Administrativo General
MCET	Ministerio de Comercio Exterior y Turismo
MINJUS	Ministerio de Justicia
MML	Municipalidad Metropolitana de Lima
MP	Ministerio Público
MPC	Municipalidad Provincial del Callao
MTC	Ministerio de Transportes y Comunicaciones
ORD	Ordenanza
RA	Resolución de Alcaldía
RTHD	Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ducto
TC	Tribunal Constitucional
TUO	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, aprobado mediante DS No. 059-96-PCM.

INTRODUCCION

Existen instituciones en el derecho comparado, que no siempre se incorporan al derecho nacional de manera correcta, es decir, respetando sus características. Una de estas instituciones es la caducidad, la cual, por compartir el nombre con otra institución del derecho civil, puede generar y de hecho ha generado en el Perú, confusión.

La caducidad de la concesión se introdujo en el Perú en el año 1996 con el DS No. 059-96-PCM, otorgándosele un significado muy amplio, pues comprendía tanto la resolución por incumplimiento del concesionario como la resolución del contrato por mutuo acuerdo, o la finalización por destrucción de la obra. Sin embargo, este significado amplio no coincide con el que le otorga la doctrina nacional, la cual considera a la caducidad como el último recurso al cual puede acudir el Estado para poner término en forma unilateral a un contrato de APP, ante el incumplimiento de una obligación esencial por parte del concesionario.

La confusión no solo se da con la caducidad, sino también con otra institución, como el rescate, que es otra forma de extinción del contrato por decisión unilateral del Estado.

En el Capítulo I, se analiza el contrato administrativo, es decir, su concepto y naturaleza y las teorías que lo diferencian del contrato privado. Se analiza, asimismo, el contrato de APP, el contrato de concesión, y las formas de extinción de una concesión. En este capítulo estudiamos el marco teórico de la caducidad de una concesión.

El análisis de las formas de extinción de una concesión involucra el tratamiento de las APPs en el Perú. Ello, debido a que las concesiones son una de las modalidades contractuales que puede adoptar una APP, y además porque la ley actual en materia de APPs (DL No. 1362) hace mención a la caducidad del contrato, pero sin especificar en qué casos procede, ni cuáles son las formalidades o requisitos para declarar la caducidad. Por ello, en el subcapítulo 1.4 tratamos el contrato de APP como una categoría de la contratación administrativa, y como una modalidad de la inversión privada.

Dado que el “interés público” ha sido utilizado por el Estado como justificación para declarar la caducidad de concesiones. Por ello, en el capítulo segundo estudiamos el concepto de interés público, el papel que juega, su fundamento y su importancia como justificación de toda actuación estatal. Asimismo, la importancia de la motivación en todos los actos administrativos, en especial los que restringen o extinguen derechos, y en particular, los que extinguen contratos. El concepto de “interés público” sirve de causa justificante para el otorgamiento de una concesión, y también puede, por tanto, justificar su terminación, por lo que su estudio es bastante relevante para los efectos del presente trabajo.

La falta de definición del concepto de caducidad en las normas, nos llevó a revisar cómo se estaba utilizando la institución en los contratos de APP que el Estado Peruano venía celebrando. En el capítulo III analizamos los principales contratos de APP celebrados por el Estado Peruano, y hemos encontrado una utilización muy heterogénea, otorgándosele distintos significados al término caducidad. Al revisar las cláusulas de caducidad o de terminación de los contratos, encontramos que también se presenta una utilización equivocada del rescate de la concesión, confundiéndolo también con la caducidad, o con la revocación de la concesión.

El análisis de las cláusulas de terminación de un contrato de APP, necesariamente involucra dos temas adicionales, como lo son el papel que juega el interés público en el nacimiento y en el fin de un contrato, y el resguardo de derechos constitucionales de los concesionarios.

En la parte final del Capítulo II se analizan las tres principales controversias que se han presentado en relación con la validez de la declaración de caducidad de un contrato de concesión. El tema es relevante y reviste particular interés, porque tal como están redactados varios contratos de concesión aún vigentes, podrían presentarse controversias similares en el futuro.

Tal situación nos motivó a llevar a cabo la presente investigación, a fin de llegar a establecer el significado correcto de los términos, y poder concluir con una propuesta de incorporación de definiciones en la normatividad vigente. Resaltamos la importancia de ciertos principios que rigen las concesiones, y cuya observancia constituye obligación esencial a cargo del concesionario. Y solo deberá operar la caducidad de la concesión,

cuando estemos ante el incumplimiento de una obligación calificada como esencial en el contrato. Nuestra propuesta incluye tipificar en una norma legal cuales son las obligaciones esenciales que facultan a la administración a declarar la caducidad de un concesión, dejando siempre claro que la declaración de caducidad debe ser la última ratio a la que debe recurrir la administración ante un incumplimiento, pues dado el interés público que justifica la existencia de la concesión, la administración debe hacer el máximo esfuerzo por mantener la concesión vigente antes de extinguirla unilateralmente.

La situación que hemos encontrado en los contratos revisados denota desconocimiento del tema, desconocimiento que puede generar consecuencias al Estado. En efecto, toda decisión unilateral mediante la cual el Estado extingue un vínculo contractual es impugnabile.

Y ya han existido casos en que el concesionario ha impugnado la decisión de declarar la caducidad del contrato. Por tanto, no podría faltar en la presente investigación un análisis de las tres principales controversias que han surgido luego de que el Estado tomó la decisión de declarar la caducidad de un contrato de concesión. Como veremos, los resultados no han sido los mejores para el Estado. Y de seguir redactando cláusulas de caducidad como se ha venido haciendo, podrían surgir más controversias. Es por ello, que proponemos con el presente trabajo dejar bien definido “Como se debe extinguir una Concesión”.



CAPITULO 1

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1.1 Concepto y naturaleza del contrato administrativo

El Estado necesita contratar constantemente con el sector privado. Celebra contratos que satisfacen diversas necesidades, como el aprovisionamiento de bienes y servicios, la ejecución de obras de infraestructura, la operación de proyectos de gran magnitud durante cierto plazo o la prestación de servicios públicos. Estos contratos son denominados administrativos, y tienen un alto impacto en la economía de un país, pues además de satisfacer necesidades de la población, dinamizan el tráfico comercial, generan empleo, entre otras ventajas.

Determinar la naturaleza del contrato administrativo es útil para poder saber si determinados principios o normas que regulan la contratación en general le pueden ser aplicables. La doctrina se encuentra dividida entre quienes consideran al contrato administrativo como distinto y opuesto al contrato privado, y quienes lo consideran como un contrato al que corresponde aplicar los principios generales de la contratación. En el

Perú esta discusión adquiere una especial relevancia, debido a que – salvo la regulación contenida en la LCE y su Reglamento- no existe un estatuto regulatorio de los contratos administrativos. Esta indefinición da lugar a dilemas, como por ejemplo, si el Estado cuenta con prerrogativas exorbitantes implícitas, la validez de la rotura del principio de igualdad ante el otorgamiento al Estado de prerrogativas especiales, o el derecho a exigir una indemnización ante una revocación unilateral del contrato.

Por ello, consideramos necesario describir determinadas instituciones del derecho administrativo que servirán de base para posteriormente analizar un grupo de contratos de concesión que han sido seleccionados, así como las principales controversias que se han presentado cuando el Estado ha optado por extinguir unilateralmente un contrato. En ese sentido, es necesario tener claro el concepto de contrato administrativo, y tener claro bajo qué criterio lo podemos diferenciar de un contrato civil, así como que normas lo deben regir.

No existe uniformidad sobre el concepto de contrato administrativo, ni sobre su naturaleza jurídica. Tampoco sobre el grado de independencia del contrato administrativo respecto de los principios que rigen en el derecho privado.

Para Guzmán (2017), lo importante para poder calificar un contrato como administrativo es determinar si la Administración está ejerciendo prerrogativas especiales. Estas últimas incluyen modificar e interpretar unilateralmente el contrato, supervisar, vigilar y controlar la actividad desarrollada por el concesionario, de poner fin al contrato bajo esquemas inexistentes en el derecho privado y el poder de aplicar sanciones.

En su concepción clásica, el contrato administrativo se caracteriza, precisamente, por otorgar al Estado estos poderes que, a la luz del derecho privado, serían considerados como estipulaciones abusivas. Su fundamento está en la situación de desigualdad en que se encuentran las partes, situación que, a su vez, se justifica en razón de los distintos intereses perseguidos. La Administración persigue el bien común, que tiene su causa en el interés público que lo justifica, mientras que el particular tiene más bien un interés privado, de naturaleza individual, aunque de manera mediata pudiera estar conectado con el interés público.

En el Perú, De la Puente (1993), califica de administrativo al contrato cuyas prestaciones tienen relación directa o indirecta con funciones esenciales o fines específicos del Estado, o cuando contenga cláusulas consideradas exorbitantes o inusuales en el derecho privado, es decir, cláusulas que el derecho civil consideraría ilícitas.

Sin embargo, Baca (2013) considera que la presencia de estas prerrogativas no implica que necesariamente nos encontremos frente a contratos administrativos. El elemento diferenciador entre un contrato administrativo y uno privado sería más bien la relación del objeto del contrato con el interés general. De esta manera, cuando se incorpore el interés público en la causa del contrato, estará justificado que el Estado pueda ejercitar sus potestades, incidiendo sobre la relación contractual. Por lo tanto, dado que el Estado actúa procurando siempre la satisfacción del interés público, cuando considere que ha desaparecido el interés público que inicialmente justificó la celebración del contrato, podrá poner fin al mismo de manera unilateral.

En un sentido similar, Luque (2013) considera que lo que distingue a un contrato administrativo es el hecho de tener como finalidad una prestación de utilidad pública, para la cual se otorgan prerrogativas, no solo por el carácter público del sujeto, sino por la actividad que desarrolla. En igual sentido, Marienhoff (1970) señala que el contrato administrativo se caracteriza por ser celebrado por un órgano estatal, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, para satisfacer finalidades públicas.

Para Trelles (2002), el criterio determinante para establecer la naturaleza de un contrato celebrado por la Administración debe ser el contenido del mismo. Considera que un contrato será administrativo cuando regule materia administrativa y una de las partes sea la Administración. A su vez, la materia será administrativa cuando la ley así lo establezca, cuando la administración contrate con un fin público o cuando involucre temas de interés público o bienes de dominio público.

En el Perú no existe, ni ha existido una ley que califique a determinados contratos como “administrativos”, ni se les ha otorgado un régimen especial ni tampoco una jurisdicción exclusiva.

El TC se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica del contrato administrativo en la

sentencia expedida en el Exp. N° 005-2003-AI/TC, señalando que el análisis se debe hacer en cada caso concreto, pero aclarando que el contenido de los contratos-ley puede y debe sustentarse en razones de interés social, nacional o público.

Sobre cuál es el derecho que debe aplicarse al contrato administrativo, Dromi (1992) considera que será administrativo todo contrato que celebre la Administración y por tanto se aplicará una combinación del derecho privado con el derecho público, dependiendo del interés involucrado, siendo imposible distinguir la frontera entre ambos derechos.

Para Cassagne (1999) los contratos que celebra el Estado se subdividen en dos grupos, los regidos principalmente por el derecho público, y los regidos parcialmente por el derecho privado. A través de los primeros la Administración persigue la satisfacción de un interés público que se incorpora al fin u objeto del contrato y que da lugar a un régimen especial (ius variandi, interpretación, equilibrio financiero, etc.) (Trelles, 2002).

Para Martín (2013) la contratación administrativa es una categoría jurídica especial que presenta ciertas características al estar sometida a normas de derecho público, las mismas que definen su contenido.

Consideramos válidos ambos criterios diferenciadores, es decir, que el objeto del contrato se vincule al interés general, y además, un sometimiento a normas de derecho público. Consideramos, además, que ambos criterios se encuentran indisolublemente ligados, dado que los contratos administrativos se encuentran regidos por el derecho administrativo y, por tanto, el principio rector lo constituye el interés público¹.

1.2 Las teorías para diferenciar al contrato administrativo del contrato privado

En relación con la naturaleza jurídica del contrato administrativo, existen dos teorías, la unitaria, según la cual los contratos que celebra el Estado constituyen una categoría única, y la dualista, según la cual coexisten los contratos administrativos conjuntamente con los contratos privados que celebra el Estado.

¹ Recordemos que en nuestro ordenamiento nacional, el artículo III del Título Preliminar de la LPAG señala que dicha ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la administración pública sirva a la protección del interés general.

1.2.1 La concepción dualista o clásica

En la concepción clásica del contrato administrativo, se reconoce que el Estado cuenta con ciertas facultades excepcionales, no admisibles en el derecho privado, que pueden incluso considerarse como implícitas, es decir, aplicables aun sin haberse pactado. El sustento de estas facultades es el interés público que justifica la celebración del contrato. Estas facultades comprenden el derecho a modificar e interpretar unilateralmente el contrato, sancionar el incumplimiento, y ponerle fin aunque no exista un incumplimiento.

Como consecuencia de estas facultades, surgió el principio del mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, cuyo objeto es mantener vigente el contrato ante la ocurrencia de hechos irresistibles que afecten la normal ejecución del contrato.

Cassagne (1999) defiende la teoría dualista, al sostener que coexisten dos tipos de contratos, que tienen naturaleza y régimen aplicable distintos, los contratos en los que el Estado actúa como sujeto de derecho público, y los contratos privados de la administración, en los que el Estado actúa como un particular. Para diferenciarlos, señala que debe apreciarse los sujetos que intervienen, la voluntad de las partes, la calificación legislativa, el objeto del contrato y la existencia de cláusulas exorbitantes, pero siempre será el objeto del contrato el criterio diferenciador, pues si el objeto del contrato es un servicio público o una materia de utilidad pública, entonces estaremos ante un contrato administrativo.

Concluye que todo dependerá de la finalidad administrativa perseguida por el contrato y del régimen que sea consecuencia de esa finalidad dentro de la competencia específica que tenga asignada cada órgano o ente administrativo.

Esta concepción pone énfasis en las notas distintivas que diferencian al contrato administrativo del contrato privado. No obstante, autores como Martín (2013) señalan que estas características en realidad no existen, pues se podrían presentar tanto en la contratación administrativa como en la privada. Entre dichas características, comunes, tenemos las siguientes: límites a la libertad de las partes, desigualdad entre las mismas, mutabilidad del contrato y posibilidad de afectar derechos de terceros.

También se han propuesto otros criterios para intentar sostener la existencia de una dualidad, al coexistir “contratos administrativos” con “contratos privados de la Administración”, como por ejemplo:

- a. Si una de sus partes forma parte de la administración pública.
- b. Si contiene un sometimiento a la jurisdicción administrativa.
- c. Si son aplicables las normas que rigen los procesos de selección.
- d. Si contiene cláusulas exorbitantes que evidencian una relación de desigualdad.
- e. Si el Estado lo celebra con el objeto de satisfacer una finalidad pública, o para ejercer función administrativa.

1.2.2 La concepción unitaria

También denominada teoría monista, para esta concepción los contratos que suscribe el Estado constituyen una categoría única caracterizada por la aplicación del derecho público.

Para esta teoría, que es la más aceptada en el Perú, todos los contratos en los que interviene el Estado son “públicos” en la medida en que se rigen por el derecho administrativo, el cual viene a ser un régimen jurídico específico de derecho público.

Se critica la tesis dualista por la inutilidad de la distinción y de los criterios que le sirven de base (servicio público, jurisdicción aplicable, cláusula exorbitante). Para la teoría unitaria, cuando el Estado contrata siempre se va a regir por un marco legislativo particular.

Al respecto, Linares (2002) defiende la existencia en el Perú de un único marco contractual contenido en el CC. El contrato estatal surge cuando el Estado desplaza las normas del CC y se somete a un régimen predominantemente de derecho público.

De manera similar, Martín (2006), con quien coincidimos, niega la existencia de una distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la administración pública. También propone un régimen jurídico único para los contratos celebrados por el Estado, que debería considerar un régimen unitario para la formación de la voluntad del Estado, un fuero único para la solución de las controversias, y la aplicación combinada del derecho público y privado.

1.3 Potestades y prerrogativas

El Estado posee prerrogativas y potestades. Estas últimas son irrenunciables y constituyen un medio a través del cual el Estado logra la satisfacción de sus fines públicos. Dentro de las potestades tenemos, por ejemplo, la sancionadora, la fiscalizadora y la reglamentaria, que son consideradas indispensables para el funcionamiento administrativo.

Las prerrogativas, en cambio, son ciertas ventajas que otorga el régimen legal a la administración, y que la facultan a definir cuál es la interpretación correcta del contrato, a modificarlo por razones de oportunidad o interés público, a decretar su caducidad, resolución o rescisión, y determinar sus efectos. Estas prerrogativas, a diferencia de las potestades no son inherentes e irrenunciables.

Es un tema en debate si existen las potestades contractuales implícitas, es decir, si el Estado debe tener la capacidad de reaccionar ante imponderables que afecten el interés público, aunque nada se haya establecido en la ley o el pacto. Se esgrime a favor, que el derecho no puede prever contractualmente todos los supuestos ante los cuales el Estado pueda reaccionar en salvaguarda del interés público, por lo que debe admitirse una cláusula general.

De la Puente (1993) señala que las cláusulas exorbitantes implícitas tienen su fundamento en que el Estado es una persona moral con potestades y derechos irrenunciables, por ser irrenunciables los derechos que debe proteger. El Estado no puede, por ello, desligarse de sus potestades públicas para convertirse en un sujeto que vela por intereses privados; o, como dijo un autor, quitarse la capa de Derecho público para ponerse el sayo de su personalidad privada: ello le está vedado.

Para Sarmiento existen competencias razonablemente implícitas en el ordenamiento jurídico, las cuales coexisten con las potestades expresas establecidas en la ley o el contrato. (como se citó en Linares, 2006).

En el mismo sentido, Fiorini (1968) considera que no es necesario incorporar las cláusulas exorbitantes en un contrato administrativo para poder ejercitarlas como potestades a favor

de la administración pública. No surgen del contrato sino de la propia actividad administrativa, caracterizada por la ejecutoriedad. Es decir, el carácter ejecutorio propio de los actos administrativos unilaterales se proyecta también en los contratos administrativos.

Analizando la facultad de la administración de resolver un contrato por incumplimiento, no puede tildársele de potestad ni de prerrogativa, debido a que no es exorbitante respecto del derecho privado. Lo mismo ocurre con la aplicación del principio de conservación del equilibrio económico-financiero del contrato. En estos casos estaríamos, por tanto, ante derechos contractuales. No obstante, sobre la potestad resolutoria o revocatoria, existen discrepancias, en cuanto si esta potestad procede solo ante casos de incumplimiento contractual, o si también puede ser utilizada alegando razones de interés público. En este último caso, no sería necesario que la potestad haya sido pactada. Este tema será desarrollado en detalle en el sub capítulo 1.6 de este Capítulo.

Sobre la existencia de poderes exorbitantes implícitos, en el Perú la doctrina coincide en contra de su existencia. Toda regulación respecto de los contratos del Estado, por tanto, debe estar plasmada en la ley o en el mismo contrato. El derecho privado se aplicará supletoriamente para cubrir los vacíos que no puedan solucionarse aplicando el derecho administrativo. El grado de supletoriedad dependerá de cada tipo de contrato, siendo mayor, por ejemplo, en contratos de arrendamiento o donación de bienes a favor del Estado, y más restringida en contratos de concesión.

1.4 El contrato de APP como una categoría de la contratación administrativa.

Tradicionalmente, los proyectos de ejecución de obras de infraestructura y de prestación de servicios públicos tenían un origen público. Sin embargo, a partir de inicios de la década de 1990, el gobierno dictó una serie de normas para promover la inversión privada en la ejecución de obras y en la prestación de servicios públicos, introduciendo la figura de la iniciativa privada.

Actualmente se encuentra vigente el DL N° 1362, según el cual:

- Las APPs constituyen una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados.

- Se utilizan para desarrollar proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o innovación tecnológica.
- Contienen una distribución de riesgos y recursos.
- Pueden originarse por iniciativa estatal o por iniciativa privada.

Para Morón (2017) bajo la denominación de APP se comprende a una amplia variedad de contratos en los cuales se incorpora la participación de la inversión privada mediante su experiencia, conocimientos, equipos y tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privado, con el objetivo de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública, proveer servicios públicos y/o prestar los servicios vinculados a estos que requiera brindar el Estado, así como desarrollar proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica.

Las APP conforman, por tanto, una categoría de contratos, que incluye contratos de construcción, operación y mantenimiento de infraestructura, de prestación de servicios públicos. La ley no considera como APP a aquellos proyectos cuyo único alcance sea la provisión de mano de obra, instalación de equipos, ejecución de obras públicas, explotación y/o mantenimiento de activos de dominio privado del Estado.

De acuerdo al Reglamento del D.L. No. 1362, las APP pueden emplearse para la implementación de proyectos en:

- a. Infraestructura pública en general, incluyendo entre otros a: redes viales, redes multimodales, vías férreas, aeropuertos, puertos, plataformas logísticas, infraestructura urbana de recreación y cultural, infraestructura penitenciaria, de riego, de salud y de educación.
- b. Servicios públicos, incluyendo entre otros a: los de telecomunicaciones, energía y alumbrado, de agua y saneamiento y otros de interés social, relacionados a la educación, la salud y el ambiente, en este último caso, aquellos como el tratamiento y procesamiento de residuos.
- c. Servicios vinculados a la infraestructura pública y servicios públicos que requiere brindar el Estado, incluyendo entre otros a: sistemas de recaudación de peajes y tarifas y Centros de Mejor Atención al Ciudadano.
- d. Proyectos de investigación aplicada.

e. Proyectos de innovación tecnológica

Para lo cual se puede recurrir a contratos de concesión, operación y mantenimiento, gerencia, así como cualquier otra modalidad permitida por la normativa vigente.

Por tanto, la concesión es una de las modalidades a las que se puede acudir para implementar una APP. Para efectos del presente trabajo, nos interesa destacar que el DL No. 1362 hace mención somera a la institución de la caducidad del contrato, a lo cual nos referiremos en detalle más adelante.

Las normas que regulan las APP han sido de suma importancia, y han generado, de acuerdo a Proinversión² de 1998 a 2017 98 concesiones con una inversión proyectada total de USD 29,674,396,776.00, comprendiendo actividades de transporte vial, ferroviario, aeropuertos, electricidad, telecomunicaciones, salud, puertos, etc.

El Estado se beneficia con esta modalidad, al trasladar al inversionista la responsabilidad de operar, mantener y ampliar la infraestructura, así como la de hacer la inversión inicial. A cambio, el inversionista recibirá pagos periódicos del Estado.

1.5 El contrato de concesión.

El Perú inició en 1990 un proceso de privatización, en el que la modalidad contractual más utilizada por el Estado fue la venta de activos y la transferencia de acciones de las empresas del Estado. Posteriormente, el Estado empezó a utilizar la concesión, para lo cual se dictaron una serie de normas³.

En la Constitución encontramos dos normas que establecen el marco constitucional de la concesión en el Perú. De un lado el artículo 66° establece que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación y pueden ser otorgados en concesión. Y de otro lado, el artículo 73° según el cual los bienes de dominio público pueden ser concedidos a particulares para su aprovechamiento económico.

² Publicado en: <http://www.proyectosapp.pe>

³ Entre ellas tenemos: D.S. N° 059-96-PCM y 060-96-PCM, y los D.L. N° 674, 758 y 839.

Al amparo de dicho artículo 73° de la Constitución, en 1996 se dictó en 1996 el TUO, el cual estuvo vigente hasta su derogación por el DL N° 1124.

Actualmente, existen varios regímenes legales aplicables a las concesiones, según se trate de recursos naturales, infraestructura o servicios públicos), o del nivel de gobierno que la otorga (nacional, regional o local). En el ámbito de la MML, mediante Ord. N° 867, publicada el 16.11.2005 reguló el otorgamiento de concesiones en el ámbito de dicha municipalidad.

Las concesiones para prestar servicios públicos, están reguladas por diversas leyes sectoriales que establecen el marco legal para el desarrollo de la respectiva actividad. En este sentido, tenemos la regulación de las concesiones para prestar servicios de telecomunicaciones, la regulación de las concesiones eléctricas, de hidrocarburos o de energía, y las de servicios de saneamiento.

Morón (2017) define a la concesión como el contrato por el cual la administración otorga el derecho y obligación de crear, ejecutar y explotar determinadas obras públicas de infraestructura construidas sobre bienes de dominio público o la gestión y prestación de un servicio público, durante cierto plazo, bajo su propia cuenta y riesgo y sujeta a un régimen regulatorio particular.

Marienhoff (1970) considera que es un acto mediante el cual el Estado encomienda a una persona, por un tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un servicio público. El concesionario actúa a su propia costa y riesgo, recibiendo a cambio una retribución que puede ser pagada directamente por los usuarios, o recibida en subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o en ambas cosas a la vez.

Para este autor, el otorgamiento de la concesión no implica una delegación funciones, sino una transferencia transitoria de potestades públicas, lo cual es factible por corresponder a su competencia constitucional integrante de la zona de reserva de la Administración.

Coincidimos con Marienhoff (1970), cuando afirma que el "régimen jurídico" de la concesión de servicio público se asienta en los tres principios fundamentales:

- a. Se otorgan, directa e inmediatamente, en "interés público".
- b. El servicio público concedido sigue siendo "servicio público", debiendo aplicarse los principios esenciales que lo rijan.
- c. Es un contrato administrativo strictu sensu.

Este autor considera al contrato de concesión como un contrato de “colaboración”, pues la obligación del concesionario es ejecutar prestaciones que, directa o inmediatamente, facilitan el cumplimiento de las funciones esenciales del Estado, a diferencia de los contratos de "atribución", en los cuales el Estado confiere ciertas ventajas a los administrados; por ejemplo: la concesión de uso sobre el dominio público (Marienhoff, 1970).

Zegarra (1998), define a la concesión como una relación jurídica pública a través de la cual el Estado otorga por un plazo determinado la gestión de un servicio público u obra pública de infraestructura de servicios públicos para su aprovechamiento económico, conservando la titularidad del servicios o de la obra. Para esta definición, es más bien una “relación jurídica”, antes que un acto administrativo.

El TC en el Exp. No. 0048-2004-PIITC se pronunció estableciendo que la concesión es un acto administrativo mediante el cual el Estado efectúa la entrega, para su aprovechamiento temporal, de bienes de dominio público, estableciéndose una relación jurídica pública subordinada al interés público, y no de carácter sinalagmático. Tiene su origen en una facultad discrecional de la administración, que se exterioriza mediante un acto de autoridad.

La única definición legal de concesión que ha habido en el Perú, estuvo en el Reglamento del TUO que la definió como 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, por un plazo establecido.

Finalmente, nos interesa resaltar que la concesión de servicios públicos está regida también por determinados principios, como lo son la equidad, mutabilidad, igualdad de acceso, continuidad, calidad, neutralidad, no discriminación y asequibilidad. El incumplimiento de estos principios constituye un incumplimiento de obligación esencial. Algunos contratos de

concesión contienen, acertadamente a nuestro criterio, un listado de obligaciones esenciales, entre las que se encuentran las siguientes:

- a. El deber de respetar las reglas de competencia en relación con los competidores.
- b. El deber de cumplir con los estándares de calidad establecidos en las normas.
- c. El deber de cumplir los planos de expansión o de cobertura.
- d. El deber de observar ciertas normas vitales para la operación del servicio, como por ejemplo, las normas de interconexión en materia de telecomunicaciones.

1.6 La concesión como acto y como contrato.

Hay autores que consideran que la concesión es acto mixto o de doble configuración jurídica (Zegarra, 1998). Consideran que la concesión tiene dos momentos consecutivos. El primero, que consiste en un acto de poder público, se refiere al aspecto legal o reglamentario de la concesión, en cuya virtud el Estado traspasa una determinada actividad a una empresa privada, reteniendo los poderes de vigilancia y control en atención al interés público. El segundo está referido a la asunción de obligaciones por ambas partes, las mismas que se pactan en el contrato.

Para esta posición, el origen de una concesión es un acto de la administración, que posteriormente se formaliza en un contrato, en el cual el concesionario por su cuenta y riesgo asume la ejecución de determinadas prestaciones.

Compartimos la posición de Martín (2011), cuando concluye que no cabe distinguir entre la concesión como acto administrativo y como contrato de concesión. Si bien en un primer momento asume la forma de un acto administrativo, posteriormente asume la forma de un contrato administrativo. Se basa en que la concesión comprende todas las disposiciones legales o reglamentarias que deben regir la ejecución de la obra pública o la prestación del servicio. Por lo tanto, tiene la naturaleza jurídica de un acto unilateral del poder público, por el cual se ostenta potestades de variación con la finalidad de satisfacer intereses públicos.

Finalizamos este subcapítulo, concluyendo que la concesión nace a partir de un acto administrativo, pero se formaliza a través de un contrato. Si bien el acto administrativo que

le da origen se rige por la LPAG, y ello comprende las normas sobre nulidad y revocación, el contrato otorga derechos contractuales al concesionario. Es importante resaltar que la finalidad de la concesión, y la razón de su existencia, siempre será la satisfacción del interés público. Por lo tanto, la concesión se otorga y se mantiene vigente, en la medida en que se mantenga vigente el interés público que justificó su otorgamiento y su vigencia.

1.7 Las formas de extinción del contrato administrativo.

Los contratos administrativos pueden terminar por causas normales o anormales. Las causas normales se asimilan a una cesación de los efectos del contrato. Las causas anormales, en cambio, hacen referencia a una extinción del contrato por causas no queridas por las partes al momento de la celebración, sino que son resultado de circunstancias o causales sobrevinientes a la celebración del contrato.

Esta distinción de las formas de extinción tiene relevancia, pues se derivan efectos distintos para cada situación, sobre todo en relación con el deber de indemnizar a cargo del Estado.

1.7.1 Las causales de extinción normales

1.7.1.1 Cumplimiento del objeto

El cumplimiento del objeto no es un caso de extinción del contrato, sino de cesación de sus efectos. Sucede cuando la totalidad de las prestaciones han sido ejecutadas normalmente. Sin embargo, el tema presenta cierta complejidad, pues la concesión fue otorgada para lograr la satisfacción de necesidades públicas permanentes. Por lo tanto, un contrato de concesión no debería ser susceptible de terminar por cumplimiento del objeto, sino por vencimiento del plazo.

1.7.1.2 Vencimiento del plazo

El vencimiento del plazo del contrato es una causa normal de extinción del contrato. Se está respetando la intención inicial de las partes.

En este caso, respecto de los bienes asignados al cumplimiento del contrato, deberá respetarse lo pactado en el contrato. Si no se estipuló nada distinto, dichos bienes seguirán perteneciendo a quien fue el concesionario.

No existe ninguna complicación cuando se vence el plazo de la concesión, salvo la situación que se produce cuando el concesionario continúa prestando el servicio sin oposición del Estado a pesar de haber vencido el plazo. Para Marienhoff (1970), debe entenderse que en este caso el concesionario actúa dentro del orden jurídico, bajo el amparo del derecho, sin que exista renovación tácita de la concesión. Estaremos entonces ante la continuación de la concesión vencida, situación que se extenderá hasta que el concedente decida darla por finalizada.

1.7.1.3 Mutuo acuerdo

Las partes pueden acordar la terminación anticipada del contrato de concesión, justificando el acuerdo en razones de interés público u otras razones que hagan innecesaria o inconveniente la vigencia del contrato.

Sin embargo, debe tenerse presente que el Estado estará impedido de acordar la terminación de un contrato por mutuo disenso, cuando exista un incumplimiento previo por parte del concesionario. En esta situación, el Estado estará obligado a aplicar los mecanismos sancionatorios establecidos en el contrato

1.7.2 Las causales de extinción anormales.

1.7.2.1 Nulidad.

La nulidad no se refiere a la ilegalidad el contrato. Más bien es una sanción por la existencia de un vicio de forma o de fondo. Las disposiciones sobre nulidad del acto administrativo contenida en la LPAG son planamente aplicables a los contratos administrativos (Martin, 2011).

Estas causales de nulidad se encuentran en el artículo 10º de la LPAG y, resumidamente, son las siguientes:

- a. La contravención a la Constitución, a las leyes o a los reglamentos.

- b. El defecto u omisión de algún requisito de validez.
- c. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.
- d. Actos que infringen la ley penal.

Los requisitos de validez se encuentran en el artículo tercero de la misma ley, entre los cuales nos interesa resaltar los siguientes:

- a. Competencia del órgano emisor.
- b. Objeto o contenido explícito, el cual además deberá ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.
- c. Adecuación a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al emisor.
- d. Motivación.
- e. Procedimiento regular previo a su emisión.

Estos requisitos de validez no solo son aplicables a los contratos, sino también a los actos mediante los cuales la Administración decida modificar o poner término a un contrato, los cuales deben estar debidamente motivados, tener un objeto lícito y estar adecuado a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al emisor, sin que la ausencia de dichas normas genere discrecionalidad. Por lo tanto, un acto administrativo carente de motivación, o con motivación defectuoso, estará viciado de nulidad.

1.7.2.2 Renuncia del concesionario.

La renuncia del concesionario no constituye un medio idóneo para extinguir la concesión de servicio público, debido que las concesiones se otorgan en función al interés público y no función del interés privado del concesionario.

Consecuentemente, el concesionario no podrá poner fin al contrato unilateralmente mediante una renuncia, pues el contrato se celebró y debe ejecutarse en interés del Estado y no del concesionario. El concesionario no puede, por tanto, disponer de las prerrogativas

del Estado. La renuncia sería válida únicamente si el Estado la acepta, en cuyo caso estaríamos ante una resolución de mutuo acuerdo.

Adicionalmente, únicamente cabría la renuncia del concesionario en los contratos atribución, y no respecto de los contratos colaboración. Ello, debido a que los primeros se celebran principalmente en el interés "privado" o "particular" del concesionario, mientras que los segundos se celebran para atender necesidades de interés público. (Marienhoff, 1970).

Existen contratos de concesión que prevén las consecuencias de una renuncia por parte del concesionario, como por ejemplo el contrato para la Masificación del Gas Natural, que establece que, ante una renuncia de parte del concesionario, se devengará a favor del concedente una penalidad con carácter de indemnización por todo concepto equivalente al monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento, sin derecho a reembolso alguno para la Sociedad Concesionaria. Por lo tanto, en la práctica la renuncia se equipara al incumplimiento.

1.7.2.3 Revocación de la concesión

La revocación es una potestad excepcional de la administración, que le permite modificar o extinguir un acto administrativo basándose en la necesidad de adecuación al interés público. Esta potestad se encuentra regulada en el artículo 203° de la LPAG, norma que no precisamente habilita el poder de revocación, sino más bien lo reconoce al limitarlo y establecer en qué casos no procede:

Dicha norma establece que los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Continúa la norma señalando que, excepcionalmente, cabe la revocación, con efectos a futuro, cuando:

- a. La facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

- b. Sobreviene la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.
- c. Apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

Dicha norma está señalando en qué casos el interés público sobreviniente adquiere preeminencia y puede afectar el derecho de los administrados.

En cuanto a la prohibición de revocar o modificar de oficio actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, esta regla obedece al principio de interdicción de la arbitrariedad, pues obedecería totalmente a una decisión discrecional sumamente subjetiva y por tanto inadmisibles por la inseguridad jurídica que generaría. Los actos no favorables o de gravamen, sí pueden ser revocados por razones de mérito, oportunidad o conveniencia, es decir, cuando por causas externas han devenido en incompatibles con el interés público tutelado.

En lo que respecta a los contratos administrativos, mediante una decisión gubernamental, adoptada en ejercicio de potestades administrativas, la administración pública puede determinar que no sea conveniente continuar con la ejecución del contrato de concesión, en cuyo caso debe pagar una indemnización al afectado (Martin, 2011).

Marienhoff (1970) distingue la revocación de la caducidad, señalando que el Estado puede revocar una concesión por razones de ilegitimidad o por afectación del interés público, mientras que la caducidad puede ser declarada únicamente cuando estamos ante un incumplimiento imputable. La revocación tiene así una aplicación más amplia que la caducidad, pues mientras aquella extingue "actos-administrativos" en general, la caducidad sólo extingue "vínculos" jurídicos.

Para Eguiguren (2001), la revocación de un contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, fundadas en interés público, debe contar con los presupuestos del artículo 203° de la LPAG y, en especial, que existan los presupuestos sobrevinientes a la

adjudicación de la buena pro o de la celebración del contrato de concesión que se desea revocar, es decir, situaciones que las hacen inadecuadas para cumplir sus fines, en especial el interés público. Es un poder que debe ejercerse de manera legítima, pues de lo contrario un poder ilimitado sería contrario al interés público.

Las decisiones administrativas tomadas por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, lindan con la discrecionalidad y, en tal sentido, el interés público establece un límite a esta potestad. Para Cassagne (2008) la oportunidad “es un modo de apreciar y verificar la finalidad de interés público que no necesariamente se opone a la legalidad ni a la razonabilidad, con las que debe guardar coherencia” (p.16). Considera que una decisión de oportunidad de la Administración puede referirse a i. la elección del momento en que se dicta el acto; ii. la determinación concreta del fin de interés público; iii. el objeto que mejor se ajuste al interés público; iv. el procedimiento más adecuado para cumplir los fines que persigue la Administración y v. la competencia implícita o la que se funda en el principio de la especialidad, cuando se trata de actos favorables al administrado.

La posibilidad de revocación no puede pactarse, dado que siempre se exige una base legal para su aplicación.

1.7.2.4 Rescate de la concesión

El rescate es una decisión unilateral adoptada por el Estado, que sustentada en razones de interés público, pone fin a un contrato para que el Estado asuma en forma directa la ejecución de dicho contrato Marienhoff (1970). Esta figura es aplicable a los contratos de colaboración, es decir, a aquellos que comprenden actividades que pueden ser reasumidas por la Administración, estando excluida, por tanto, de los contratos de atribución.

En la misma línea, Mestre (1992) señala que estamos ante una forma de extinción anticipada de la concesión, que procede por hechos ajenos a la relación contractual, los cuales están ligados a la satisfacción del interés público.

Lo que caracteriza a esta modalidad de extinción, es la sustitución del concesionario por la administración, quien continúa con la ejecución del contrato. La diferencia con la revocación, radica en que con el rescate no se persigue suprimir el servicio, como sucede

con la revocación, sino que la Administración asuma la ejecución directa de las prestaciones.

Aguilar (2007), señala que esta modalidad ha generado mucha polémica, en tanto implica someter la continuidad de la concesión a los vaivenes políticos, por ello, los riesgos de ejercer esta medida están referidos a que podría confundirse el interés público con la orientación política. Por lo tanto, cuando se invoque la afectación de un interés público, este debe sustentarse en las necesidades objetivas del servicio objeto del contrato, es decir, en su reorganización, desregulación o desmonopolización, etc., y en ningún caso por finalidades fiscales o políticas. Agrega que perseguir estas finalidades sería completamente ilegal y atentaría gravemente contra los principios de la ESM y del Estado Democrático (Martín, 2011).

Es importante resaltar que, dado que el rescate se justifica por razones de interés público sin que exista incumplimiento por parte del concesionario, este último debería ser indemnizado.

Sobre la posibilidad de rescatar una concesión sin que se haya pactado en el contrato, Marienhoff (1970) señala que en Argentina el rescate de una concesión es de "principio" y va "sobrentendida", sin que sea necesario un pacto al respecto. Esto, debido a que tanto el rescate como la revocación por razones de oportunidad tienen una causa similar, consistente en la satisfacción del interés público. Si el rescate no tiene por finalidad proteger el interés público, sería un rescate arbitrario, y viciado como acto jurídico.

Nosotros agregaríamos que toda decisión de rescate, por ser un acto jurídico, debe cumplir con los requisitos legales de los actos jurídicos en general, incluyendo una debida motivación, más un plazo razonable como preaviso.

1.7.2.5 Caducidad de la concesión

a. La caducidad como sanción

Para Marienhoff (1970) es lo mismo que la rescisión unilateral, y procedería como una sanción ante una infracción del contrato. Para este autor, la declaración de caducidad

procede cuando el concesionario incumple obligaciones a su cargo establecidas en el contrato, y dicho incumplimiento le es imputable.

Continúa señalando que la caducidad debe ser pactada, pero el pacto que la establece puede ser expreso o implícito. El pacto de caducidad puede ser implícito por ser una obvia consecuencia de las cláusulas exorbitantes virtuales del derecho privado, inherentes al contrato administrativo (Marienhoff, 1970).

Bajo la posición de Marienhoff (1970), el concesionario no tendría derecho a una indemnización, pues él habría originado la declaración de caducidad.

Para Mestre (1992) y Aguilar (2007) constituye una sanción por incumplimiento de una obligación esencial. El objetivo, según Aguilar (2007), es garantizar la continuidad de la prestación del servicio removiéndose al concesionario que ha incumplido. Por lo tanto, antes de declarar la caducidad, la administración debe intimar al concesionario para que subsane el incumplimiento dentro de un plazo razonable (Martin, 2011).

Los autores coinciden en que el incumplimiento que dé lugar a la declaración de caducidad debe ser grave, es decir se debe haber incumplido una obligación esencial. Para Aguilar (2007) la esencialidad de la obligación estará determinada por la relevancia que dicha obligación tenga con respecto al sinalagma convencional. La gravedad del incumplimiento debe haber afectado la continuidad o la obligatoriedad del servicio. Estas obligaciones esenciales no necesariamente deben estar previstas con tal condición en el contrato (Martin, 2011).

Rodríguez Arana distingue, en materia de caducidad, entre el incumplimiento de obligaciones esenciales y de obligaciones accidentales, calificando a estas últimas como aquellas cuyo incumplimiento no afecta al objeto de la concesión. Las primeras, en cambio, son obligaciones cuyo incumplimiento normalmente impide la consecución del interés público a que está sujeta toda concesión (como se citó en Rivera, 2014).

Bajo este criterio, las obligaciones esenciales cuyo incumplimiento otorgaría derecho a declarar la caducidad serían siguientes:

- a. La ruptura de la continuidad en la prestación del servicio. Esto comprende los casos de abandono o renuncia de la concesión).
- b. La cesión del contrato sin el consentimiento del Estado.
- c. Incumplimiento reiterado de directrices de la Administración respecto de obligaciones básicas de la concesión que resulten en una perturbación grave e irreparable.
- d. Violación grave de los derechos de los usuarios.
- e. Incumplimiento de obligaciones económicas a favor del Estado, por ejemplo, el pago del canon.

Por lo tanto, la caducidad viene a ser una institución propia del derecho administrativo, a través de la cual se hace referencia a la resolución de un contrato administrativo por incumplimiento de una obligación esencial, y debe constituir la última ratio ante un incumplimiento.

b. La caducidad como medida preventiva.

Para La Fuente (1989), la declaración de caducidad no es un acto sancionador, pues lo que se busca con esta medida es evitar que una situación se perpetúe en el tiempo. En este sentido:

Se trata de una manifestación del poder general de resolución adoptada en defensa de la finalidad pública de la concesión. Es pues una modalidad de resolución objetiva que procederá a adoptar la administración cuando tenga lugar alguna de las causas que justifican su declaración, con independencia de la citada causa sea imputable o no a la voluntad del concesionario (p. 121).

Por lo tanto, solo se produciría por causas legalmente tipificadas. No obstante, en el Perú la doctrina considera a la caducidad como una sanción por incumplimiento de una obligación esencial.

c. La caducidad en normas legales.

El TUO, vigente hasta el año 2015, establecía que la concesión caducará por las siguientes causales:

- a. Vencimiento del plazo por el que se otorgó;

- b. Incumplimiento de las obligaciones del concesionario cuya violación haya sido expresamente tipificada como causal de caducidad en el contrato correspondiente;
- c. Acuerdo entre el Estado y el concesionario;
- d. Destrucción total de la obra; y
- e. Otras causales que se estipulen en el contrato.

Como se puede apreciar, esta norma seguía en parte la posición de Marienhoff (1970), al establecer la caducidad del contrato de concesión procede como una sanción ante el incumplimiento por parte del concesionario, pero exigiendo que las obligaciones cuyo incumplimiento otorgue derecho a declarar la caducidad deban estar previstas en el contrato. La norma combinaba la caducidad como sanción por incumplimiento, con la caducidad como una forma normal de terminación del contrato (vencimiento del plazo o mutuo acuerdo), y con la caducidad por fuerza mayor (destrucción de la obra). Se puede concluir, por tanto, que la caducidad no era en estricto una sanción por incumplimiento, pues comprendía otros supuestos.

El RTHD (D.S. N° 081-2007-EM) regula las concesiones de transporte de hidrocarburos, y establece como causales de terminación del contrato la caducidad de la concesión, consignando como causales de caducidad una serie de incumplimientos contractuales. Se establece asimismo, un procedimiento para declarar la caducidad, que incluye el otorgamiento de un preaviso y un plazo para efectuar descargos.

La Ord. N° 867 emitida por la MML para concesiones otorgadas en el ámbito de su competencia, establece como causales de caducidad de la concesión el vencimiento del plazo, el incumplimiento de obligaciones del concesionario que hayan sido expresamente consignadas en el contrato como causales de caducidad, el acuerdo de partes, la quiebra del concesionario, y otras que se incluyan en el contrato.

En materia de contratación estatal, la LCE vigente establece que cuando se produzca la caducidad de un contrato de APP la Entidad titular del proyecto podrá contratar directamente bajo el supuesto de desabastecimiento para garantizar la continuidad del proyecto.

En la regulación de APPs, el DL N° 1362, utiliza el término caducidad en las formas siguientes:

- La Entidad a cargo del proyecto está facultada para declarar la suspensión o caducidad del contrato, cuando concurran las causales previstas en el mismo.
- No pueden ser postores o inversionistas los inversionistas de un contrato que ha sido declarado resuelto o caduco.
- La fase de ejecución contractual culmina con la caducidad del contrato.
- Declarada la caducidad de un contrato de APP, la entidad titular del proyecto, directamente o a través de terceros, asume el proyecto de manera provisional.

Para esta norma, la caducidad es sinónimo de terminación, y puede ocurrir por causas normales o anormales. En efecto, el art. 35.1 establece que la fase de ejecución del contrato comprende el periodo de vigencia, y el artículo siguiente señala que dicha fase culmina con la caducidad. Es decir, que los contratos APP también caducan por vencimiento del plazo o por mutuo acuerdo, lo cual no nos parece correcto.

Adicionalmente, se establece en el art. 58 que producida la caducidad la administración debe asumir la ejecución del proyecto de manera provisional. Esta característica que es más propia del rescate que de la caducidad, no aplicaría en todos los casos de terminación del contrato, por lo que no nos parece acertado consignarla como una consecuencia de la caducidad bajo cualquier causal.

Por lo tanto, aunque no exista una norma que establezca las causales de caducidad, esta norma permite establecerlas en el contrato. Podemos concluir que la caducidad en materia de APPs es una institución que existe, aplicable siempre que se pacten las causales, y que debe ser definida conforme a la doctrina del derecho administrativo.

De otro lado, el Reglamento del DL N° 1362 en su artículo 39.2 establece como causal de caducidad la violación de la cláusula anticorrupción, causal que no está prevista en el DL.

1.7.2.6 Resolución por parte de la Administración

Constituye otra forma de "extinción" del contrato administrativo. Comprende tanto la resolución bilateral por mutuo acuerdo, como la unilateral por incumplimiento o por causas no imputables, como la fuerza mayor.

En principio, se trata de una potestad que puede ser ejercida por el Estado, y que puede estar o no pactada en el contrato. Si el contrato estableció las causales de resolución, estaremos ante una cláusula resolutoria expresa en los términos previstos por el artículo 1430° del CC. Si la causal no está expresamente prevista, procede la resolución unilateral, pero deberá ser declarada por la autoridad judicial o arbitral. La resolución afecta al contrato, pero no al acto, lo cual diferencia esta figura de la caducidad.

Para Marienhoff (1970), la resolución constituye una sanción que se impone por incumplimiento del concesionario, es decir, asimila la caducidad de la concesión a la rescisión unilateral. Por lo tanto, no procede por razones de interés público, ni por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Tampoco es un remedio al cual el Estado pueda acudir para satisfacer el interés público.

En el Perú, se encuentra regulada por el CC, cuyas normas son aplicables supletoriamente a los contratos administrativos.

Sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas del CC sobre resolución contractual, consideramos que ante un incumplimiento por parte del concesionario, la figura aplicable es la caducidad, la cual únicamente procede ante el incumplimiento de una obligación esencial, y como última ratio ante tal situación. Por tanto, no consideramos correcto que una concesión tenga previstas como causales de resolución una diversidad de obligaciones no esenciales o menores.

1.8 La desviación de poder.

También llamada desviación de la finalidad del acto, es una causa de anulación del acto administrativo que se configura cuando el Estado, actuando discrecionalmente, distorsiona intencionalmente el cometido o finalidad pública de la norma, desviándola en su propio beneficio o de terceros. Es decir, el agente se aparta de la finalidad expresa o

implícitamente prevista por la ley, y actúa con el objetivo de beneficiar a la propia administración.

Así, se considera que se incurre en desviación de poder, cuando la administración transgrede el artículo 3.3 de la LPAG según el cual los actos administrativos deben adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indiquen los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

Un ejemplo de desviación de poder por alejarse de la finalidad se produce cuando se declara la caducidad de un contrato con la intención de celebrar otro y traspasar el servicio a un tercero. De producirse esta situación, el órgano judicial tendría competencia para verificar la efectiva existencia de los hechos que se adujeron para imponer la sanción, sin que proceda aducir discrecionalidad. También se produce cuando la administración en ejercicio de su potestad de modificar el contrato, alega una finalidad que no resulta cierta, sincera y verdadera. Si bien los derechos del contratante pueden ser sacrificados por razones de interés público, se requiere siempre de la justificación, la motivación y del respeto al debido proceso.

Otro caso de desviación de poder, se da cuando el rescate no responde a razones de interés público y, por lo tanto, es arbitrario. (Marienhoff, 1970). En efecto, la invocación del interés público como causal de rescate exige una carga de motivación que debe estar basada en hechos concretos. El derecho administrativo no admite la invocación de conceptos jurídicos indeterminados como motivación suficiente de los actos administrativos. Lo contrario, tal como ha sido sostenido por el TC, sería violatorio del debido proceso administrativo.

Adicionalmente, el Estado tiene una carga de diligencia en el ejercicio de sus funciones y, además, está abocado a proteger las expectativas legítimas que genere su actuación en los administrados que han actuado de buena fe. Según el principio constitucional de seguridad jurídica, la relación entre las autoridades y los particulares debe basarse en una confianza que proteja a estos últimos de actos arbitrarios, repentinos o improvisados por parte de la

Administración. El TC (Exp. 0016/2002) ha establecido que el principio de seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho, y la predictibilidad de los actos del Estado frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad.



CAPÍTULO 2

EL INTERES PÚBLICO

2.1 Concepto.

El interés público es reconocido como un concepto indeterminado e impreciso, no definido por el ordenamiento legal, pero de suma importancia pues sirve como fundamento de la actuación del Estado. Al igual que otros conceptos jurídicos indeterminados, como el orden público, las buenas costumbres y la buena fe, ocupa un lugar preferencial en el derecho, pues reflejan fines, intereses y valores del individuo, de la colectividad y del Estado, que sirven de sustento para la expedición de normas, además de poder ser objeto de invocación directa.

La indefinición que caracteriza a este concepto, no necesariamente es una imperfección de las normas que lo mencionan, sino más bien una exigencia al tenerse que regular relaciones sociales que por infinitas son imprevisibles (Sáinz, 1976).

La indeterminación del contenido no debe conducir a una discrecionalidad sin límites por parte de la Administración, pues ello equivaldría a arbitrariedad, lo cual no es aceptado por el sistema jurídico y, además, está sometido a control judicial. La indeterminación desaparece cuando el concepto es aplicado correctamente, y además está debidamente sustentado.

Para efectos de nuestro trabajo, nos interesa definir el concepto como justificación para dejar sin efecto un acto o un contrato administrativo. Al respecto, Escola (1989) señala que los actos administrativos no pueden fundarse ni justificarse en la invocación de cualquier tipo o clase de interés público, ni en un interés público no definido, difuso o general, sino que debe hacerse sobre la base, en cada oportunidad, de la gestión de un interés público concreto, propio de la función administrativa, y confiado en su gestión a la administración pública por el orden normativo aplicable⁴.

Escola (1989) define al interés público como el:

Resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos (p. 249).

López (2010), ha formulado cinco propuestas de principio para un concepto razonable del interés público:

- i. Es un término asimilable con el interés general o el de bien común.
- ii. Es un fin fundamental de todo orden jurídico y político, de todo Estado democrático. Por lo tanto, debe orientar toda actividad legislativa, además de servir de límite al poder político.
- iii. Significa el respeto a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.
- iv. Sus características de generalidad, abstracción y ambivalencia son necesarias, pues la norma jurídica no puede prever todas las situaciones que se pueden presentar en la realidad.
- v. Tiene preferencia frente a los intereses privados particulares, por proteger a un mayor número de personas.

⁴ Morón Urbina (2011) cita dos ejemplos: i. la revocación de un acto que autorizaba la comercialización de productos farmacéuticos, por haberse descubierto que eran nocivos para la salud; ii. La revocación de concesiones madereras por haberse declarado intangible una reserva natural.

López (2010) concluye señalando que hablamos de interés público, cuando ciertos intereses, que involucran necesidades primarias, prioritarias o fundamentales, son compartidos por una mayoría social. Los intereses de la colectividad deben ser para la supervivencia o el bienestar de la sociedad (p.129).

El TC se ha pronunciado en el Exp. N° 3283-2003-AA/TC, estableciendo que el interés público es el conjunto de actividades o bienes que, por coincidencia, la mayoría de los ciudadanos estima, meritúa o tasa como «algo» necesario, valioso e importante para la coexistencia social. Comprende todo lo 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 fines que debe perseguir en beneficio de sus miembros.

El TC en el Exp. N° 090-2004 equiparó al interés público con el interés general de la comunidad, pues tiene que ver con aquello que beneficia a todos. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. Dicho interés es tan relevante que el Estado lo titulariza, incluyéndolo entre los fines que debe perseguir necesaria y permanentemente. Consecuentemente, el interés público es a la vez un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico.

Asimismo, señaló que en el interés público es la esencia de toda la actividad discrecional del Estado, pues al hacer uso de la discrecionalidad el Estado debe apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público.

También es importante destacar que el supremo tribunal dejó sentado que la Administración, está obligada a justificar las razones que justifiquen una decisión amparada en el interés público, no siendo suficiente una mera afirmación o invocación abstracta, pues las decisiones de la Administración no gozan de presunción alguna. Por el contrario, toda potestad discrecional debe ser ejercida en forma motivada, acreditándose la vinculación entre el medio adoptado y el interés general invocado.

Es importante resaltar como el TC relaciona el interés público con la discrecionalidad, señalando que la discrecionalidad opera cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público. La

discrecionalidad tiene como márgenes lo que realmente conviene o perjudica al interés público. Trascender ese margen pues podría conducir a la arbitrariedad. Sin embargo, no se puede utilizar conceptos jurídicos indeterminados para escapar del control judicial. Con la discrecionalidad la administración puede optar entre más de una solución, y todas son aceptables. Cuando se quiere aplicar un concepto jurídico indeterminado, solo cabe una solución.

2.2 Características

Para Escola (1989), el interés público se caracteriza por tener un contenido:

1. Concreto, identificable, no abstracto).
2. Variable y dinámico, pues no es único ni uniforme para todas las colectividades, y varía según lugar y tiempo.
3. Actual, pues refleja una aspiración mediata o inmediata.
4. Personal, pues el provecho y la utilidad inciden directamente en la colectividad.
5. Vinculado con derechos subjetivos, pues cuando el Estado lo invoca actúa protegiendo derechos.

El TC en el Exp. N° 2488-2004-AA/TC ha señalado como características del interés público las siguientes:

- Es un concepto indeterminado, pues hace referencia a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen precisados en su enunciado, pero que sin embargo podrá ser concretizado en cada caso en atención a las circunstancias.
- No está librado enteramente a la discrecionalidad de la Administración, pues ello supondría en muchos casos justificar la arbitrariedad.
- Su contenido deberá ser explicitado en cada caso en atención a circunstancias concretas que además hacen razonable poner fin a la concesión.
- Su conceptualización en cada caso concreto justifica y sustenta la facultad de resolución unilateral de que goza el Estado.
- Constituye un límite a la arbitrariedad.

Los bienes o valores que concretan diversos intereses de la colectividad deben estar

previstos en la Constitución, y se desprenden de los derechos fundamentales y de los deberes del Estado que conforman intereses específicos de orden público. En cada caso concreto el legislador deberá constatar la existencia en cada área de la actividad económica o social de aquello que es el interés general, identificarlo y determinar las normas jurídicas o vías para alcanzar esos altos valores o fines de interés público. Por lo tanto, el legislador es quien definirá si para lograr algo que es considerado como de interés público, la estrategia será de una intervención administrativa directa, promotora, ordenadora, sancionadora, etc.

El control de la acción administrativa se ejercerá a través del Poder Judicial, quien puede utilizar al interés público como un criterio de control.

2.3 El interés público en la Constitución

En la Constitución encontramos cuatro referencias al interés público

- a. El Estado requiere de ley expresa para poder realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto *interés público* o de manifiesta conveniencia nacional (Artículo 60).
- b. El Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de *interés público* (Artículo 97).
- c. El Consejo de Ministros puede deliberar sobre asuntos de *interés público* (Artículo 125, inciso 3).
- d. Corresponde al MP promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los *intereses públicos* tutelados por el derecho (Artículo 159, inciso 1).

Asimismo, encontramos las siguientes referencias al interés social:

- a. El Estado reconoce el derecho de huelga y lo regula para que se ejerza en armonía con el *interés social* (Artículo 28).
- b. Por razones de *interés social*, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda (Primera Disposición Final y Transitoria).

El TC en la sentencia STC N° 008-2005-PI/TC ha diferenciado el interés público y el interés social, aclarando que este último se utiliza como medida tuitiva a favor de sectores económico-sociales que soportan condiciones desventajosas de vida.

Finalmente, encontramos en la Constitución tres referencias al interés nacional:

- a. Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los *intereses nacionales*,... (Artículo 38).
- b. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el *interés nacional*, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas (Artículo 63).
- c. El Presidente de la República puede dictar decretos de urgencia cuando así lo requiere el *interés nacional* (Artículo 118, inciso 19).

En relación con el derecho de propiedad, el artículo 70° consagra que es un derecho inviolable, y que a nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o “*necesidad pública*”, declarada por ley, y previo pago de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

2.4 El interés público en la legislación

2.4.1 Las leyes declarativas

Es una práctica común que el Estado emita normas declarando de interés público alguna actividad, servicio, proyecto, programa, obra, etc.⁵. Esta práctica carece de regulación, y tampoco prevista en la Constitución. Las leyes expedidas con este contenido vienen a ser, por tanto, normas meramente declarativas.

⁵ Son ejemplos de este tipo de normas:

- Ley N° 30799.- Ley que declara de interés público la incorporación de contenidos curriculares en el currículo nacional de la Educación Básica.
- Ley N° 30778.- Ley que declara de interés nacional y necesidad pública la creación del distrito de San Joaquín, en la provincia de Ica, del departamento de Ica.
- Ord. Regional N° 012-2016-CR/GRL.- El GR de Lima declaró de interés público y prioridad regional la puesta en valor y reconocimiento como plato de bandera, típico y representativo, en el ámbito de su jurisdicción a la “Sopa Seca Cañetana”.

El TC en la STC 01893-2009-PA/TC ha clasificado de las normas legales en:

- Heteroaplicativas, también denominadas de efectos mediatos, son aquellas que, una vez que entran en vigencia, necesitan de un acto de ejecución posterior para poder ser efectivas. Es decir, que la eficacia de este tipo de normas está condicionada a la realización de actos posteriores y concretos de aplicación. Por ende, la posible afectación del derecho no se presenta con la sola entrada en vigencia de la norma, sino que necesariamente requiere de un acto concreto de aplicación para que proceda el amparo a fin de evaluar su constitucionalidad.
- Autoaplicativas, son aquellas que llevan incorporadas en sí mismas un acto de ejecución, de modo tal que la posible afectación al derecho se produce con la sola entrada en vigencia de la norma, pues ésta produce efectos jurídicos inmediatos en la esfera jurídica de los sujetos de derechos. Es decir, que este tipo de normas con su sola entrada en vigencia crean situaciones jurídicas concretas, no siendo necesario actos posteriores y concretos de aplicación para que genere efectos.

De otro lado, el TC en la STC 1417-2005-AA/TC ha dividido las disposiciones constitucionales en “normas regla” y “normas principio”. Las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, por tanto, judicializables, mientras que las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización.

Las leyes que declaran algún bien, servicio o actividad como de interés social, serían normas heteroaplicativas, pues requieren de un desarrollo posterior para su aplicación. Vienen a ser una premisa para la dación de una norma posterior.

El MINJUS, a través del Informe Legal N° 036-2013-JUS/DNAJ, de fecha 10.04.2013, se ha pronunciado sobre las normas declarativas que estamos comentando de la siguiente manera:

- Son normas que deberán tener como objetivo el bienestar de la sociedad y reconducir a la satisfacción de los derechos fundamentales, lo cual tendrá como fin

último la protección de la dignidad de la persona humana, atendiendo a los siguientes parámetros:

- Que su contenido esté vinculado al bien común.
 - Que se contribuya a la realización de la dignidad humana.
 - Que se fortalezcan los principios democráticos y la convivencia pluralista.
 - Que permita evaluar otros dispositivos normativos que contengan derechos y deberes constitucionales, así como legales.
 - Que integre un proceso de toma de decisión y sea materializado por los entes competentes del Estado.
- Generan, entre otros efectos, obligaciones a cargo del Estado, medibles en términos cuantitativos y cualitativos. Los primeros implican que, para la ejecución de las prestaciones el Estado deba autorizar una transferencia de partida presupuestal para el sector correspondiente. Con los cualitativos, se procura brindar un mayor bienestar a la sociedad, mejorando las condiciones de vida.
 - Son normas que no deberían emitirse en forma arbitraria, sino, por el contrario, como resultado de una actuación amparada en criterios técnicos y jurídicos que deberán quedar reflejados en la respectiva exposición de motivos.

2.4.2 El interés público en el Código Civil

En el Código Civil tenemos las siguientes disposiciones que hacen referencia al interés público:

- Por hechos de *interés público*, la imagen y la voz de una persona pueden ser aprovechadas sin su autorización (art. 15°).
- Las comunidades campesinas y nativas son organizaciones tradicionales y estables de *interés público* (art. 99°).
- Por consideraciones de *interés social, público* o ético, la ley puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos (art. 99°).
- Por razones de *interés social, nacional* o *público*, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato (art. 99°).

También existen artículos que hacen referencia al “interés social”, el cual se diferenciaría del interés público en que este último comprende a la colectividad por entera, mientras que

aquel hace referencia a medidas tuitivas en favor de sectores económico-sociales que soportan condiciones desventajosas de vida. El TC ha distinguido ambos conceptos en la STC N° 008-2005-PI/TC, señalando que el interés social sirve de medida tuitiva en favor de sectores económico-sociales que sufren condiciones desventajosas de vida.

Las normas del CC que hacen referencia al interés social son las siguientes:

- Con fines de *interés social* o para la prolongación de la vida humana, es válido que una persona disponga altruistamente de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte (art. 8°).
- Con fines de *interés social*, publicitarios, u otros, es válido celebrar convenios relativos al nombre de una persona natural (art. 27°).
- Los objetivos de una fundación deben ser de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de *interés social* (art. 99°).
- Cuando cesa el *interés social*, el cual el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones puede solicitar al Juez Civil la modificación de los fines de una fundación (art. 108°).
- Cuando el cumplimiento del cargo sea de *interés social*, su ejecución puede ser exigida por la entidad a la que concierna (art. 185°).
- La propiedad ejercerse en armonía con el *interés social* y dentro de los límites de la ley (art. 923°).
- Por acto jurídico no pueden modificarse ni suprimirse las restricciones legales de la propiedad establecidas por causa de necesidad y utilidad públicas o de *interés social* (art. 925°).
- Por consideraciones de *interés social*, público o ético la ley puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos (art. 1355°).
- Por razones de *interés social*, nacional o público, la ley puede establecer garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato (art. 1357°).

Para De la Puente (1993) el interés público y el interés social mencionados en el CC están vinculados a los principios del orden público.

Nosotros consideramos que se trata, en todos los casos, incluidas las menciones hechas en el CC, de un concepto estrechamente vinculado con el bienestar general, con lo que es considerado útil, valioso y hasta vital para la sociedad, al extremo de obligar al Estado a

tenerlo como uno de los fines que debe perseguir en beneficio de sus miembros.

Asimismo, el TC en el Exp. N° 090-2004 equiparó al interés público con el interés general de la comunidad, pues tiene que ver con aquello que beneficia a todos. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. Dicho interés es tan relevante que el Estado lo titulariza, incluyéndolo entre los fines que debe perseguir necesaria y permanentemente. Consecuentemente, el interés público es a la vez un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico

2.4.3 El interés público en la LPAG

La importancia que tiene el interés público para la actuación del Estado se hace evidente en la regulación que al respecto contiene la LPAG, en donde encontramos las siguientes referencias al interés público:

- Los derechos de los administrados no deben verse afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el *interés público* (art. IV, 1.6).
- La administración está obligada a actuar pruebas de oficio cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al *interés público* (art. 1.11).
- Los actos administrativos deben adecuarse a las finalidades de *interés público* asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor (art. 3).
- Mediante decreto supremo se puede ampliar las materias en las que, por afectar significativamente el *interés público*, corresponde la aplicación de silencio administrativo negativo (art. 37).
- Por tener naturaleza confidencial basada en el *interés público*, la notificación puede ser diferida (art. 11.3.3.).
- Cuando un acto administrativo incurre en causal de nulidad y además agravia el *interés público*, su nulidad puede ser declarada de oficio (art. 211.1).
- Cuando un acto administrativo afecta el *interés público*, procede su revocación con efectos a futuro (art. 212.1.4).
- Para decidir la suspensión de la ejecución, se debe ponderar el daño que esta causaría al *interés público* suspensión y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido (art. 224.3).

- Al disponerse la suspensión, se podrán adoptar medidas necesarias para asegurar la protección del *interés público* (art. 224.4).
- La gravedad del daño al *interés público* es un criterio para graduar las sanciones (art. 246.3)

Como se puede apreciar, la importancia que el concepto de interés público o interés general tiene en el derecho administrativo, y en la contratación administrativa en particular, es muy grande, pues sirve de guía y límite para toda la actuación administrativa. Tan es así, que el acto administrativo que transgrede al interés público se equipara al que transgrede derechos fundamentales. Asimismo, el interés público constituye un elemento legitimador de la discrecionalidad administrativa, esto es, para que ésta no se convierta en simple arbitrariedad.

El interés público se constituye así en un valor clave que orienta la actividad legislativa y un límite del ejercicio de todo poder político y particularmente de la administración pública (López, 2010).

Consideramos que las menciones a “intereses generales”, “interés general”, “fines “públicos”, “fines de interés general”, “interés público”, “interés nacional”, “utilidad pública”, “utilidad social” e interés social”, se refieren al mismo concepto, y deben ser interpretados a la luz del artículo 44º de la Constitución, cuyo primer párrafo establece lo siguiente:

“Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

En concordancia con dicha norma, la LOPE contiene dos artículos que orientan la actividad del Estado, y la subordinan a las necesidades de la sociedad y al interés general de la nación. El artículo II establece que las entidades del Poder Ejecutivo están al servicio de las personas y de la sociedad; actúan en función de sus necesidades, así como del *interés general de la nación*, y el artículo III, que establece que el Poder Ejecutivo afirma los derechos fundamentales de las personas y el ejercicio de sus responsabilidades, procurando la

igualdad de todas las personas en el acceso a las oportunidades y beneficios que se derivan de la prestación de servicios públicos y de la actividad pública en general.

2.4.4 El interés público en la LCE

En materia de contrataciones estatales, encontramos en la LCE las siguientes menciones al interés público, como un concepto que subyace a toda contratación estatal:

- Los procesos de contratación deben orientarse a obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el *interés público* que subyace a la contratación (art. 2, e).
- Los procesos de contratación deben garantizar la satisfacción de los *fines públicos* para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del *interés público* (art. 2, f).
- Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del *interés general* (art. 2, i).

De acuerdo al Reglamento de la LCE, que procede el desistimiento de la apelación siempre haya sido formulada hasta antes de haberse declarado que el expediente está listo para resolver y no comprometa el *interés público* (art. 112).

2.5 Funciones que cumple el interés público

El término interés público es usado en la literatura jurídica con distintos objetivos. Se le utiliza, por ejemplo, para justificar la dación de normas. Es decir, cuando se dice que una decisión se toma en favor del interés público, se está haciendo referencia a la satisfacción de los intereses o en el bienestar de un grupo mayoritario. Se utiliza también para declarar determinada actividad o proyecto como de interés público a través de una ley declarativa, como preámbulo para un desarrollo legislativo posterior. También se le utiliza para simplificar problemas jurídicos y evitar análisis más detallados al resolver un caso concreto. Simplemente se invoca el interés público, y ello es considerado como motivación suficiente.

Otra función que se le otorga al interés público, y que tiene especial relevancia para el presente trabajo, es el constituir un límite a la arbitrariedad. En este sentido, el interés

público cumple las siguientes funciones:

- a. Constituye la causa o finalidad del contrato administrativo.
- b. Justifica que la administración goce de prerrogativas especiales o exorbitantes.
- c. Justifica que la administración pueda apartarse del contrato y asumir en forma directa la gestión o ejecución del contrato, o simplemente dejar de brindar el servicio (Huapaya, 2013).

En relación con esta última función, la de poner fin a un contrato invocando afectación al interés público, nos interesa para efectos del presente trabajo poder determinar si se trata de una potestad inherente a la administración pública y que se manifiesta a través de una decisión administrativa unilateral, o si se trata de un mecanismo de salida contractual, expresamente previsto en el contrato. Asimismo, consideramos que debe determinarse si la decisión de poner fin a un contrato por simple invocación del interés público, sin ninguna motivación ni justificación del interés público afectado constituye un acto arbitrario de la administración.

Una decisión arbitraria es una decisión contraria a la razón. La razonabilidad de una decisión viene dada por la correcta aplicación de las normas y principios que integran el sistema jurídico. Por lo tanto, las decisiones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público, aunque tengan cierto grado de discreción, no pueden ser arbitrarias, por cuanto son decisiones jurídicas y, en consecuencia, se encuentran sometidas a las denominadas reglas de la “crítica racional”.

En los actos discrecionales se agudiza la necesidad de motivación por parte de la Administración, es decir, se debe ser más pulcro en la necesidad de justificar la íntima correlación existente entre el motivo (causa), el contenido (objeto) y finalidad del acto (Marienhoff, 1970). De lo contrario, el acto estaría viciado de nulidad, siendo los vicios más comunes: i) la falta de causa, cuando el acto no se basa en hechos ciertos, verdaderos y existentes, y ii) la desviación de poder, cuando el acto no respeta la finalidad; es decir, presenta una aparente legitimidad, pero en realidad se ha emitido para fines ajenos a la finalidad que el acto debe responder concretamente. El acto administrativo en todo momento debe armonizar con el interés público concretado en la finalidad a la que debe responder la emisión del acto.

De lo expuesto, se puede concluir que la invocación del interés público para tomar una decisión no puede ser arbitraria, lo cual significa que la decisión debe respetar el principio de racionalidad, y además debe estar debidamente motivada.



CAPITULO 3

ANALISIS DE LOS CONTRATOS Y CONTROVERSIAS SUSCITADAS

Hemos revisado una selección de los contratos de concesión que se encuentran publicados por Proinversión en su página web⁶, y hemos podido constatar que no existe uniformidad en el tratamiento que se le otorga a la caducidad, a la resolución y al rescate de la concesión, confundándose los términos. Asimismo, no existe uniformidad en la redacción de las cláusulas de extinción de las concesiones, existiendo una variedad de redacciones que, en algunos casos, pueden dar lugar a controversias que, finalmente, resulten desfavorables para el Estado.

Específicamente en tres contratos de concesión, que analizamos en la segunda parte de este capítulo, surgieron controversias arbitrales, dos ante el CIADI y una ante un tribunal arbitral en sede local. En estos tres casos, hemos revisado como la administración recurrió a la caducidad para poner fin a los contratos, a través de documentos que no contienen mayor motivación, y justificando su decisión en el interés público.

Habiendo analizado en el capítulo anterior lo que debe entenderse por interés público, y de qué manera este puede ser invocado para poner fin a una concesión, podemos apreciar en este capítulo como el Estado ha actuado en forma inadecuada para extinguir los contratos.

⁶ <https://www.proyectosapp.pe/default.aspx>

Los contratos que hemos revisados los podríamos agrupar de la siguiente manera:

- Contratos en los que la caducidad es una forma de terminación independiente.
- Contratos en los que la caducidad es sinónimo de resolución.
- Contratos en los que el rescate es una causal más de resolución o de caducidad.
- Contratos que utilizan los términos rescate y revocación como sinónimos.
- Contratos con distintas redacciones de cláusulas de rescate.

Hemos seleccionado algunos contratos que son representativos de determinado tratamiento que le dan a la caducidad y al rescate, a efectos de demostrar la falta de uniformidad y los errores existentes en algunos de ellos. En la segunda parte de este capítulo nos referiremos a los tres casos que se han producido, que se han hecho públicas, en los que el Estado declaró la caducidad de la concesión y el concesionario ha reclamado por dicha decisión. Dos de dichos casos – Convia y Lidercon- ya han sido resueltos. El caso del aeropuerto de Chincheros tiene una controversia por ser iniciada. Como veremos más adelante, la falta de definición de términos y el trato heterogéneo dado a las causales y procedimiento para la terminación del contrato, no le ha dado resultados positivos la Estado en los casos en que ha habido controversias. Si bien en el caso Convia el Estado tuvo éxito ante el CIADI, el resultado no hubiera sido el mismo en un arbitraje doméstico.

Los contratos revisados incluyen algunos suscritos mientras estuvo vigente el TUO, y otros suscritos a partir de su derogación en el año 2015. Hemos efectuado una clasificación de los contratos, y nos estamos remitiendo únicamente a aquellos que consideramos que contienen un tratamiento inadecuado del tema.

3.1 Análisis de contratos

3.1.1. Contratos de concesión que consideran a la resolución contractual como una causal de caducidad del contrato

- a. Concesión para Revisiones Técnicas Vehiculares en la Provincia de Lima (2004).
- b. Concesión para el Aprovechamiento Óptimo de las Aguas Superficiales y

- Subterráneas del Río Chillón (2000).
- c. Concesión de la Red Vial 6 (2005).
 - d. Centro Ecológico Recreacional de Huachipa (2002).
 - e. Concesión de la Banda 821-824 Mhz y 866-869 Mhz - (2009).
 - f. Concesión de la Banda WiMax (2 668-2 692 MHz y 2 668-2 690 MHz - (2009).
 - g. Concesión de Autopista del Sol (2009).
 - h. Concesión de IIRSA Centro (2010).
 - i. Concesión de Banda C en 1900 MHz. (2011).
 - j. Concesión del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Callao, Línea 1, Villa El Salvador - Av. Grau - San Juan de Lurigancho (2011).
 - k. Concesión de la Panamericana Sur: Ica - Frontera con Chile "Concesión del Tramo Vial Dv. Quilca-Dv Arequipa (Repartición)-Dv. Matarani-Dv. Moquegua-Dv. Ilo Tacna-La Concordia (2012).
 - l. Concesión de la Banda 1710-1770 MHz y 2110-2170 MHz (Bloques A y B) - A nivel nacional (2013).
 - m. Concesión de Carretera Longitudinal de la Selva-Tramo 2. (2013).
 - n. Concesión de Línea 2 y Ramal Faucett (2013).
 - o. Concesión de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro (2014).
 - p. Concesión de Banda 698-806 MHz a nivel nacional (2016).

En estos contratos se incluye una cláusula que establece que la concesión caducará, entre otras causas, por vencimiento del plazo, acuerdo de partes y resolución por incumplimiento del concesionario. Por razones de espacio vamos a transcribir solo algunas de dicha cláusulas que nos parecen las más representativas o que incluyen además ciertas particularidades que nos interesa resaltar.

a. Concesión de Banda 698-806 MHz a nivel nacional (2016)

Por ejemplo, a continuación presentamos en versión resumida la estructura de la cláusula de caducidad incluida en este contrato, en la en la cual hemos resaltado algunas partes relevantes para nuestro análisis:

18.1 Caducidad de la Concesión

La **Concesión caducará** y, por tanto, dejará de surtir efectos, en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Por vencimiento del Plazo de la Concesión.
- b) Por acuerdo de las Partes, celebrado por escrito.
- c) **Por resolución de acuerdo a las causales previstas en la Cláusula 18.2.**

(...)

18.2 Resolución del Contrato

La resolución dejará sin efecto el Contrato por la existencia de una causal sobreviniente a su celebración.

A continuación se describe un procedimiento de resolución que, en resumen, consiste en lo siguiente:

- El concedente notifica al concesionario otorgándole un no menor a noventa días bajo apercibimiento de iniciar el proceso de resolución.
- El concedente publica un aviso en el diario oficial “El Peruano” y enviará una notificación al concesionario y a OSIPTEL señalando:
 - (i) Que se propone expedir una resolución, estableciendo su ámbito y sus efectos;
 - (ii) Las razones por las que se propone expedir tal resolución;
 - (iii) El período dentro del cual concesionario o terceras personas con interés, podrán presentar comentarios u objeciones.
 - (iv) OSIPTEL emitirá un informe sobre la resolución propuesta. Y
 - (v) La invitación a una audiencia en la que, el concesionario, OSIPTEL y cualquier tercera persona con interés legítimo, podrán formular comentarios u objeciones.
 - (vi) La resolución será emitida a más tardar sesenta días después de la audiencia.

En la cláusula 18.4 se establece que el procedimiento previsto en el numeral 18.3, no será aplicable si la resolución se produce de pleno derecho, en los siguientes supuestos del numeral 18.2:

- i. Cuando obedece a los incumplimientos previstos en el Reglamento General.
- ii. Cuando obedece al incumplimiento de las obligaciones contenidas en los literales b) y c) del numeral 18.2, caso en el cual la resolución se producirá al amparo de lo previsto en el artículo 1430° del Código Civil, en la oportunidad

que el Concedente comunique a la Sociedad Concesionaria que quiere hacer valer la cláusula resolutoria (resaltado nuestro).

Es decir, la resolución por incumplimiento y la caducidad son tratadas como instituciones independientes, y la resolución por incumplimiento viene a ser una causal de caducidad, en una relación de género a especie, lo cual implica que para poder declarar la caducidad del contrato, previamente habría que iniciar el procedimiento de resolución y lograr que el contrato quede resuelto.

En la cláusula 18.2, bajo el título “Resolución del Contrato” se detalla el listado de incumplimientos del concesionario que otorgan derecho de resolución al concedente. Una vez resuelto el contrato, se habría configurado al causal de caducidad.

Como hemos visto en el Capítulo Primero, la caducidad constituye una sanción por incumplimiento de una obligación esencial (Mestre, 1992) (Aguilar, 2007). La gravedad del incumplimiento debe haber afectado la continuidad o la obligatoriedad del servicio. Por lo tanto, antes de declarar la caducidad, la administración debe intimar al concesionario para que subsane el incumplimiento dentro de un plazo razonable (Martin, 2011), siendo la caducidad el último recurso al que debe acudir el Estado ante un incumplimiento, pues se debe agotar todos los medios para mantener el servicio en resguardo precisamente del interés público que justificó el otorgamiento de la concesión. Consideramos que no debe producirse un doble procedimiento ni una doble intimación.

b. Concesión para Revisiones Técnicas Vehiculares en la Provincia de Lima (2004)

En este contrato se incluyeron las siguientes cláusulas:

CLAUSULA DECIMO NOVENA RESOLUCION DEL CONTRATO

19.1 Las Partes declaran que las únicas causales de resolución de este Contrato están señaladas en el mismo, por lo que en caso de discrepancia entre las Partes deberán ser discutidas directamente por estas y, en caso de subsistir la discrepancia, en la vía arbitral, sin que en ningún caso sean procedentes las vías administrativa o judicial.

19.2 Resolución por culpa de la SOCIEDAD CONCESIONARIA o del Operador Precalificado.

El incumplimiento del Contrato por causas imputables a la SOCIEDAD CONCESIONARIA o, en su caso, al Operador Precalificado dará derecho a EL CONCEDENTE a resolver el Contrato (...).

CLAUSULA VIGESIMA CADUCIDAD DE LA CONCESION

20.1 La Concesión **caducará** y todos los derechos de la SOCIEDAD CONCESIONARIA quedarán automáticamente sin efecto y sin necesidad de acto posterior alguno, en los siguientes casos:

- a) Vencimiento del plazo de la Concesión (...);
- b) Acuerdo de las Partes (...).
- c) **Resolución Anticipada del Contrato. La resolución dejará sin efecto el Contrato por la existencia de una causal sobreviniente a su celebración conforme a lo previsto en el Numeral 19.2.** (resaltado nuestro)

No hemos encontrado ningún autor que sostenga que la caducidad es un segundo paso posterior a la resolución, y que un contrato podría estar resuelto pero no caduco. La caducidad es una institución propia del derecho administrativo, aplicable ante el incumplimiento de una obligación esencial. No se puede declarar la caducidad de un contrato no vigente, como lo es un contrato resuelto. Consideramos, por tanto, errado que se consigne a la resolución como causal de caducidad, pues ello implica tener que llevar a cabo un doble trámite, y además declarar la caducidad de un contrato que ya no estaría vigente.

Esto puede traer consecuencias negativas al Estado. Este contrato fue declarado caduco por la MML, lo cual dio lugar a una controversia arbitral con la empresa Lidercon, cuyos detalles veremos más adelante. En este caso el Tribunal Arbitral anuló la declaración de caducidad del contrato de concesión por no haberse cumplido con declarar previamente la resolución del mismo, tal como estaba establecido en el contrato.

c. Concesión de Banda 698-806 MHz a nivel nacional (2016)

En este contrato se estableció que el mismo caduca en caso de resolución por incumplimiento del concesionario, y además caduca por determinados incumplimientos del concesionario que se detallan en la misma cláusula. Más adelante, en otra cláusula, se incluye la larga lista de incumplimientos adicionales que dan derecho de resolución al concedente. No se percibe un criterio para separar los incumplimientos en los dos listados. Tampoco encontramos justificación para este tratamiento diferencial de las causales de resolución. La caducidad es una institución de aplicación directa, que opera en forma similar la resolución. Por lo tanto, se repite el error anteriormente señalado.

d. Concesión de la Banda C.

En este contrato se incluye una cláusula que llama la atención, y que lleva por título “Consecuencias de la Caducidad de la Concesión” y en ella se establece lo siguiente:

“Consecuencias de la Caducidad de la Concesión

La caducidad **opera automáticamente**, sin que se requiera acto o declaración posterior en ese sentido.

En caso de **caducidad** de la Concesión y si ello fuera necesario para garantizar la continuidad del servicio, la Sociedad Concesionaria se compromete a continuar prestando los Servicios Registrados, en los mismos términos y condiciones previstos en el presente Contrato, por un plazo que le señalará oportunamente el Concedente o hasta que una nueva empresa concesionaria inicie actividades, no pudiendo exceder tal periodo de seis (06) meses contados a partir de la fecha de caducidad de a Concesión” (resaltado nuestro).

Considerando que existen incumplimientos que están consignados como causal de caducidad y no de resolución, la caducidad automática no es acorde con el ordenamiento jurídico, pues siempre se debe requerir de un pronunciamiento o declaración, además de una adecuada justificación, más aun si se está imputando un incumplimiento, a fin de que la parte afectada pueda hacer valer su derecho de impugnación.

Asimismo, como hemos visto anteriormente siempre debe existir un apercibimiento previo, pues la declaración de caducidad debe ser el último recurso al que debe recurrir la administración ante una situación de incumplimiento. El apercibimiento previo debe

otorgar al concesionario la oportunidad de subsanar el incumplimiento, o de destruir las imputaciones hechas por la administración. El objeto de la caducidad es preservar el servicio público y por ello, debe ser la última ratio ante un incumplimiento contractual (Martín, 2011). Por ende, aplicarla de manera automática, sin seguir un procedimiento adecuado que asegure el ejercicio del derecho de defensa, sería transgredir los principios que legitiman la potestad sancionadora de la Administración.

En este mismo contrato también se establece que cuando el incumplimiento del concesionario está tipificado en el Reglamento General de Telecomunicaciones, la resolución opera de pleno derecho, es decir, sin necesidad de declaración, lo cual tampoco es acorde con el ordenamiento jurídico, pues siempre debe existir una comunicación haciendo valer el derecho resolutorio, a fin de otorgar la posibilidad de impugnación a la otra parte, o un preaviso otorgando un derecho de subsanación a fin de mantener la concesión.

e. Concesión para la Masificación del Uso de Gas Natural a Nivel Nacional (2013).

En esta concesión, se establecen causales de resolución, y un procedimiento para la resolución (17.2.5.4. Procedimiento para la resolución del Contrato) que incluye el envío de un preaviso con un plazo para subsanación. Y una segunda etapa posterior a la resolución, (17.2.5.5. Declaratoria administrativa de Caducidad) donde se establece un segundo trámite que debe seguirse luego de producida la resolución del contrato. Es decir, se debe cursar un segundo preaviso, en el cual se documentará la causa que amerita la caducidad o se incluirá el laudo arbitral que se haya dictado en caso la resolución haya sido cuestionada, y se otorgará un segundo plazo de quince días para efectuar descargos a la caducidad.

Las partes pertinentes de la cláusula bajo comentario son las siguientes:

CLÁUSULA 17

TERMINACIÓN DE LA CONCESIÓN

17.1 El Contrato terminará por:

- a) Vencimiento del Plazo del Contrato.
- b) Acuerdo de las Partes.

- c) Aceptación de renuncia a la Concesión.
- d) Decisión Unilateral del Concedente.
- e) **Resolución del Contrato.**
- f) Fuerza Mayor.

17.2 Formas de Terminación

(...)

17.2.5.2 Resolución por Incumplimiento del Concedente

La Sociedad Concesionaria podrá **resolver el Contrato**, si el Concedente incumpliera, de manera injustificada, grave y reiterada, cualquiera de las obligaciones que le corresponden (...).

17.2.5.5. Declaratoria administrativa de Caducidad

Luego de producida la resolución del contrato, conforme al procedimiento antes indicado, la DGH procederá a iniciar el **trámite para la declaratoria administrativa de la caducidad**. Para tal efecto:

- a) La DGH formará un expediente en el cual se documentará la causa que amerita la caducidad o se incluirá el laudo arbitral que se haya dictado en caso la resolución haya sido cuestionada, notificándose este hecho a la Sociedad Concesionaria por vía notarial.
- b) La Sociedad Concesionaria, podrá efectuar los descargos y presentar las pruebas que considere convenientes a su derecho, dentro del plazo de quince (15) Días de recibida la respectiva carta notarial (...).
- c) Evaluadas las pruebas por la DGH, de ser el caso y de ser procedente, se formulará la declaratoria de caducidad por resolución suprema en un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) Días (...).
- d) (...).
- e) (...).
- f) La Sociedad Concesionaria podrá contradecir la declaratoria de caducidad ante el Poder Judicial en la vía que corresponda. No obstante, no se podrá cuestionar la resolución del contrato en caso ello se hubiera resuelto a través del mecanismo de solución de controversias previsto en el Contrato. La demanda, de ser el caso, deberá ser interpuesta dentro de los tres (3) meses, contados a partir de la notificación de la resolución de Caducidad. En este caso, la intervención se mantendrá hasta que se resuelva definitivamente la controversia mediante Resolución Judicial expedida en última instancia.

Esta duplicidad de trámites y de declaraciones, podría dar lugar a su vez a una duplicidad de procedimientos arbitrales para poder lograr la terminación del contrato. Además, nuevamente se está estableciendo que se declarará la caducidad de un contrato que, por haber sido previamente resuelto, ya no estará vigente al momento de declararse la caducidad.

Adicionalmente, cabe mencionar que se está desnaturalizando la institución de la caducidad, al regularla como una segunda etapa. Al establecer que una vez declarado resuelto el contrato, se inicia el trámite para la caducidad, nos preguntamos si cabría la posibilidad de que el concesionario al efectuar sus descargos al preaviso de caducidad pueda estar en condiciones de probar que la caducidad no procede, y convencer al Estado de que no declare la caducidad y que el contrato permanezca resuelto. Los descargos que el concesionario efectúa ante el preaviso de caducidad, asumimos, serían los mismos que efectuó ante el preaviso de resolución, y que ya fueron desestimados. Nos preguntamos asimismo, que utilidad tiene para el Estado el trámite para la declaración de caducidad, si el contrato ya ha sido previamente resuelto.

Nos llama la atención, además, que la resolución sea impugnabile en la vía arbitral, y la caducidad solo en la vía judicial.

3.1.2 Contratos de Concesión que distinguen la caducidad de la resolución contractual.

- a. Concesión del Sistema de Distribución de Gas Natural por red de ductos en el Departamento de Ica (2008).
- b. Asociación Publico Privada para la Masificación del uso del gas natural en las ciudades de Abancay, Andahuaylas, Huamanga, Huanta, Huancavelica, Huancayo, Jauja, Cusco, Juliaca y Puno (2013).

Estos contratos establecen que la concesión puede terminar por acuerdo de partes, renuncia, vencimiento del plazo, declaración de caducidad o resolución, según vemos en la siguiente clausula:

CLAUSULA 20

TERMINACION DE LA CONCESION

20.1 Formas de Terminación

La Concesión termina por:

- a) Acuerdo de partes.
- b) Aceptación de renuncia de la Concesión.
- c) Vencimiento del plazo del Contrato.
- d) Declaración de Caducidad.**
- e) Resolución del Contrato.**

A continuación, la cláusula 20.2 contiene los incumplimientos del concesionario que constituyen causales de caducidad, y la cláusula 20.3 contiene los incumplimientos del Concedente que constituyen causales de resolución. Tienen la particularidad de distinguir claramente las causales de caducidad de las causales de resolución. Dentro de las causales de caducidad se incluyen solo incumplimientos del concesionario que otorgan al concedente derecho a poner fin a la concesión. Las causales de resolución, en cambio, son bien limitadas y no incluyen el incumplimiento del concesionario. Se establece como únicas causales de resolución el incumplimiento del concedente y la ocurrencia de un evento de fuerza mayor que no pueda ser superado en un plazo de doce meses.

Dicho en otras palabras, si incumple el concesionario opera la caducidad, y si incumple el concedente opera la resolución. Tal como ha sido regulada en el pasado la caducidad de los contratos de concesión, y según la doctrina que hemos expuesto, la caducidad es una sanción por el incumplimiento de una obligación esencial por parte del concesionario. Por lo tanto, no encontramos problema en que se aplique la caducidad únicamente la concesionario, y no al concedente.

Respecto del procedimiento para la declaración de caducidad, se establece que la entidad estatal deberá elaborar un expediente en el cual se documentará la causa que amerita la caducidad, y lo notificará al concesionario, quien podrá formular descargos y presentar pruebas dentro del plazo de 15 días. De ser procedente la declaratoria de caducidad, se perfeccionará por Resolución Suprema en un plazo máximo de 45 días contados a partir de la notificación, pudiendo ser impugnada ante el Poder Judicial en la vía que corresponda, dentro de los tres meses computados desde la notificación,

3.1.3 Contratos de concesión que utilizan los términos caducidad y resolución como sinónimos

- a. Concesión del Tramo Vial: nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún (2009).
- b. Concesión del proyecto Majes Sigvas – II Etapa, Obras Mayores de Afianzamiento Hídrico y de Infraestructura para la Irrigación de las Pampas de Sigvas (2010).
- c. Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao (2011).
- d. Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia (2010).

Estos contratos contienen una cláusula que lleva por título Caducidad de la Concesión. Sin embargo, en el texto de la cláusula no se vuelve a utilizar el término caducidad, y se utilizan únicamente los verbos terminar y resolver. Se establecen como causales de caducidad tanto incumplimientos del concesionario como del concedente. La cláusula establece un preaviso de subsanación antes de declarar la resolución por incumplimiento, por lo que la cláusula viene a ser una cláusula resolutoria expresa válidamente pactada conforme al artículo 1430° del Código Civil.

De acuerdo a lo señalado por Martin (2011), la caducidad y la resolución no son sinónimos, pues la caducidad solo procede cuando el incumplimiento por parte del concesionario haya afectado los principios de continuidad u obligatoriedad del servicio público. Por lo tanto, lo correcto sería diferenciar las causales de caducidad de las de resolución.

Asimismo, doctrinariamente se consideran distintos los presupuestos de la caducidad y de la resolución, pues la caducidad puede ser aplicable respecto del acto o el contrato de concesión, mientras que la resolución es un institución propia del derecho civil, aplicable solo al contrato.

a. Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao (2011):

En este contrato se incluyó la siguiente cláusula:

SECCIÓN XIV: CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN

CAUSALES DE CADUCIDAD

14.1. El presente Contrato sólo se **declarará terminado** por la ocurrencia de alguna(s) de las siguientes causales:

14.1.1. Término por Vencimiento del Plazo

La Concesión **caducará** al vencimiento del plazo establecido en la Cláusula 4.1 salvo por lo previsto en la Cláusula 4.2.

14.1.2. Término por Mutuo Acuerdo

El Contrato **caducará** en cualquier momento, por acuerdo escrito entre el CONCESIONARIO y el CONCEDENTE, previa opinión técnica del REGULADOR (...).

14.1.3. Término por Incumplimiento del CONCESIONARIO o Abandono.

El Contrato **terminará anticipadamente** en caso que el CONCESIONARIO incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales. Sin perjuicio de las penalidades que procedan, se considerarán como causales de incumplimiento grave de las obligaciones del CONCESIONARIO, aquellas señaladas expresamente en el Contrato dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

(sigue una lista de 14 supuestos de incumplimientos)

PROCEDIMIENTO PARA LAS SUBSANACIONES

14.2. El incumplimiento por causa imputable a una de las Partes dará derecho a la Parte afectada a **resolver el Contrato** y a exigir la indemnización por daños y perjuicios conforme al procedimiento de liquidación descrito en la presente Sección, previo requerimiento de subsanación a la Parte infractora (...).

14.3. En el caso que la Parte afectada fuera el CONCEDENTE, éste deberá comunicar por escrito, su intención de **resolver el Contrato** de Concesión al CONCESIONARIO con copia al REGULADOR, con una anticipación de al menos sesenta (60) Días Calendario respecto de la fecha de término anticipado prevista.

(...).

Transcurrido el plazo de sesenta (60) Días a que hace referencia la Cláusula 9.7.2 sin que el incumplimiento fuese subsanado, el Contrato de Concesión **se entenderá resuelto y la Concesión caducará de pleno derecho.** (resaltado nuestro)

Bajo el título de caducidad, se está incluyendo una típica cláusula resolutoria expresa,

utilizándose el termino resolución, y estableciéndose al final que al operar la resolución también opera en simultáneo la caducidad. El término caducidad se estaría utilizando como sinónimo de extinción del contrato, pues se incluye como causal de caducidad a la terminación del contrato por vencimiento del plazo, siguiendo lo establecido en el TUO que estuvo vigente al suscribirse este contrato. No obstante, no nos parece correcto que entre los incumplimientos se incluyan algunos que no afectan las obligaciones de continuidad y obligatoriedad del servicio.

3.1.4 Contratos de concesión que establecen que la caducidad se producirá por la terminación

- a. Concesión de IIRSA Norte (2005).
- b. Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos (2006).
- c. Concesión del Corredor Económico Buenos Aires – Canchaque (2007).
- d. Concesión de Interoceánica Tramos 1 y 5 (2007).

En estos contratos se establece que la concesión caducará por la terminación del contrato.

CLAUSULA 16

CADUCIDAD DE LA CONCESION

Terminación del Contrato

16.1 La presente Concesión **caducará por la terminación** del Contrato. El Contrato solo podrá declararse resuelto por la verificación de alguna de las causales específicas establecidas en el presente Contrato.

Término por Vencimiento del Plazo.

16.2 El Contrato **terminará** al vencimiento del plazo establecido en la Cláusula 4.1 o de cualquier plazo ampliatorio concedido conforme a la Sección IV.

(...)

Termino por incumplimiento del CONCESIONARIO

16.4 El Contrato **terminará** anticipadamente en caso que el CONCESIONARIO incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales (...).

(sigue una lista de 16 supuestos de incumplimientos)

En caso que el CONCEDENTE opte por la **terminación** del Contrato, conforme a lo señalado en los literales precedentes, el REGULADOR deberá comunicarlo al CONCESIONARIO por escrito con una anticipación de al menos noventa (90) Días Calendario respecto de la fecha de término anticipado prevista. (resaltado nuestro)

Es decir, la caducidad es un efecto de la terminación, y se establecen las causales específicas de terminación, entre las cuales se encuentra el incumplimiento del concesionario, del concedente y el vencimiento del plazo contractual. Por lo tanto, en estos contratos la caducidad también opera por incumplimiento del concedente. Lo que se está haciendo es pactar una cláusula resolutoria expresa, utilizando la denominación de caducidad, pero reemplazando el verbo resolver por el de terminar, lo cual no afecta la validez de la cláusula.

3.1.5 Contratos de concesión que solo regulan la resolución contractual.

- a. LT 220 kV Friaspata - Mollepata y Subestación Orcotuna 220/60 kV.
- b. LT 220 kV La Planicie - Industriales y Subestaciones Asdas.
- c. LT 220 kV Moyobamba-Iquitos y Subestaciones Asdas.
- d. LT Azángaro - Juliaca - Puno 220 kV.
- e. LT Mantaro-Caraveli-Montalvo y Machupicchu-Cotaruse - (2008).
- f. LT Carhuaquero-Cajamarca Norte-Cáclic-Moyobamba.
- g. LT Chilca - La Planicie -Zapallal -(2008).
- h. Línea de Transmisión 220 kV Montalvo-Los Héroes y Subestaciones Asdas.
- i. LT Carhuamayo – Paragsha - Conococha-Huallanca-Cajamarca - Cerro Corona-Carhuaquero - (2008).
- j. LT SGT 500 kV Chilca-Marcona-Montalvo (antes LT Chilca-Marcona-Caraveli).
- k. LT Tintaya-Socabaya 220 kV y subestaciones Asdas.
- l. LT Machupicchu-Abancay-Cotaruse en 220 kV.
- m. LT Trujillo-Chiclayo en 500 kV.

- n. LT 220 kV Machupicchu-Quencoro-Onocora-Tintaya y Subestaciones Asdas.
- o. LT 500 kV Mantaro-Marcona-Socabaya-Montalvo y Subestaciones Asdas.
- p. LT Carhuaquero-Cajamarca Norte-Cáclic-Moyobamba en 220 kV (2012).
- q. Concesión de Mejoras a la Seguridad Energética del País y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano (2014).

Otro grupo de contratos de concesión, contiene una cláusula resolutoria expresa, redactada conforme al artículo 1430° del Código Civil, sin utilizar en ningún momento el término caducidad. Es decir, la caducidad del contrato no existe.

Llama la atención que la LCE no menciona la posibilidad de resolver un contrato, sino únicamente la caducidad, incluyendo entre las causales el incumplimiento del concesionario, y la mayoría de contratos de líneas de transmisión no mencionan la caducidad tal como está regulada en la LCE. No obstante dicha observación, es válido pactar causales de resolución tal como ha sido efectuado en estos contratos.

a. Concesión para la LT 220 kv Machupicchu-Quencoro-Onocora-Tintaya y Subestaciones Asdas.

Por ejemplo, en esta concesión se incluye la siguiente cláusula:

13. Terminación del Contrato

13.1. El Contrato terminará por:

- a) Acuerdo de las Partes.
- b) Terminación del Contrato de Concesión Definitiva de Transmisión Eléctrica.
- c) Vencimiento del plazo del Contrato, o
- d) **Resolución del Contrato.**

13.2. El Concedente podrá resolver el Contrato, si la Sociedad Concesionaria:

(sigue una lista de 11 supuestos de incumplimientos)

13.3. El Concedente también podrá **resolver** el Contrato, si el Operador Técnico durante el plazo requerido en el Contrato:

(...)

13.7. Para resolver el Contrato, se seguirá el procedimiento siguiente:

(...)

d) Declarada la resolución mediante laudo o producido el supuesto del literal c), se procederá conforme a las Cláusulas siguientes (del 13.8 al 13.15).

3.1.6 Contratos de concesión establecen la declaración caducidad de un contrato como requisito para resolver otro contrato

a. Concesión de Suministro de Energía de Nuevas Centrales Hidroeléctricas (2009)

b. Concesión de Línea de Transmisión 220 Kv Machipichu-Quenocoro-Onocora-Tintaya (2012)

La suscripción de estos contratos tenía como requisito que los postores previamente cuenten con una Concesión Definitiva otorgada conforme a la LCE. Este contrato establece que el concedente lo podrá resolver si, entre otras situaciones que califican como incumplimiento, el MEM declara la caducidad de la Concesión Definitiva. Esta causal se entenderá producida una vez que la declaración sea final en sede administrativa, y no estará sujeta al resultado de una eventual demanda contenciosa administrativa contra dicha declaración.

La causal de resolución, por tanto, consiste en la previa declaración de caducidad de otro contrato preexistente. Consideramos válido este pacto, en la medida que se está pactando como causal de resolución un hecho sobreviniente

3.2 Las cláusulas de rescate de la concesión.

Las cláusulas de rescate permiten al concedente poner fin al contrato de concesión sin que exista un incumplimiento por parte del concesionario. Opera por hechos ajenos a la relación contractual, ligados a la satisfacción del interés público. Como ya hemos visto al describir esta institución, mediante el rescate el Estado, amparado en razones de interés público, pone fin a un contrato asumiendo en forma directa la prestación del servicio. En el rescate se justifica la incautación de activos en función del interés público (Martín, 2011). Las modalidades de cláusulas de rescate también son variadas y heterogéneas en los contratos de concesión revisados.

3.2.1 La terminación de facto del contrato o por las vías de hecho.

El contrato de concesión del Sistema de Distribución de Gas Natural por red de ductos en el Departamento de Ica establece que si el Concedente decidiera terminar la concesión *de facto* o por las *vías de hecho*, deberá pagar al concesionario, por todo concepto, incluida la transferencia de los bienes de la concesión al concedente y la indemnización, a que se refieren los Artículos 22° y 17° del TUO, respectivamente, la cantidad que resulte mayor entre:

- a) El valor presente del flujo de caja neto de la Sociedad Concesionaria que se hubiera generado por el Plazo del Contrato que hubiera restado de no haberse producido la terminación, sobre la base de la capacidad real instalada en el Sistema de Distribución a la fecha de terminación, empleando a estos efectos una tasa de descuento de 12% (nominal, anual).
- b) El Valor Contable que los Bienes de la Concesión que no hubiesen sido totalmente depreciados, tuvieran a la fecha de terminación de la Concesión.

Este contrato no contiene una disposición que permita terminar la concesión amparándose en razones de interés público. La utilización de los términos “de facto” y “por las vías de hecho” dan a entender que el concedente podría expropiar la concesión sin justificación, declaración ni trámite previo, lo cual no consideramos válido por atentar contra el derecho de defensa del concesionario.

Una cláusula similar con el mismo supuesto de terminación existe en el LT Carhuaquero-Cajamarca Norte-Cáclic-Moyobamba en 220 kV (2012).

Como hemos mencionado a tratar la desviación de poder, esta se produce, entre otras situaciones, cuando el rescate no responde a razones de interés público y, por lo tanto, es arbitrario. (Marienhoff, 1970). En el presente caso, además de arbitrario, trasgrede el derecho al debido proceso al no otorgar un preaviso.

3.2.2 Normas, órdenes, actos o medidas no sustentadas en causa de necesidad pública

El contrato de concesión para la Construcción, Operación y Mantenimiento de las Obras de Tránsito del Proyecto Olmos (2004) contiene dos cláusulas separadas, una denominada “Caducidad por vencimiento de la vigencia de la concesión”, y otra denominada “Caducidad de la concesión por otras causales”. Dentro de las “otras causales” se encuentran causas imputables al concesionario, causas imputables al concedente, fuerza mayor, mutuo acuerdo y decisión unilateral del concedente.

En este contrato, se incluye como causal imputable al concedente la promulgación por parte del Concedente de normas o expedición de órdenes, actos o medidas, no sustentadas en causa de necesidad pública, que impidan o dificulten gravemente la ejecución de las obligaciones del concesionario. Contrario sensu, no sería incumplimiento por parte del concedente la promulgación de normas o expedición de órdenes, actos o medidas que impidan o dificulten las obligaciones del concesionario, pero que sí estén sustentadas en necesidad pública. Dicho en otras palabras, el Estado no incurriría en incumplimiento si dicta órdenes o medidas de cualquier tipo que dificultan el cumplimiento del concesionario, siempre que las sustente en necesidad pública.

Consideramos que el Estado no debería adoptar medidas o impartir órdenes que impidan o dificulten el cumplimiento del contrato, y que modifiquen la ecuación económica financiera del contrato. Mediante el *ius variandi* la administración puede modificar el contrato, y estos cambios podrían hacer más difícil el cumplimiento para el concesionario, pero la ecuación económica financiera establece un límite a dichos cambios.

La institución del rescate está referida a una decisión unilateral de la administración mediante la cual pone fin a la concesión por razones de interés público. No se puede dificultar al concesionario el cumplimiento de sus obligaciones como una vía para obtener posteriormente la extinción de la concesión.

Al mismo tiempo, en otra cláusula, se establece en forma paralela que en cualquier momento y a su discreción, el concedente podrá resolver la concesión y recuperar el control del Proyecto, mediante notificación cursada con por lo menos ciento ochenta días de anticipación. Posteriormente, se mencionan los términos revocación y rescate como si fuesen sinónimos, refiriéndose a la resolución unilateral que vendría a ser un caso de

rescate. También se está confundiendo el rescate con la caducidad, pues la resolución unilateral está consignada como un caso de caducidad.

3.2.3 Resolución unilateral sin necesidad de justificación.

- a. Concesión para la Construcción, Operación y Mantenimiento de las Obras de Tránsito del Proyecto Olmos (2004).
- b. Concesión del Aeropuerto Jorge Chávez (2000)
- c. Concesión del Terminal Portuario Matarani (2014)
- d. Concesión de la Masificación del Uso de Gas Natural a Nivel Nacional (2013)
- e. Concesión Centro Ecológico Recreacional Huachipa (2002)

Se establece que, en cualquier momento y a su discreción, el concedente podrá resolver la concesión y recuperar el control del proyecto, mediante notificación previa y por escrito al concesionario con por lo menos ciento ochenta días calendario de anticipación. Dentro de los treinta días calendario siguientes de notificado el concesionario de *la revocación o del rescate*, éste deberá acreditar ante el concedente, el monto de las inversiones realizadas y presupuestará el monto de los gastos que deba realizar con motivo de la *Caducidad* de la Concesión. Se está utilizando los términos *revocación* y *rescate* como una especie dentro del género *caducidad*.

La concesión del Centro Ecológico Recreacional Huachipa (2002) tiene una redacción distinta, al establecer que el cualquier momento y en ejercicio de sus *“atribuciones de imperio”*, el concedente puede resolver el contrato y recuperar el control del CER, con un preaviso de seis meses.

La Concesión para la Construcción, Operación y Mantenimiento de las Obras de Tránsito del Proyecto Olmos (2004) contiene la siguiente cláusula:

15.1.5 Decisión unilateral del Concedente

En cualquier momento y a su discreción, el Concedente podrá **resolver la Concesión** y recuperar el control del Proyecto, mediante notificación previa y por escrito al Concesionario con por lo menos ciento ochenta (180) días calendario de anticipación.

Dentro de los treinta (30) días calendario siguientes de notificado el Concesionario de la **revocación o del rescate**, éste deberá acreditar ante el Concedente, el monto desagregado de las inversiones realizadas en los Bienes de la Concesión y en los Bienes del Concesionario afectados a la Concesión y presupuestará el monto de los gastos que deba realizar con motivo de la Caducidad de la Concesión. (resaltado nuestro)

Consideramos que no es correcto utilizar el término “resolver”, pues el rescate no es una modalidad de resolución contractual. Es una potestad de la administración para extinguir una relación contractual. Adicionalmente, en el segundo párrafo de esta cláusula se está confundiendo la resolución con la revocación, y se está mencionando que es una situación de rescate.

La concesión para la Masificación del Uso del Gas Natural a Nivel Nacional contiene la siguiente cláusula, sin justificación por interés público y sin preaviso:

17.2.4. Facultad del Concedente de poner término unilateral al Contrato

El Concedente deberá comunicar por escrito, mediante carta notarial cursada a la Sociedad Concesionaria, la decisión de **resolver el Contrato** de manera unilateral. Luego de recibida dicha comunicación, se procederá de acuerdo a lo indicado en el numeral 17.5.

La cláusula 17.5 se refiere a la forma de liquidación del contrato, estableciéndose que el Concedente deberá pagar la cantidad que resulte mayor entre el valor presente del flujo de caja libre de la Sociedad Concesionaria que se hubiera generado por el Plazo del Contrato que hubiera restado de no haberse producido la terminación, o el Valor Contable que los Bienes de la Concesión, que no hubiesen sido totalmente depreciados, tuvieran a la fecha de terminación de la Concesión.

No existe ninguna causal para aplicar la cláusula, por lo que aparentemente, no sería exigible ninguna motivación ni sustento. Sin embargo, legalmente es válido un pacto con estas características, el cual es asimilable a la figura del receso existente en el derecho civil. Consideramos que estas cláusulas califican como cláusulas de rescate de la concesión, y por

tanto, el Estado podrá aplicarlas pero siempre que concurren situaciones de interés público que justifiquen la decisión, siendo una potestad exorbitante de la administración. Así lo ha establecido el TC en el caso Rutas del Sol, al que ya nos hemos referido, y además justificando el interés público que se invoca.

Debemos recalcar que la única diferencia entre la resolución unilateral y el rescate sería que en este último supuesto la decisión se justifica por razones de interés público y la prestación del servicio es reasumida por el concedente, mientras que en la resolución el servicio es suprimido.

3.2.4 Resolución unilateral por razones de interés público

- a. Red Vial 5 (2003).
- b. Concesión del Corredor Económico Empalme 1B - Buenos Aires – Canchaque (2007).
- c. Desvío Variante Pasamayo - Ovalo Chancay - Huaral - Acos (2008).
- d. Concesión de la IIRSA Norte.
- e. Concesión de Mejoras a la Seguridad Energética del País y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano (2014).
- f. Concesión para la Provisión de Servicios de Saneamiento para los Distritos del Sur de Lima (2013).
- g. Concesión de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro (2014).
- h. Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2 (2013).
- i. Concesión del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Callao, Línea 1, Villa El Salvador - Av. Grau - San Juan de Lurigancho (2011).
- j. Concesión de la Hidrovia Amazónica – Segunda Convocatoria (2017).

En estos contratos se establece que el concedente podrá poner término unilateral al contrato, por razones de interés público debidamente fundadas, las cuales deberán ser individualizadas, justificadas y desarrolladas en una comunicación de carácter oficial suscrita por el organismo del Estado de la República del Perú competente para atender tal problema de interés público. Se establece un preaviso de seis meses. En algunos se establece únicamente que las razones de interés público deberán estar debidamente fundadas. No conocemos ningún caso en el que se haya puesto fin a una concesión y se

haya justificado debidamente el interés público afectado que justificó la decisión. Los casos de caducidad amparados en interés público, como veremos más adelante, utilizaron el interés público como pretexto para terminar una concesión.

La concesión de la Red Vial 5 (2003) contiene una redacción distinta, al establecer que en cualquier momento y por razones de oportunidad, mérito o conveniencia al interés público el concedente podrá resolver el contrato y recuperar el control de la concesión, con un preaviso de seis meses. En otra cláusula se refiere a esta terminación como “rescate o revocación”.

La concesión de la Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2 (2013) establece que esta caduca por declaración unilateral del concedente, la cual deberá estar basada en razones de interés público debidamente fundadas. En este caso, se está utilizando indebidamente el término caducidad, cuando lo que correspondía era hacer mención a la facultad de rescate del Estado, pues como hemos visto la caducidad es una sanción por incumplimiento de una obligación esencial.

3.2.5. Conclusiones del subcapítulo 3.2

Con las citas de cláusulas y referencias a contratos, se ha demostrado que el término “caducidad” se utiliza con distintos significados, y de maneras distintas, no existiendo uniformidad, a pesar de ser todos los contratos de concesión. Asimismo, hemos podido ver que no hay una delimitación entre la caducidad y la resolución, como tampoco lo hay entre la resolución y el rescate.

Adicionalmente, existen vicios más graves, que afectan a la validez de una decisión de caducidad, de resolución o de rescate, al preverse en algunos casos que la resolución opera de pleno derecho sin necesidad de declaración, o que el rescate opera con la sola invocación del interés público, sin necesidad de justificarlo y sin mayor motivación, lo cual acarrea una violación del derecho del debido proceso del concesionario.

3.3 Controversias sobre extinción de concesiones

3.3.1 El caso Lidercon v. MML.

Con fecha 20 de septiembre del 2004 la empresa Lidercon Peru S.A.C. celebró con la MML un contrato de concesión para la construcción, equipamiento u operación de infraestructura para revisiones técnicas vehiculares.

En la cláusula décimo novena (denominada Resolución del Contrato), se pactó una cláusula resolutoria expresa, detallándose aquellos incumplimientos de ambas partes que otorgarían derecho a la otra parte a resolver el contrato por incumplimiento. Se incluyó también como causal de resolución la ocurrencia de un evento de caso fortuito o fuerza mayor.

En la cláusula vigésima (denominada Caducidad del Contrato), se estableció que la concesión caducará y todos los derechos del concesionario quedarán automáticamente sin efecto sin necesidad de acto posterior alguno, en los siguientes casos:

- a. Vencimiento del plazo.
- b. Acuerdo de las partes.
- c. Resolución anticipada, por la ocurrencia de las causales de resolución indicadas en la cláusula décima novena.

Como se puede apreciar, se estableció la resolución como causal de caducidad, detallándose el procedimiento para resolver, pero no para declarar la caducidad. En una subcláusula posterior, se adiciona una causal más de caducidad: la decisión unilateral del concedente. Se establece que el concedente podrá por razones de oportunidad, mérito o conveniencia al interés público, resolver a concesión mediante un preaviso cursado con seis meses de anticipación.

En el párrafo siguiente, se utiliza el término “revocación de la concesión”, estableciéndose que dentro de los 30 días de recibida la decisión unilateral de resolución, el concesionario debe acreditar el monto desagregado de las inversiones realizadas. Se está confundiendo la revocación con la caducidad.

El 07.02.2008, la MML expidió la RA N° 051, mediante la cual declaró la caducidad del contrato. En resumen, esta Resolución se basó en lo siguiente:

- Hubo un acuerdo conciliatorio parcial homologado por un tribunal arbitral, en virtud del cual Lidercon se obligó a instalar y operar una planta de revisiones técnicas en determinada ubicación, lo cual fue incumplido. Por tanto, se ha incurrido en causales de caducidad y de resolución.
- En aplicación de la cláusula décimo quinta (15.5.2⁷), se otorgó un primer plazo de subsanación de 30 días, y posteriormente un segundo plazo de subsanación de 15 días, sin que se haya producido la subsanación del incumplimiento.
- La doctrina reconoce a la caducidad como la forma jurídica de extinción unilateral de los contratos de concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos frente al incumplimiento de obligaciones esenciales, y que debe ser dispuesta con la finalidad de preservar el servicio o la explotación de la obra pública, constituyendo de esta manera la sanción máxima en materia contractual de una concesión ante la inhabilidad o desinterés del prestador para gestionar el servicio, frustrando el interés de la Administración contratante para satisfacer la finalidad pública perseguida en el contrato.
- La caducidad es una medida extrema, que solo opera cuando no es posible el cumplimiento tardío del contrato, y recalca que el incumplimiento debe ser de una obligación esencial.

Con fecha 09 de febrero del 2009 Lidercon interpuso una demanda arbitral en contra de la MML solicitando se declare que la caducidad del contrato carece de efectos jurídicos.

El Tribunal Arbitral resolvió declarando que la RA No. 051-2008, que contiene la declaración de caducidad, no se ha adecuado al numeral 4) del artículo 3° de la Ley N° 27444⁸, y además ha sido emitida sin seguir el procedimiento establecido en el contrato.

15.5.2 En los casos de imposición de penalidades a las que se refiere el numeral anterior, el Supervisor deberá enviar una comunicación escrita a la SOCIEDAD CONCESIONARIA indicando detalladamente el incumplimiento detectado y otorgándole un plazo de menor de treinta (30) días para subsanarlo o para que presente sus descargos. El Supervisor podrá otorgar un plazo mayor para la subsanación del incumplimiento en caso la SOCIEDAD CONCESIONARIA lo solicite. Si venciera el plazo otorgado sin que se hubiera remediado el incumplimiento, el Supervisor deberá efectuar un último requerimiento a la SOCIEDAD CONCESIONARIA a fin de que cumpla con la obligación no ejecutada, otorgándole un plazo final de quince (15) días calendario, bajo apercibimiento que se producirá la caducidad automática de la Concesión en caso contrario. En caso venciera este último plazo sin que la SOCIEDAD CONCESIONARIA hubiera remediado el incumplimiento o acreditado su cumplimiento, el Supervisor notificará a EL CONCEDENTE para que declare la caducidad de pleno derecho de la Concesión, y procederá a ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato.”

⁸ **Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos**

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

Ordenó a la MML que declare la nulidad de dicha Resolución de Alcaldía y que restablezca la situación al punto anterior a su dictado.

En su razonamiento, el Tribunal Arbitral se basó en lo siguiente:

- Existe un vicio de motivación, por existir contradicciones en la RA.
- No se ha adecuado al numeral 4) del artículo 3º de la Ley N° 27444, por no haberse evidenciado la gravedad del incumplimiento por parte del concesionario, más aun si este último hubiera podido cumplir si la MML hubiese cooperado.
- La incorporación de una nueva planta no es una obligación esencial, pues otras plantas ya estaban funcionando.
- La caducidad es una situación de excepción, y por tanto, la interpretación debe ser restrictiva, aplicándose únicamente las causales establecidas en la cláusula vigésima del contrato de concesión.
- Previamente a la declaración de caducidad, se debió seguir el procedimiento pactado para resolver el contrato.
- La declaración de caducidad no se basó en las causales previstas en la cláusula vigésima del contrato.
- No se utilizó el procedimiento correcto para la declaración de caducidad.

De lo descrito precedentemente, podemos apreciar lo siguiente:

- a. La cláusula vigésima del contrato de concesión no regulaba adecuadamente la terminación del contrato por caducidad o resolución. No debió considerarse a la resolución como una casual de caducidad. La caducidad, como hemos visto en el presente trabajo, es una forma de extinción del contrato que opera por sí sola, sin necesidad de una declaración de resolución que la preceda.
- b. La MML se equivocó al declarar la caducidad sin ceñirse a lo establecido en el contrato. Más aún, si en la Resolución de Alcaldía que declaró la caducidad se cita únicamente como fundamento la cláusula décima quinta, referida al cobro de penalidades y a la resolución. Si

(...)

3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

bien se incluyen citas doctrinarias referidas a la caducidad, no se estaba respetando lo pactado en el contrato.

c. El laudo, si bien está correctamente fundamentado en cuanto a que no se siguió el procedimiento de resolución pactado, no vemos la conexión entre el párrafo 4) del artículo 3 de la Ley No. 27444 (falta de finalidad pública) y la falta de prueba del incumplimiento imputado. Este argumento, por tanto, no lo consideramos correcto.

Lo expuesto, confirma la confusión existente entre los conceptos de caducidad y de resolución, lo cual, como hemos visto en el presente caso, puede generar perjuicios a la entidad estatal. Adicionalmente, consideramos incorrecto que se pacte un doble trámite para poder terminar unilateralmente un contrato por parte del Estado.

3.3.2 El caso Convial v. MPC.

Mediante DS No. 16-95-PRES, publicado el 04.10.1995, la Presidencia del Perú declaró de necesidad pública nacional la ampliación del eje vial Elmer Faucett - Acceso al Aeropuerto, señalando como obligación de la administración pública tanto la realización y aprobación de estudios pertinentes para la ejecución del proyecto, como la obtención de “la libre disponibilidad de los terrenos del derecho de vía y su respectiva zona de influencia”.

Llevado a cabo un Concurso Internacional de Proyectos Integrales, resultó adjudicataria Convial, quien el 09.02.2001 celebró el contrato de concesión con la MPC. De acuerdo al contrato, Convial se obligaba a construir y financiar íntegramente la obra, y la MPC garantizaba que se liberaría el derecho de vía para permitir la ejecución de la obra, de manera tal que Convial cobrara directamente a los usuarios de la vía un peaje durante 30 años.

El contrato contenía la siguiente cláusula:

“En cualquier momento y por razones de oportunidad, mérito o conveniencia al interés público, EL CONCEDENTE podrá resolver la Concesión y recuperar el control de la VIA EXPRESA, mediante notificación previa y por escrito a EL CONCESIONARIO con por lo menos seis (6) meses de anticipación.”

“Dentro de los treinta (30) días siguientes de notificado EL CONCESIONARIO

de la revocación o del rescate, éste deberá acreditar ante EL CONCEDENTE el monto desagregado de las inversiones realizadas en Bienes, Obras e instalaciones y presupuestara el monto de los gastos que deba realizar con motivo de la Caducidad de la Concesión. La liquidación del Contrato, es este caso, se regirá por lo dispuesto en la Cláusula 15.12.”

Surgida una controversia en la que Convial alega que la MPC no cumplió con liberar la totalidad del derecho de vía, con fecha 05.11.2007 la MPC envió a Convial una carta notarial señalando que por razones de interés público, al amparo del numeral 15.4 del Contrato de concesión, comunicaba formalmente la decisión de operar la resolución del contrato de concesión por la vía de la caducidad, y solicitando que en un plazo de treinta días le remitan el monto desagregado de las inversiones realizadas, en bienes e instalaciones y la liquidación del contrato,

Ante tal situación, Convial presentó una demanda contra la República del Perú ante el CIADI, reclamando el pago de una indemnización ascendente a USD 105,438,504.00, por considerar que su inversión en el Perú había sido arbitrariamente expropiada vía una declaración de caducidad. A continuación, vamos a presentar un resumen de lo sucedido en la controversia, limitándonos solo a los argumentos referidos a la validez de la cláusula de caducidad y a la validez de la declaración de caducidad, dejando de lado toda la discusión referida a la violación del tratado, a la existencia de una expropiación indirecta o a temas de derecho internacional.

En resumen, Convial alegó lo siguiente:

- a. La declaración de caducidad no es asimilable a la resolución contractual. La declaración de caducidad por interés público es una potestad exorbitante de la administración en el ejercicio del *ius imperium* del Estado, que debe obedecer necesariamente a los requisitos de los actos administrativos en el derecho peruano.
- b. En este caso, la caducidad constituye una expropiación ilícita de la inversión, pues equivale a una confiscación injustificada, caprichosa, irracional y arbitraria del Contrato por el Perú;
- c. Terminar el Contrato invocando el interés público es una prerrogativa soberana, y no el ejercicio de un derecho contractual, debido a que la MPC no buscó tutelar un derecho contractual sino un bien público.

- d. La facultad resolutoria unilateral pactada es una expresión del *ius imperium*, que en derecho administrativo peruano corresponde al rescate de la concesión. En Derecho internacional la terminación de un contrato por razones de interés público es un acto que caracteriza el ejercicio del *ius imperium* del Estado.
- e. La declaración de caducidad obedeció a motivaciones políticas oportunistas. El interés público invocado sólo fue invocado como pretexto para resolver el contrato, correspondiendo, en todo caso, a la MPC la carga de la prueba en cuanto a la existencia de un verdadero interés público afectado.
- f. La expropiación de la que fueron objeto no cumplió con las 4 condiciones previstas en el Tratado aplicable, a saber: “(i) tomada por razones de seguridad nacional o utilidad pública; (ii) sobre una base no discriminatoria; (iii) bajo el debido proceso legal y (iv) acompañada de disposiciones para el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva”.
- g. El TC ha establecido en el caso Ruta del Sol que la declaración de caducidad es una potestad exorbitante, que opera aun en casos en que no esté pactada.

La posición de la MPC fue la siguiente:

- a. Rechazó haber incumplido el contrato, en lo referente al otorgamiento del derecho de vía. La caducidad se declaró por la falta de avance de la obra, en ejercicio de un derecho contractual.
- b. El tribunal arbitral no tiene jurisdicción, por cuestionarse el ejercicio de un derecho contractual.
- c. El hecho de no haber retomado las obras después de la caducidad no es prueba de la inexistencia de interés público, pues las acciones posteriores a la caducidad no tienen relevancia a la invocación del interés público.
- d. La declaración de caducidad por razones de interés público solo puede operar si está pactada. No hay ley que establezca lo contrario. En este caso, estuvo pactada en el contrato de concesión.

El tribunal arbitral resolvió rechazando todas las pretensiones de Convia, y la condenó al pago a favor de al MPC de la suma de USD 2.117.489,27 como reembolso de gastos procesales, en base a las siguientes consideraciones:

- a. Sí tiene jurisdicción sobre esta controversia. Los derechos contractuales derivados de una concesión sí pueden ser susceptibles de expropiación.

- b. Una violación contractual es equiparable a una expropiación cuando el Estado no actuó como “mera parte contractual” (comercial) sino como un “ente soberano”.
- c. La declaración de caducidad invocando razones de interés público es una prerrogativa contractual otorgada a la MPC. La invocación del interés público no cambia esta conclusión.
- d. La doctrina invocada por Convial no es suficiente para considerar la declaración de caducidad por interés público como una facultad exorbitante del Estado, que se puede ejercer aun sin haberla pactado. Una sola sentencia del TC no llega a ser prueba suficiente. Por lo tanto, la facultad de la MPC de declarar la caducidad tuvo su origen en el contrato y no en la voluntad soberana del Estado.
- e. Según el contrato la “conveniencia al interés público” únicamente debía ser “notificada” a la otra parte. No se pactó que debía ser acreditada.

Sobre lo acontecido en este caso, consideramos, en primer lugar, que la cláusula es válida como una cláusula de rescate de la concesión. No obstante, aunque no se haya establecido expresamente, las razones de interés público que justifican la terminación del contrato debían ser demostradas y justificadas, no siendo suficiente su simple invocación. En el presente caso, ni siquiera se señaló cual era el interés público afectado, y de qué manera se había producido su afectación. Por lo tanto, siendo la comunicación remitida al concesionario un acto administrativo, este se encuentra viciado de nulidad por falta de motivación.

La carta remitida por la MPC constituye un acto administrativo a través del cual el Estado puso fin a contrato de concesión. De acuerdo a la ley, la jurisprudencia del TC y la doctrina, tal falta de motivación vicia de nulidad dicho acto administrativo.

El derecho de los administrados a la debida motivación, además, tiene rango constitucional al formar parte del derecho al debido procedimiento. En efecto, el numeral 1.2) del art. IV de la LPAG, establece como un principio del debido procedimiento el derecho de los administrados a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

El TC ha establecido que la motivación de las decisiones administrativas es un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático, en el cual está vetado

el ejercicio del poder absoluto o arbitrario⁹.

Es importante resaltar que el TC también se pronunció sobre el contenido de la motivación, estableciendo que las decisiones de la administración deben contener una descripción de los hechos, de la interpretación de las normas y el razonamiento realizado. En el caso de actos que imponen sanciones, como –como sucedió en el presente caso–, el TC señala que la motivación no solo es un deber, sino además constituye un derecho del administrado, pues solo conociendo la motivación es viable interponer recursos impugnatorios.

La motivación de las resoluciones es esencial para el ejercicio del derecho de defensa, y su ausencia genera indefensión (Rubio, 2005).

Adicionalmente, la LPAG en su artículo 3 consigna a la motivación como un requisito de validez del acto administrativo, estableciendo que la motivación debe estar en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. El artículo 6° establece que la motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. Nada de esto sucedió en la comunicación de la MPC.

Dicha norma agrega que no se admite como como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

Tratándose de un acto discrecional, como lo es la decisión de resolver o declarar la caducidad de un contrato administrativo, la carencia de motivación no solo vicia el acto de nulidad, sino que además constituye arbitrariedad¹⁰.

Por lo tanto, no coincidimos con la posición del Tribunal Arbitral que estableció que basta la simple invocación del interés público, sin siquiera mencionar o describir que afectación

⁹ Exp. 2192-2004-AA/TC.

¹⁰ STC 4289-2004-AA/TC.

se produjo y sin justificarlo con alguna prueba.

Tampoco coincidimos con el Tribunal Arbitral en que la terminación del contrato por interés público es una prerrogativa contractual, que debe analizarse a la luz del contrato, y no una potestad exorbitante regida por el derecho administrativo, para lo cual nos remitimos al marco teórico que hemos desarrollado en los dos primeros capítulos del presente trabajo.

Por lo tanto, aún en caso de no haberse pactado, la MPC hubiera podido terminar unilateralmente el contrato de concesión invocando razones de interés público, pero como ya hemos mencionado, hubiera tenido que motivar su decisión y acreditar la afectación al interés público que invoca.

La carta notarial remitida por la MPC adolece de graves vicios de motivación, que acarrearán la nulidad de la decisión, a la luz de las normas de derecho administrativo aplicables que regulan la validez de los actos administrativos. Por lo tanto, concluimos que si hubo una terminación arbitraria del contrato. Asimismo, el Acuerdo de Consejo N° 208, que sirve de sustento a la carta notarial, incurre en errores jurídicos inaceptables, que reflejan un desconocimiento jurídico, al establecer que: i) cuando en el contrato se establece que la concesión caduca de pleno derecho, se está autorizando a declarar la caducidad sin el preaviso de seis meses pactado, y ii) son aplicables las normas de caducidad contenidas en el Código Civil, por lo que, dado que la caducidad no admite suspensión ni interrupción, entonces produce efectos inmediatos. Se ha confundido la caducidad como forma de extinción regulada en el Código Civil con la caducidad de la concesión regida por el derecho administrativo.

La carta notarial enviada por la MPC no se sustenta en el incumplimiento de ninguna obligación esencial. Se limita a mencionar que surgieron “impases” que impiden la ejecución del contrato y causan un perjuicio al país. No se mencionan ni describen los impases, ni tampoco se conoce si dichos impases son imputables al concesionario o al concedente.

3.3.3 El caso del Aeropuerto de Chincheros

Mediante Ley N° 27528, publicada el 11.10.2001, se creó el Proyecto Especial Aeropuerto Internacional de Chinchero, a cargo de la COPRI, y se declaró de necesidad y utilidad pública y de la más alta prioridad para el Estado, el Proyecto Especial Aeropuerto Internacional de Chinchero, en la provincia de Urubamba del departamento del Cusco.

El 04.07.2014 el MTC y Kuntur Wasi suscribieron un contrato de concesión bajo el esquema de una APP, a través del cual el Estado otorgó en concesión el diseño, financiamiento, construcción, operación, y mantenimiento del aeropuerto de Chincheros.

En dicho contrato se pactó que por razones de interés público debidamente fundadas, el concedente tenía la facultad de resolver el contrato en cualquier momento, mediante notificación previa y por escrito al concesionario remitida con no menos de seis meses de anticipación.

En este contrato, se establece como consecuencia de la caducidad:

- Que el derecho de operar la infraestructura aeroportuaria es “reasumido” por el concedente.
- Que el concedente o el nuevo concesionario que éste designe, se harán cargo de la operación del aeropuerto.
- Que en los casos que la Caducidad de la Concesión se encuentre sometida a un proceso arbitral, los efectos de la misma se producirán luego de la emisión del laudo arbitral correspondiente.

Surgió una controversia que se hizo pública a través de los medios de comunicación, sobre la conveniencia o no de ejecutar el contrato en los términos pactados, en especial, por el financiamiento que el Estado debía otorgar.

Con fecha 13 de julio del 2017, los ministros a cargo del MTC y del MCET remitieron una carta notarial a Kuntur Wasi comunicando la decisión de resolver el contrato por razones de interés público. Como única justificación se señala que “en la actual situación no es posible concretar la ejecución del proyecto en la forma y oportunidad originalmente previstas, lo cual pone en peligro el logro de la finalidad pública de alto interés nacional de dotar al Cusco de un nuevo aeropuerto”.

Nuevamente, estamos ante un grave vicio de nulidad, por carecer el acto de motivación que

permite el ejercicio de un adecuado derecho de defensa.

Kuntur Wasi ha presentado en junio del 2018 una solicitud de inicio de arbitraje ante el CIADI, cuestionando la decisión de declarar la caducidad de su concesión.

No se conocen aun los fundamentos de su demanda ni su pretensión económica, pero en relación con la cláusula aplicada, consideramos que está correctamente redactada, a diferencia de lo ocurrido en el caso Convial. No obstante, en relación con la decisión contenida en la carta notarial remitida, que al igual que el caso Convial no excede de dos páginas, no se ha justificado en forma alguna de qué manera se ha afectado el interés público invocado, a pesar de que, en el presente caso, el propio contrato exigía que las razones de interés público que se invoquen debían estar “debidamente fundadas”. Nuevamente, por tanto, se ha incurrido en una decisión arbitraria, no justificada y no motivada, lo cual acarrea su nulidad conforme a las normas de derecho administrativo que regulan la validez de los actos administrativos.

También en este contrato se han confundido los términos caducidad, resolución y rescate, se ha pactado el rescate como causal de resolución, y se ha considerado la resolución como sinónimo de caducidad.

La carta notarial enviada adolece de serios vicios de motivación, pues se limita a mencionar que no era posible concretar la ejecución del proyecto (sin mencionar porque razones), lo cual pone en peligro el logro de la finalidad pública de alto interés nacional de dotar al Cusco de un aeropuerto. No se imputa al concesionario el incumplimiento de ninguna obligación esencial establecida como tal en el contrato, lo cual como hemos visto en los capítulos anteriores, constituye la única causal válida para declarar la caducidad de un contrato. Para declarar la caducidad se debió invocar el incumplimiento de una obligación esencial. Si lo que se invoca es el interés público, correspondía efectuar el rescate de la concesión y acreditar las causas de interés público que justificaban la decisión.

CAPÍTULO 4

PROPUESTA PARA EL TRATAMIENTO DE LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Proponemos modificar el DL No. 1362, o que se incorporen modificaciones en las normas que lo sustituyan, teniendo en consideración las siguientes conclusiones que se desprenden de la investigación efectuada:

- a. Caducidad, resolución y rescate de una concesión son instituciones totalmente distintas, que no deben confundirse entre sí, que se aplican ante supuestos distintos y que generan consecuencias distintas.
- b. La caducidad de una concesión solo debe proceder ante el incumplimiento de una obligación esencial por parte del concesionario. Para evitar confusiones o abuso de poder, la legislación deberá especificar cuáles son las obligaciones esenciales.
- c. En todo caso de declaración de caducidad, previamente se debe otorgar al concesionario el derecho de subsanación o de presentar descargos ante la imputación efectuada, otorgándosele un plazo razonable.
- d. La decisión que declare la caducidad deberá estar debidamente motivada.
- e. La decisión de rescate de una concesión deberá procederá ante razones de interés público que la justifiquen, las cuales deberán estar debidamente justificadas y acreditadas.
- f. No se debe incorporar en contratos de APP:

- Cláusulas que establezcan la resolución del contrato como una causal de caducidad.
- Cláusulas que establezcan el derecho del Estado de declarar la caducidad de pleno derecho, sin preaviso.
- Cláusulas de rescate unilateral sin ninguna justificación, o cláusulas que permiten al Estado recuperar la concesión de facto o por las vías de hecho.

Las modificaciones que proponemos al DL No. 1362 son las siguientes:

TEXTO VIGENTE	MODIFICACION
<p>Artículo 6. Entidades públicas titulares de proyectos</p> <p>6.1 El Ministerio, Gobierno Regional, Gobierno Local u otra entidad pública habilitada mediante ley expresa, asume la titularidad del proyecto a desarrollarse mediante las modalidades reguladas en el presente Decreto Legislativo, y ejerce las siguientes funciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Elaborar el Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público Privadas, a fin de planificar el desarrollo de los proyectos de inversión regulados en el presente Decreto Legislativo. 2. Identificar, priorizar y formular los proyectos a ser ejecutados bajo las modalidades reguladas en el presente Decreto Legislativo, para lo cual, puede encargar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – Proinversión, la contratación de los estudios respectivos. 3. Elaborar el Informe de Evaluación. Tratándose de proyectos a cargo de Proinversión, el Informe de Evaluación es 	<p>Artículo 6. Entidades públicas titulares de proyectos</p> <p>6.1 El Ministerio, Gobierno Regional, Gobierno Local u otra entidad pública habilitada mediante ley expresa, asume la titularidad del proyecto a desarrollarse mediante las modalidades reguladas en el presente Decreto Legislativo, y ejerce las siguientes funciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Elaborar el Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público Privadas, a fin de planificar el desarrollo de los proyectos de inversión regulados en el presente Decreto Legislativo. 2. Identificar, priorizar y formular los proyectos a ser ejecutados bajo las modalidades reguladas en el presente Decreto Legislativo, para lo cual, puede encargar a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – Proinversión, la contratación de los estudios respectivos. 3. Elaborar el Informe de Evaluación. Tratándose de proyectos a cargo de Proinversión, el Informe de Evaluación es

<p>elaborado por dicha entidad y cuenta con la aprobación previa de la entidad pública titular del proyecto.</p> <p>4. Coordinar con el Organismo Promotor de la Inversión Privada para el desarrollo de los procesos de promoción de la inversión privada. 5. Suscribir los contratos derivados de las modalidades reguladas en el presente Decreto Legislativo.</p> <p>6. Gestionar y administrar los contratos derivados de las modalidades reguladas en el presente Decreto Legislativo, y cumplir las obligaciones contractuales a su cargo.</p> <p>7. Hacer efectivas las penalidades por incumplimiento del contrato, salvo que dicha función haya sido asignada o delegada al organismo regulador respectivo.</p> <p>8. Acordar la modificación de los contratos, conforme a las condiciones que establezca el presente Decreto Legislativo y su Reglamento. 9. Efectuar el seguimiento de la ejecución física y financiera de los proyectos regulados en el presente Decreto Legislativo bajo su competencia, informando de sus acciones al Ministerio de Economía y Finanzas, conforme a lo establecido en el artículo 9.</p> <p>10. Sustentar la capacidad presupuestal para asumir los compromisos de los contratos de Asociación Público Privada y sus modificaciones.</p> <p>11. <u>Declarar la suspensión o caducidad del contrato, cuando concurran las causales previstas en el mismo.</u></p>	<p>elaborado por dicha entidad y cuenta con la aprobación previa de la entidad pública titular del proyecto.</p> <p>4. Coordinar con el Organismo Promotor de la Inversión Privada para el desarrollo de los procesos de promoción de la inversión privada. 5. Suscribir los contratos derivados de las modalidades reguladas en el presente Decreto Legislativo.</p> <p>6. Gestionar y administrar los contratos derivados de las modalidades reguladas en el presente Decreto Legislativo, y cumplir las obligaciones contractuales a su cargo.</p> <p>7. Hacer efectivas las penalidades por incumplimiento del contrato, salvo que dicha función haya sido asignada o delegada al organismo regulador respectivo.</p> <p>8. Acordar la modificación de los contratos, conforme a las condiciones que establezca el presente Decreto Legislativo y su Reglamento. 9. Efectuar el seguimiento de la ejecución física y financiera de los proyectos regulados en el presente Decreto Legislativo bajo su competencia, informando de sus acciones al Ministerio de Economía y Finanzas, conforme a lo establecido en el artículo 9.</p> <p>10. Sustentar la capacidad presupuestal para asumir los compromisos de los contratos de Asociación Público Privada y sus modificaciones.</p> <p>11. Declarar la suspensión del contrato cuando concurran las causales previstas en el mismo.</p>
---	--

<p>12. Otras funciones conforme al marco normativo vigente.</p>	<p>12. Declarar la caducidad del contrato, cuando el inversionista incurre en incumplimiento de una obligación esencial.</p> <p>13. Otras funciones conforme al marco normativo vigente.</p>
---	---

<p>Artículo 58. Caducidad y Liquidación</p> <p><u>58.1 Cuando se produzca la caducidad de un contrato de Asociación Público Privada, la entidad pública titular del proyecto, directamente o a través de terceros, asume el proyecto de manera provisional. Para tal efecto, la entidad pública titular del proyecto queda facultada para realizar las gestiones y contrataciones necesarias para garantizar la continuidad del proyecto, por un periodo no mayor a los tres (03) años calendario.</u></p> <p><u>58.2 Sin perjuicio de la normativa aplicable, los contratos de Asociación Público Privada pueden contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tiene derecho el inversionista, en caso que el Estado suspenda o deje sin efecto el contrato de manera unilateral o por su propio incumplimiento.</u></p>	<p>Artículo 58. Caducidad y rescate</p> <p>58.1 La caducidad del contrato puede ser declarada por la entidad pública titular del proyecto cuando el inversionista incurra en incumplimiento de una obligación esencial asumida en el contrato. Se consideran, para estos efectos, como obligaciones esenciales las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> i. La continuidad en la prestación del servicio, siempre que revista especial gravedad y afecte el interés público subyacente la concesión. ii. El respeto a los principios de igualdad de acceso, neutralidad, no discriminación y asequibilidad, que revistan gravedad. iii. El respeto a los estándares de calidad previstos en el contrato en forma continua. iv. El respeto las reglas de competencia en relación con los competidores. v. El deber de cumplir con los estándares de calidad establecidos en el contrato o en la regulación aplicable. vi. El deber de cumplir los planos de
--	--

	<p>expansión o de cobertura.</p> <p>vii. Otros que la legislación sectorial defina como obligación esencial.</p> <p>58.2 La declaración de caducidad operará sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudieran corresponder, así como de la aplicación de las penalidades que pudieran estar pactadas.</p> <p>58.3 Ocurrida la causal de caducidad, la entidad notificará al inversionista la ocurrencia de la misma, y le otorgará un plazo no menor a treinta días para la subsanación correspondiente, o para recibir los descargos del inversionista. Vencido el plazo, la entidad se pronunciará mediante acto debidamente motivado, declarando la caducidad, dando por subsanado el incumplimiento o dejando sin efecto el procedimiento de declaración de caducidad.</p> <p>58.4 La entidad estará facultada para declarar el rescate del contrato por razones de interés público. En este caso, la decisión de rescate surtirá efecto a los seis meses de notificada, y deberá estar debidamente motivada, sustentando y acreditando la afectación del interés público invocada.</p> <p>58.5 Cuando se produzca el rescate de un</p>
--	--

	<p>contrato de Asociación Público Privada, la entidad pública titular del proyecto directamente asume la gestión del proyecto.</p> <p>58.6 Cuando se produzca la caducidad de un contrato de Asociación Público Privada, la entidad pública titular del proyecto directamente o a través de terceros asume la gestión del proyecto de manera provisional. Para tal efecto, la entidad pública titular del proyecto queda facultada para realizar las gestiones y contrataciones necesarias para garantizar la continuidad del proyecto, por un periodo no mayor a los tres (03) años calendario.</p> <p>58.7 Sin perjuicio de la normativa aplicable, los contratos de Asociación Público Privada pueden contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tiene derecho el inversionista, en caso que el Estado suspenda o deje sin efecto el contrato de manera unilateral o por su propio incumplimiento.</p>
--	--

BIBLIOGRAFIA

- Aguilar, O. (2007). La extinción anticipada de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos. *Círculo de Derecho Administrativo*, (3), 129-160.
- Baca, V. (2013). La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la administración en el derecho Peruano: notas para una polémica. En Grijley. *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado Peruano*. Lima: Grijley.
- Cassagne, J. (1999). *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abelardo-Perrot.
- Cassagne, J. (2008). La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial. *Cassagne abogados*. Recuperado de <http://www.cassagne.com.ar/>
- De la Puente, M. (1993). *El Contrato en General* (Vol. XI, Tomo I). Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Dromi, J. (1992). *Derecho Administrativo* (Tomo I). Buenos Aires: Astrea.
- Eguiguren, F. (2001). *Estudios Constitucionales*. Lima: ARA Editores.
- Escola, H. (1989). *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma.
- Fiorini, B. (1968). *Manual de derecho administrativo* (Tomo I). Buenos Aires: La Ley.
- Guzmán, C. (2017). *Las Contrataciones del Estado*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Huapaya, R. (2013). Una propuesta de formulación de principios jurídicos en la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura. *Revista Ius et Veritas*, (46), 284-329.
- La Fuente. (1989). La declaración de caducidad en las concesiones de dominio público marítimo-terrestre. *Dialnet*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/8595>

- Linares, M. (2002). *El Contrato Estatal*. Lima: Grijley.
- Linares, M. (2006). El contrato Administrativo en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, (1), 285-308.
- López, N. (2010). El interés público: entre la ideología y el derecho. Revista de filosofía jurídica y política. *Revistas de la Universidad de Granada*. Recuperado de <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/502/592>
- Luque, R. (2013). La modificación (Ius variandi) del Contrato Administrativo. En Cassagne, J. (Comp). *Tratado General de los Contratos Públicos* (Tomo III). Buenos Aires: La Ley.
- Marienhoff, M. (1970). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo III-A y III-B). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Martin, R. (2006). La Naturaleza del Contrato Estatal. La Necesidad de Contar con un Régimen Unitario de Contratación Pública. *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*, (1), 103-117.
- Martin, R. (2011). La Extinción Anticipada del Contrato de Concesión de Obras Publicas de Infraestructura y Servicios Públicos. Implicancias de la Declaración de Caducidad de la Concesión Administrativa. *Revista Jurisdicción Arbitral*,(4,79-132.
- Martin, R. (2013). El Laberinto Estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, (13), 305- 357.
- Mestre, J. (1992). *La extinción de la concesión de servicio público*. Madrid: La Ley.
- Morón, J. (2005). La Generación por Iniciativa Privada de Proyectos Públicos: La nueva colaboración público-privada y el interés público. *Revista Derecho y Sociedad*,(24), 277-297.
- Morón, J. (2007). La construcción de la noción jurídica del interés público a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional. *Revista mensual de Jurisprudencia*, 2(4), 1-11.
- Morón, J. (2017). *La Contratación Estatal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rivera, C. (2014). La declaración de caducidad de los derechos de aprovechamiento de recursos naturales renovables en el Perú y su problemática. DOI:<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v12i13.42>.
- Rubio, M. (2005). La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sáinz, F. (1976). *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas.
- López, N. (2010). El interés público: entre la ideología y el derecho. *Revista de filosofía jurídica*

<http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/502/592>

Trelles, O. (2002). El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos. *Revista Themis*, (44), 237-251.

Zegarra, D. (1998). Concesión administrativa e iniciativa privado. *Revista Themis*, (39), 99-119.

JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2004 Expediente No. 0090-2004. Sentencia: 5 de julio de 2004.

Consulta: 13 de agosto de 2018.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2005 Expediente 008-2005. Sentencia: 12 de agosto de 2005.

Consulta: 13 de agosto de 2018.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2005 Expediente 1417-2005. Sentencia: 08 de julio de 2005.

Consulta: 13 de agosto de 2018.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009 Expediente 1893-2009. Sentencia: 10 de diciembre de 2010.

Consulta: 13 de agosto de 2018.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01893-2009-AA%20Resolucion.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2012 Expediente No. 00005-2003. Sentencia: 3 de octubre de 2003.

Consulta: 13 de agosto de 2018.