

LAS PARTES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN Y LA PARTICIPACIÓN DE LOS ORGANISMOS REGULADORES EN LOS PROCESOS ARBITRALES

Richard J. Martin Tirado¹

RESUMEN

En el Perú, existe una imprecisión terminológica sobre la naturaleza de la concesión administrativa, básicamente influenciada por las reglas aplicables a la contratación pública general, que se sustenta en el régimen clásico de la Ley de Contrataciones del Estado.

A partir de esta debilidad, se advierte que no existe una definición uniforme de los contratos de concesión como parte del modelo general que se encuentra recogido en el régimen de las asociaciones público-privadas. Ello ha generado un desborde en el tratamiento jurídico del contrato de concesión y en la delimitación del rol que deben desempeñar los distintos actores que inciden en su ejecución, entre los que se encuentran los organismos reguladores.

En este sentido, el carácter especializado de los contratos de concesión, implica evaluar con detalle el papel que cumplen los sujetos que participan como partes en los contratos, teniendo en cuenta la complejidad de la concesión administrativa: i) a nivel del procedimiento de selección del concesionario estatal; ii) en relación al acto de otorgamiento de la misma como un título habilitante y iii) en la ulterior celebración del contrato de concesión. Por ello, es necesario corregir determinados errores y mitos que se han construido sobre el rol paradigmático de los organismos reguladores y su participación activa en la solución de controversias contractuales.

El artículo analiza en forma crítica la forma en que se ha venido identificando el rol de los diversos sujetos que participan en el contrato de concesión, pero, a su vez, nos plantea alertas con respecto a las limitaciones normativas que hoy existen y que pudieran afectar a futuro la ejecución de estos contratos. En función de la experiencia comparada y de las diferentes reformas normativas

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Administración Pública. Estudios de Maestría en Derecho Internacional Económico. Master en Contratación Pública. Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la PUCP y de diversas facultades de Derecho a nivel de pregrado y posgrado. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Profesores de Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Estudio de Regulación. Miembro de la Red Internacional de Bienes Públicos.

aprobadas en los últimos años, el autor propone reformas que pueden ayudar a una ejecución más eficiente de los contratos de concesión.

Palabras clave: Procesos de promoción de la inversión privada, asociación público-privada, contrato de concesión, regulación, mecanismos de solución de controversias.

ABSTRACT

In Peru, there is a terminological imprecision about the nature of the administrative concession, basically influenced by the rules applicable to general public procurement, which is based on the classic regime of the Law on State Procurement. Based on this weakness, it is noted that there is no uniform definition of concession contracts as part of the general model that is included in the regime of public-private partnerships. This has generated an overflow in the legal treatment of the concession contract and in the delimitation of the role that must be played by the different actors that affect its execution, among which are the regulatory bodies. In this sense, the specialized nature of concession contracts implies evaluating in detail the role played by the subjects participating as parties to the contracts, taking into account the complexity of the administrative concession: (i) at the level of the selection procedure of the state concessionaire; (ii) in relation to the act of granting the same as an enabling title; and (iii) in the subsequent conclusion of the concession contract. This being the case, it is necessary to correct certain errors and myths that have been built on the paradigmatic role of regulatory bodies and their active participation in the resolution of contractual disputes.

The article critically analyzes the way in which the role of the various subjects that participate in the concession contract has been identified, but at the same time, it raises a series of alerts regarding the regulatory limitations that exist today and that could affect the future execution of said contracts. Based on comparative experience and the different regulatory reforms approved in recent years, the author proposes a series of reforms that can help a more efficient execution of concession contracts.

Keywords: Process for promotion of private investment. Public Private Partnerships. Concession Contracts. Regulation. Dispute resolution mechanism.

INTRODUCCIÓN

El presente documento analiza el rol que cumplen las partes que celebran el contrato de concesión y las implicancias de la intervención en el mismo de los organismos reguladores en el régimen de solución de controversias que se derivan de la ejecución de aquellos contratos.

Como se sabe, el desarrollo normativo del contrato de concesión en nuestro país ha sido entendido a lo largo del tiempo desde una óptica civilista, y no fue sino hasta las reformas iniciales de 1991 y, posteriormente, con la Constitución de 1993 y de las distintas modificaciones legislativas que se han venido aprobando. Desde entonces, esta institución aparece regulada.

En la actualidad, el régimen de concesiones se encuentra reconocido como una de las modalidades contractuales del régimen de Asociaciones Público-Privadas (en adelante APP), establecido por el Decreto Legislativo 1362, que regula el régimen de promoción de la inversión privada, mediante asociaciones público-privadas y proyectos, en activos y su reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo 240-2018-EF.

En función de lo señalado, el presente documento analizará el rol de las partes en el contrato de concesión, la triple dimensión de esta institución en el ordenamiento jurídico peruano y las características propias que esta adquiere y que la distinguen con respecto de otras modalidades contractuales. A partir de ello, se evaluará el rol que cumplen los organismos reguladores en el régimen de solución de controversias que se suscita en la ejecución del contrato y las dificultades que se nos presentan con respecto a la intervención de estas entidades.

I. EL ESTADO REGULADOR

Para introducirnos en el tema, es necesario que se entienda que los procesos de privatización en sus distintas manifestaciones no tienen una respuesta uniforme en nuestros países. Por ello, se debe tener la suficiente objetividad para efectuar un balance crítico sobre estos procesos a la luz de la experiencia concreta de cada escenario.

Cassagne (2019: 594) señala:

[...] en la mayoría de los países de Latinoamérica se sufre un evidente déficit en lo concerniente a las obras necesarias para su desarrollo económico y social. El mayor problema radica en que la necesidad de dotar al país de infraestructura básica se enfrenta con la insuficiencia de recursos estatales, para llevar a cabo las grandes inversiones que se requieren para la construcción de obras de tales características.

En palabras de este autor, frente a la necesidad de satisfacer la necesidad creciente de infraestructura y de servicios en nuestros países, es indispensable implementar nuevos esquemas de colaboración público-privada para el desarrollo de los proyectos.

Las APP emergen como un modelo de dotación de infraestructura y de provisión de servicios públicos, en el que, frente a la carencia de recursos públicos y de otras fortalezas propias del sector privado, se nos plantea la posibilidad que, al amparo de una nueva técnica de contratación administrativa, tanto el sector público como el privado puedan generar en forma conjunta proyectos en el que cada parte aporte lo mejor de sus capacidades.

Sin duda, estamos ante una severa crisis con respecto a la actuación del Estado en materia económica y, en particular, ante la necesidad de reformular el rol del Estado prestador. Frente a

este escenario, se ha planteado la necesidad de someter a una revisión integral este rol. Así, en el campo social, ha surgido la noción del Estado regulador, que debe ser consciente de cuáles son las funciones para las que trabaja, saber que sus poderes son meramente instrumentales y que es en la sociedad civil donde se generan las energías que justifican su existencia.

Cassagne (2020: 121) señala que estamos ante un nuevo modelo en el que la administración y, en definitiva, el Estado se repliega en la gestión de determinados derechos, pero, a la vez, se concentra en la función de garantizar y regular las prestaciones que satisfacen las necesidades colectivas, cuya gestión se adjudica en palabras del maestro, en forma preferente a los sectores privados y que, finalmente, traducen una manifiesta aplicación del principio de subsidiariedad en la actuación estatal.

La concepción del Estado regulador y garante obedece a factores que, según Cassagne (2020:120), se apoyan en las ineficiencias del aparato estatal, los altos costos de las prestaciones a cargo del Estado, etcétera. Por contradictorio que parezca, el Estado regulador y garante no abdica de su función social, sino que busca fortalecer su actuación, tratando que se alcancen los mejores niveles de calidad y eficiencia en los servicios públicos, mediante la colaboración privada.

Este nuevo papel del Estado, en los que se advierte la gestión privada de cometidos públicos, tiene una especial incidencia en el ámbito de la organización administrativa del Estado, pues nos obliga a diseñar e implementar autoridades regulatorias, para proteger la libre competencia y los abusos de posición dominante en el mercado.

Kresalja (1999: 62) afirma que los procesos de privatizaciones de empresas y de sectores eco-

nómicos han replanteado una vieja cuestión, vinculada a la regulación de las condiciones económicas, técnicas y sociales, en las que se deben prestar aquellas actividades esenciales para la sociedad y que, históricamente, se han venido atendiendo por parte del Estado, y que, como consecuencia de estos procesos, se entregan hoy a empresas privadas.

En esta medida, la gestión privada evidencia la necesidad de una regulación para armonizar con prudencia dos intereses contrapuestos:

el de la empresa que aspira a los máximos beneficios y el de los usuarios que desean un servicio seguro, barato y de calidad. No se trata, pues, ahora de prescindir del Estado, sino de replantear el sentido de su acción: El Estado productor debe ser sustituido por el Estado regulador (Kresalja, 1999: 62).

En términos más generales, se ha afirmado:

Desde el enfoque normativo se postula que la intervención del Estado es una respuesta necesaria en casos de fallas o ausencias de mercados. Este es el caso de la provisión de bienes públicos, como la infraestructura, o de la existencia de monopolios, externalidades y asimetrías informativas, que demandan algún tipo de intervención o regulación. Desde esta perspectiva, denominada por Peltzman *normative-as positive theory*, la intervención del Estado está motivada por la búsqueda del interés público: existe regulación porque debe haberla (Távora, 2017: 71).

En el escenario de un Estado regulador y garantista, la gestión de los organismos reguladores no debe sentirse dueña del sector regulado, pues podría tomar decisiones sin justificar su actuación, tendiendo a modificar la realidad, planificarla y/o diseñarla, y, así, asumir un comportamiento errático que llevará al sector al caos.

Por otro lado, se debe cautelar el adecuado ejercicio de la discrecionalidad de las autoridades

de los organismos reguladores, pues ello incide en forma directa en la calidad de la gestión regulatoria. En este sentido, se ha constatado que gran parte de los problemas regulatorios que se presentan en el Perú se encuentran vinculados a la forma en que se ejerce la función y no a la normativa aplicable al caso (Martin, 2016: 57).

El rol regulador y garante del Estado implica dejar atrás su participación activa como prescriptor directo de servicios para asegurar la provisión de estos por medio de la imposición de obligaciones a los particulares. Así, el Estado asume una posición de asegurador directo del funcionamiento y de la calidad del servicio, y vigila el mercado para que los operadores respeten la competencia y la regulación pública.

En atención a los diversos mecanismos de promoción de la inversión privada, me interesa abordar el caso de las APP, una de las tantas formas en las que el sector privado colabora con el sector público en la provisión de los servicios públicos y en las que se manifiesta con enorme intensidad el rol de la regulación.

Usualmente estas figuras son definidas como contratos entre los Estados y el sector privado, para que este último provea bienes y/o servicios en un proyecto, con una adecuada distribución de riesgos y beneficios (el Estado asume los riesgos de la «demanda» y el privado los de «construcción» y «operación»).

Uno de los criterios más importantes para definir si resulta eficiente invertir o no en una APP es demostrar que el costo de inversión con un agente económico privado es menor al que se incurriría si el gobierno ejecutase la obra directamente, a través de los mecanismos tradicionales de obra pública o de servicio público. Esta maximización de los beneficios de los recursos públicos al menor costo es el criterio que deben seguir todas las APP, para evitar el

uso indebido de los recursos del Estado.

En este contexto, queda claro que las APP son empleadas en actividades normalmente brindadas por los gobiernos, pues el retorno social excede al retorno privado. Es decir, suele ocurrir que se aplican sobre actividades que no tendrían rentabilidad comercial sin la participación del Estado (ya sea para reducir inversiones o riesgos).

II. EL MODELO CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1993 establece un título dedicado al régimen económico, basado en los principios de una economía social de mercado, el pluralismo económico y el sometimiento del ejercicio de la propiedad al interés social; la vigencia de la libertad de empresa, comercio e industria; y la posibilidad del Estado de intervenir temporalmente la actividad económica en caso de crisis o emergencia.

El régimen económico del Estado peruano se encuentra regulado del artículo 58 al 65 de la Constitución de 1993. En términos generales, se consagra que el modelo económico es el de una «economía social del mercado», se estimula la generación de riqueza, se garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, se reconoce el pluralismo económico y la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa, se consagran los principio de subsidiariedad y solidaridad, se facilita y vigila la libre competencia, se protege la libertad de contratar y la libertad contractual.

Además, se establece que la inversión nacional y la inversión extranjera se encuentran sujetas a las mismas condiciones, se garantiza la libre tenencia y disposición de moneda y la defensa del interés de los consumidores y usuarios. En

esta línea, se establecen normas en materia de protección a la inversión privada, cuya importancia radica en el sentido de permanencia de estas y en la imposibilidad de ser modificadas por la legislación ordinaria.

La Constitución de 1993 prescribe en su artículo 58 que la iniciativa privada se ejerce en una «economía social de mercado». Según ello, se impone al Estado la exigencia de implementar un sistema de libre competencia en el que el mercado sea el mecanismo ordenador de la economía, con un celoso respeto de la propiedad privada, libre competencia, libre contratación, protección al consumidor e igualdad de trato en el mercado, todo bajo una regulación que impida que los inevitables desequilibrios afecten a los más débiles o que los agentes más poderosos abusen de su poder. En esta medida, debemos precisar que la Constitución de 1993, a diferencia de su predecesora, concibe un Estado puramente orientador del desarrollo (Gutiérrez, 2005: 777).

El Tribunal Constitucional ha tenido también la oportunidad de pronunciarse respecto del régimen económico del Estado, como se aprecia en la resolución recaída en el Expediente 0008-2003-AI-TC, en la que se indica:

13. [...] Las nuevas funciones del Estado moderno tienen que ver con aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos.

Supuestos económicos:

La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello, debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.

Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a

una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.

Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales. En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social [las cursivas son mías].

III. LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

Autores como Triveño (2014:20) indican que la APP:

Consiste en el establecimiento de una relación contractual de largo plazo entre el sector público y el sector privado, basado en la confianza mutua y la equidad en la relación, con el propósito común de prestar servicios públicos y desarrollar, en su caso la infraestructura necesaria en condiciones de mayor eficacia y calidad que las que alcanzaría el sector público si lo hiciera por sí mismo y a un costo significativamente menor, donde el sector público logrará dicho objetivo aplicando menores recursos públicos y el sector privado obtendrá un rendimiento razonable a su capital en correspondencia con los riesgos asumidos.

En el ámbito europeo, la Unión Europea ha precisado, en el Libro Verde de la Colaboración Público Privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones, que las colaboraciones público-privadas presentan las siguientes características:

- La duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se realizará.
- El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja orga-

nización entre diversos participantes. No obstante, la financiación privada puede completarse con financiación pública, que puede llegar a ser muy elevada.

- El importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación). El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de estos objetivos.
- El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de una cuenta personal previsional (CPP) no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.

En nuestra legislación, no existe una definición expresa de los contratos de APP y de sus diversas modalidades, entre ellas el contrato de concesión. En realidad, el legislador opta por un enunciado general en el que se permite la adopción de una serie de modalidades contractuales.

Una lectura atenta del artículo 21 del Decreto Legislativo 1362, nos permite afirmar que nos encontramos ante una definición genérica del contrato, que es materia de severos cuestionamientos por parte de la doctrina nacional (Huapaya, 2013: 20). Ello se refleja en los siguientes términos:

Artículo 21.- Contratos de Asociación Público Privada:

21.1. El contrato que se celebra para desarrollar un proyecto bajo la modalidad de Asociación Público Privada constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que dicho instrumento le otorga frente a terceros; en especial, los mecanismos de recuperación de las inversiones y los beneficios adicionales expresamente convenidos, pudiendo incluir servicios complementarios.

21.2. El inversionista puede explotar los bienes objeto del contrato de Asociación Público Privada, directamente o a través de terceros, manteniendo en todo momento su calidad de único responsable frente al Estado Peruano. Sin perjuicio de lo anterior, los proyectos de Asociación Público Privada que recaigan sobre bienes públicos, no otorgan al inversionista un derecho real sobre los mismos.

21.3. El inversionista no puede establecer unilateralmente exenciones en favor de usuario alguno, salvo lo establecido por ley expresa.

En efecto, el referido artículo alude a actividades que se expresan en este tipo de contrato, pero no lo define en términos conceptuales. Por ello, se advierte lo siguiente:

- La falta de una definición de un contrato de APP, en virtud del que se pueda conocer con certeza en qué supuestos opera este tipo de relación contractual. En realidad, al establecerse una fórmula genérica, lo que termina ocurriendo, es que no se conoce con certeza qué elementos definen a un contrato bajo esta modalidad. En buena cuenta, nos encontramos ante un marco legal que nos permite establecer los supuestos de aplicación de las normas de APP antes que una definición del contrato (Huapaya, 2013: 20).
- La falta de los elementos típicos del contrato. Ello se corrobora con una lectura del artículo 21 del Decreto Legislativo 1362,

pues en este precepto legal se alude a una modalidad contractual, pero no se precisa en qué casos corresponde establecer que nos encontramos ante un contrato de APP. Según ello, se permite libertad en el contenido de este «contrato genérico», lo que, si bien puede ser de suma utilidad práctica, no deja de encontrarse exenta de cuestionamientos por carecer de parámetros objetivos.

Desde una perspectiva jurídica, se advierte una peculiaridad en los contratos de APP y que se expresa en los siguientes términos:

no tienen un *numerus clausus* o tipología, sino que son más bien una categoría abierta de acuerdos, según lo requiera el proyecto en particular. Por ello, en algunos casos suelen superponerse a otros contratos típicos preexistentes o, incluso, permiten encausar el acuerdo hacia fórmulas no típicas de contratos del Estado. Ahora bien, esa amplitud permite considerar al interior de esta categoría a la concesión, asociación en participación, contratos de gerencia, contratos de riesgo compartido, contratos de especialización, así como cualquier otra modalidad contractual permitida por ley. A pesar de esa amplitud, no participan de esta categoría aquellos contratos cuyo único alcance sea la provisión de mano de obra, de oferta e instalación de equipo o de ejecución de obras públicas, que son contratos de aprovisionamiento por antonomasia (Morón y Aguilera, 2019:48).

En esta línea de argumentación, la doctrina define a la concesión como un contrato administrativo celebrado entre el Estado y un concesionario, en virtud del cual este último asume a su cuenta y riesgo, en el marco del principio del equilibrio financiero, el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato y el derecho a obtener la tarifa pactada, dentro del plazo y según las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el instrumento legal de adjudicación.

Morón y Aguilera (2019: 49) nos señalan al respecto:

La concesión también puede recaer sobre actividades reguladas y calificadas como servicios públicos: telecomunicaciones, electricidad, energía, saneamiento y gas (distribución por ductos). En cualquiera de los dos casos la concesión puede ser gratuita u onerosa; es decir, puede o no imponer al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado.

En esencia, es un concepto en el que participan los sectores público y privado, y que engloba una diversidad de esquemas de inversión. Por su propia naturaleza, las APP pueden asumir diversas formas contractuales, desde contratos de concesión hasta proyectos de infraestructura productiva de largo plazo.

Se desprende que los proyectos de APP involucran alianzas estratégicas de largo plazo para la provisión de servicios públicos o de infraestructura pública, con alta rentabilidad social y una baja rentabilidad financiera, cuyo equilibrio financiero supone un cofinanciamiento parcial o total del Estado, el mismo que se agrega, de existir, a la tarifa o peaje pagada por el usuario directo el servicio.

En nuestro país, el legislador recogió a partir de 2008 este modelo de alianza estratégica entre el capital público y privado. Sin embargo, no debe quedar la impresión de que no se habían presentado antes de 2008 proyectos que conciliasen la participación de los sectores público y privado, pues, antes de la emisión del Decreto Legislativo 1012, ya existían los contratos de concesión. Lo que ocurre es que la norma en mención pretendía otorgar una suerte de institucionalidad a este tipo de vinculación entre los intereses públicos y privados. En consecuencia, el Decreto Legislativo 1012 no hace

más que reconocer a nivel normativo una situación de hecho, que ya se plasmaba en los diversos contratos y modalidades de concesión que se celebraban antes en procesos de promoción de la inversión privada.

Gracias a la incorporación contractual del régimen de APP dispuesta por el Decreto Legislativo 1012, se ha podido desarrollar proyectos en diversos sectores de la economía, como transporte, energía, telecomunicaciones, agricultura y riego, así como agua y saneamiento. En los últimos años, y debido a las diversas crisis sufridas por nuestro país, el fenómeno El Niño, El Niño Costero y la reciente pandemia del COVID-19, se ha enfatizado la acción del Estado en proyectos vinculados a sectores sociales, como educación y salud.

En la Guía Metodológica de APP aprobada por ProInversión (2019: 14), se nos indica que a nivel internacional no existe una definición única de APP. Según la definición utilizada por el Banco Mundial, se define a las APP como «un contrato a largo plazo entre una parte privada y una entidad pública, para brindar un activo o servicio público, en el que la parte privada asume un riesgo importante y la responsabilidad de la gestión y la remuneración está vinculada al desempeño».

Tal como puede apreciarse:

[...] el concepto de Asociaciones Público-Privadas termina siendo sumamente amplio, pudiendo incluirse dentro de dicho concepto desde privatizaciones en sentido estricto (entendiendo dentro de este concepto a la transferencia en propiedad de acciones y activos del Estado a favor del sector privado), hasta mecanismos tales como proyectos BOT (*build operate transfer*), arrendamientos, *joint ventures*, concesiones puras, contratos de gerenciamiento, entre otros (Ronceros, 2014: 233).

Por su parte, Huapaya (2015:18) señala:

[...] las APP constituyen una solución, que implica, antes que nada, una idea y luego un régimen legal. La idea es que los cometidos prestacionales a cargo del Estado se pueden ejecutar con el concurso del sector privado. Pero no bajo las formas tradicionales de la contratación pública (contratos de locación de obra, de adquisición de bienes y servicios), sino mediante contratos de largo plazo, de riesgo compartido, donde se aporte la capacidad de levantar financiamiento y la capacidad técnica de los privados, y el Estado brinde garantías y soporte (amen de otras colaboraciones) para llegar a un objetivo de bienestar público.

No es posible llegar a un concepto exacto que delimite qué es una APP, más allá de señalar que son todos aquellos modelos en los que interviene la inversión privada. Es decir, las APP serán consideradas como una técnica contractual que necesita de otros contratos para existir.

En las APP se distribuyen riesgos y recursos, en este último caso preferentemente privados. Asimismo, mediante las APP se desarrollan proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o de innovación tecnológica.

En el Decreto Legislativo 1362 se regula el contenido de los contratos de APP. Para el presente trabajo, considero relevante destacar las siguientes características:

- Son contratos de largo plazo que no pueden exceder de 60 años.
- Los riesgos deben ser distribuidos entre las partes de manera que sean asignados a la parte con mayor capacidad para administrarlo, considerando el perfil de riesgos del proyecto.

- Se debe buscar la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios a lo largo de la vida del proyecto.
- El contrato de APP constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que este contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones, así como los beneficios adicionales expresamente convenidos en el contrato, pudiendo incluir servicios complementarios.
- El inversionista puede explotar el bien o los bienes objeto de la APP por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado.
- El Estado, de común acuerdo con el inversionista, podrá modificar el contrato de APP manteniendo su equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, según las condiciones y requisitos que establezca el reglamento.

IV. EL CONTRATO DE CONCESIÓN

Concepto

En nuestra legislación no existe una definición del contrato de concesión y mucho menos un concepto preciso del contrato de asociación público-privada como un género de aquel. Por ello, se puede afirmar que el legislador ha optado por una definición general en el que se permite la adopción de una serie de modalidades contractuales.

Con respecto a la naturaleza jurídica de la concesión se puede afirmar que, en función a los

procedimientos establecidos, al acto de otorgamiento del título habilitante y a la posterior calificación como concesionario, es evidente que nos encontramos ante una triple dimensión de la concesión administrativa en el Perú, tanto como: i) procedimiento, ii) acto y iii) contrato.

Se puede afirmar, por un lado, que la concesión es un procedimiento, en la medida que se identifica con actuaciones y formalidades establecidas para la obtención de un fin, que es la determinación de la oferta más conveniente para la administración. Por otro lado, la concesión, en su dimensión de acto administrativo, constituirá la «voluntad formada» del Estado de otorgar un título a favor del adjudicatario de la buena pro, por un tiempo determinado, para desarrollar y/o gestionar un servicio o infraestructura pública. Y, por último, la concesión implicará la celebración de un contrato administrativo pactado entre el Estado y un concesionario, en virtud del que este último asume a su cuenta y riesgo, las obligaciones y derechos derivados del contrato (Martin, 2020: 75).

Esta última dimensión ha hecho que la doctrina defina al contrato de concesión como un contrato administrativo celebrado entre el Estado y un concesionario, en virtud del que este último asume a su cuenta y riesgo, en el marco del principio del equilibrio financiero, el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato y el derecho a obtener la tarifa pactada, dentro del plazo y según las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el instrumento legal de adjudicación.

El artículo 20 del Decreto Legislativo 1362 opta por señalar que estamos ante una modalidad de participación de la inversión privada, mediante la celebración de contratos de largo

plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados.

La definición genérica señalada nos genera dificultades en la medida en que se hace alusión a actividades genéricas, en que no se puede conocer con certeza las características y supuestos exactos en los que opera este tipo de relación contractual. Como ya se mencionó, otra dificultad es la falta de elementos típicos del contrato que, si bien son de utilidad práctica, no deja de encontrarse exenta de cuestionamientos por carecer de parámetros objetivos.

Cabe precisar que esta relación contractual es el fruto de una negociación estructurada dentro de un proceso de selección en el que los postores deben decidir si aceptan o no desarrollar el proyecto de inversión.

Características

Desde una perspectiva contractual, se puede identificar las siguientes características del contrato de concesión:

- **Tiene una naturaleza compleja:** Se asume que la concesión tiene un contenido contractual y un contenido reglamentario. Este argumento no es superficial y tiene enormes implicancias en la práctica, pues determina de una forma u otra el diseño del contrato. Un buen ejemplo de este tema es el caso de los contratos de concesión en materia de telecomunicaciones celebrados en 1994, entre el Estado peruano y lo que hoy en día es Telefónica del Perú, y que en la actualidad serían impensables en cuanto a su contenido, pues involucran disposiciones propias de las competencias del organismo regulador. Pues bien, en el contrato de concesión celebrado entre Entel Perú y

la Compañía Peruana de Teléfonos S. A., se identificaba un contenido mixto de este tipo de contratos. Por un lado, se pactó un conjunto de derechos y obligaciones propios de una relación contractual, así como un contenido normativo de ambos contratos, en su momento, debido a la ausencia de un marco legal y regulatorio con respecto a las funciones del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel). Se ha afirmado que estos contratos de concesión tienen un carácter complejo y, en muchos aspectos, se advierte la presencia de cláusulas que en esencia son normativas y que se insertaban en su diseño y contenido contractual.

En la actualidad, ya no es necesario, porque todas las disposiciones de carácter normativo y regulatorio se incorporan a los contratos sin necesidad de que consten en forma expresa como cláusulas contractuales. Se trata de una incorporación que opera por mandato legal y, en algunos supuestos, por una expresa remisión del contrato a la normativa aplicable.

En el caso que nos convoca y para precisar este carácter complejo del contrato de concesión, se puede tomar como ejemplo lo acontecido en 1994 a propósito de los dos contratos de concesión de telecomunicaciones celebrados por el Estado Peruano con Telefónica del Perú. Se puede constatar que estos contratos a la fecha de su celebración carecían de un marco regulatorio desarrollado y que fue inevitable que se inserten, en los propios contratos, sendas disposiciones de contenido normativo antes que contractual. Los sucesivos contratos en el sector han superado esta debilidad, dado que el Osiptel ha logrado, en con-

cordancia con la Ley 27332, consolidar y uniformizar sus competencias en un modelo regulatorio. En la actualidad, el marco normativo sobre el cual reposa la actuación del organismo regulador se incorpora a los contratos.

- **Es un contrato principal:** La concesión constituye una relación jurídica principal que se deriva de un procedimiento de selección organizado para una finalidad específica. El acto de otorgamiento de la concesión y la posterior celebración del contrato nos reflejan que todas las actividades se encuentran destinadas a un propósito especial y exclusivo, como seleccionar al concesionario estatal que debe desarrollar la infraestructura o explotar el servicio público requerido. A partir del acto de otorgamiento y la ulterior celebración del contrato, se derivan relaciones contractuales accesorias, como los contratos de garantía, seguridades, usufructo, uso, arrendamiento, superficie, prenda, hipoteca, otros, que solo tienen efecto en función de la validez y vigencia del contrato principal de concesión.
- **Es un contrato *intuitu personae*:** Las características de cada parte contratante es un tema vital importancia en materia del contrato de concesión. Por ello, es necesario que se tome una consideración que, a diferencia de otros sujetos que participan en la contratación estatal, aquí sí resulta relevante conocer *ex ante* y durante la ejecución contractual, con quien se encuentra vinculado el sujeto concedente.

Se ha indicado que la concesión es un procedimiento, acto y contrato. También se ha precisado que, en este tipo de contratos, hay una metamorfosis del postor que, en forma secuencial, se transforma en adjudicatario y

luego en concesionario. Esto implica que, en el tránsito a esta conversión en sociedad concesionaria, se debe fijar requisitos que le otorgan una determinada identidad al concesionario y que nos obligan a establecer decisiones o características especiales, de cara a un contrato administrativo de largo plazo.

Tal como se ha establecido, la sociedad concesionaria que se constituye para efectos de la ejecución del contrato tiene características especiales que la hacen diferente a cualquier otro modelo societario. Ello no es un tema accesorio, pues debe tenerse en cuenta que el adjudicatario de la buena pro y la ulterior constitución de una sociedad concesionaria con propósitos especiales para la ejecución del contrato cuentan con unas características personalísimas. En este sentido, no es admisible que se modifiquen unilateralmente las condiciones propias del concesionario vía cesión, reorganización societaria, subcontratación u otros modos de alteración del sujeto de la relación contractual ni tampoco es posible que se alteren las prestaciones a cargo de la concesionaria en forma unilateral.

En el Perú, no existe una legislación propia para las sociedades concesionarias. La opción que se utiliza es aplicar en forma genérica las disposiciones de la Ley General de Sociedades y la remisión supletoria a los tipos societarios establecidos en este cuerpo legal. Ahora bien, la naturaleza de las operaciones de las sociedades concesionarias nos revela la necesidad de contar con un marco legal específico a futuro, pues este tipo de sociedades escapa al diseño tradicional de las sociedades.

En concordancia con la Ley General de Sociedades, en nuestro país se opta por un

modelo de contrato que se adjunta al momento del cierre del proyecto. Este tema no deja de ser polémico, pues cada contrato tiene un régimen particular.

En el modelo peruano se opta por dejar abierto a cada contrato la regulación de la sociedad concesionaria, aspecto que no deja de ser polémico, pues en el tiempo puede generar una afectación a los principios de igualdad y predictibilidad, en tanto se exijan distintos requisitos a una organización u otra, sin mediar una razón. Sobre este tema, creo que se deben establecer requisitos mínimos de cumplimiento obligatorio para nivelar la cancha desde un punto de vista objetivo.

En países como Chile, se establecen exigencias para la constitución de la sociedad concesionaria en el proyecto de estatuto, el mismo que forma parte del expediente licitatorio. Estos documentos son conocidos por los postores desde el inicio del procedimiento de selección y no *a posteriori* de la adjudicación de la buena pro.

El carácter personalísimo del contrato es un tema muy importante, porque nos permite conocer las características de cada parte a lo largo de la relación contractual. No deja de ser relevante el hecho de que nos encontramos ante un tipo de contrato a largo plazo, siendo importante cautelar que se mantenga durante la vigencia del contrato los requisitos exigidos para ejecutar el contrato.

En este orden de ideas, se requiere que la sociedad concesionaria cuente con requisitos mínimos que, en rigor, deberían estar regulados en una norma, pero que en el modelo peruano se exigen caso por caso:

1. Objeto o giro exclusivo de la sociedad.
 2. Capital social mínimo de la sociedad.
 3. Plazo determinado o determinable, no inferior al periodo de la concesión.
 4. Participación mínima del adjudicatario en la estructura de la futura sociedad.
 5. Intervención del operador para garantizar la especialización en las tareas propias del contrato.
 6. Reglas mínimas para las acciones de reorganización empresarial, como fusiones, escisiones, etcétera.
- **Es un contrato constitutivo de derechos y obligaciones para las partes:** Una vez celebrado el contrato, se activan derechos y obligaciones para las partes. El acto del otorgamiento de la concesión genera un título habilitante en favor del adjudicatario que, en rigor, no tiene un contrato formalizado, pero que, a partir de esta habilitación, tiene un derecho exclusivo por el periodo del futuro contrato a la explotación de la actividad concesionada.

Debe quedar claro que el otorgamiento de la concesión es un acto constitutivo del derecho en favor del adjudicatario de la buena pro. A partir de ello, se genera un derecho exclusivo que se materializará por un periodo contractual y que le permitirá oponer privilegios ante terceros.

A partir de este escenario, al inversionista se le abren las puertas del mercado financiero, porque ya tiene en firme un título habilitante. Hasta antes de obtener la condición de adjudicatario, sólo tenía una simple expectativa. El otorgamiento del título habilitante convierte a la expectativa en un derecho en

exclusiva, el cual se materializa con la celebración del contrato de concesión.

No obstante, se debe estar muy atento al cierre y celebración del contrato de concesión, pues se han presentado numerosos casos a nivel de proyectos en experiencias comparadas como en casos nacionales, en los que, a pesar de haberse adjudicado la buena pro en favor de un adjudicatario, el Estado *a posteriori* de esta decisión se ha negado a celebrar el respectivo contrato de concesión.

Ante esta circunstancia, es indudable que en razón de los mecanismos de protección que resultan aplicables a los inversionistas y, pese a no existir un contrato de concesión formalmente celebrado, se puede invocar beneficios en favor del inversionista (como confianza legítima, trato discriminatorio, etcétera), en los que se manifiesta la postura contraria a la acción unilateral del Estado.

Queda claro que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad del Estado que, en función de la oportunidad en la que se determine su negativa a contratar con el adjudicatario, será materia de reglas de responsabilidad precontractual y a la eventual obligación de pagar indemnizaciones por parte del Estado.

- **Es un contrato sujeto a un régimen jurídico particular:** Se trata de un contrato administrativo que, por su propia naturaleza, se encuentra sometido a las reglas de derecho público. Por ello, se podrá advertir la existencia de potestades administrativas que se reflejan en la aplicación del *ius variandi*, reversión, rescate, interpretación contractual, caducidad, intervención, etcétera.

- **Es un contrato que no supone la transferencia de activos o infraestructura:** En este tipo de relación contractual, solo se cede la explotación y uso de la infraestructura por un tiempo determinado. Terminada por el cumplimiento del plazo o del objeto del contrato, o concluida en forma anticipada la concesión, los bienes integrantes de la misma son devueltos al Estado. Se trata de un contrato que no cede la titularidad.
- **Es un contrato de carácter temporal:** La concesión es un contrato sometido a una temporalidad, al término del cual se debe retomar la gestión a manos del Estado, salvo que este opte por licitar y entregar su gestión nuevamente a terceros. Se trata de un contrato de largo plazo, en el que se pacta el cumplimiento de derechos y obligaciones durante un periodo de tiempo. A diferencia de otro tipo de modalidades contractuales, el plazo es un elemento esencial del contrato de concesión y, por definición, no puede ser pactado en forma discrecional.

En este sentido, «la falta de rigor del Estado para fijar plazos contractuales razonables y desplegar sus mejores esfuerzos para cumplir con sus compromisos es de suma gravedad, pues en muchos casos constituye una causal de caducidad de la concesión por incumplimiento del concedente, que obliga a indemnizar al inversionista y pone en riesgo la viabilidad del proyecto en los plazos requeridos. Además, usualmente los bancos no están dispuestos a asumir el riesgo de entrega de los terrenos saneados, por lo que no es posible alcanzar el cierre financiero en tanto no se acredite su cumplimiento, como tampoco será posible dar inicio al

procedimiento destinado a obtener la certificación ambiental» (Quiñones y Aliaga, 2019: 99).

En forma complementaria, es pertinente desarrollar las características propias que tendrían los contratos de concesión. Guasch (2005: 45-46) los resume en los siguientes términos:

1. El contrato rige la relación entre la autoridad que otorga la concesión y el concesionario privado: La autoridad que otorga la concesión es el Estado (representado por un sector del gobierno nacional, un gobierno regional o local y, finalmente, una entidad del Estado que haya sido autorizada por excepción y que no goce de las características del nivel de gobierno antes señalado). A partir de ello, se establece una relación jurídica contractual con una sociedad, que no es exactamente el adjudicatario de la buena pro. En efecto, ocurre que, como consecuencia del procedimiento de selección del concesionario, se procederá a la adjudicación de la buena pro a uno de los postores que concurren a la licitación. A partir de este evento, se exige por la propia naturaleza del proyecto, la constitución de una sociedad de giro o propósito exclusivo, que sea autónoma formalmente del adjudicatario de la buena pro. Ello se justifica por varias razones, entre las que cabe identificar, la necesidad de garantizar que los flujos económico-financieros del proyecto, se destinen en forma efectiva a sus fines y que, a la vez, se atienda con exclusividad en el marco de la temporalidad del contrato a su operación.
2. La concesión se adjudica por un periodo de tiempo potencialmente renovable. Durante ese lapso, el concesionario goza del derecho exclusivo para usar los activos, explotar las instalaciones existentes y desarrollar nuevas instalaciones. El contrato determina en qué condiciones y a qué precios el concesionario prestará el servicio y utilizará las instalaciones que continuarán siendo de titularidad pública.
3. El concesionario es responsable de todas las inversiones y del desarrollo de nuevas instalaciones —muchas de las cuales se especifican en el contrato— bajo la supervisión del organismo regulador. El concesionario retiene el control y los derechos de uso de todos los nuevos activos hasta que sean devueltos en el momento de la finalización del contrato. El contrato puede incluir una cláusula complementaria que especifique una compensación por las inversiones que no hubiesen sido completamente amortizadas al final del periodo de la concesión. En este sentido, existen conceptos alternativos al concepto de devolución debido a la vida útil de los bienes afectados a la concesión y que, en razón de su duración en el tiempo, pueden ser físicamente devueltos o «jurídicamente» entregados al término de la concesión.
4. El concesionario recibe una contraprestación según las tarifas establecidas en el contrato (con pautas claras de revisión y ajuste) que cobra directamente a los usuarios. Estos precios generalmente están regulados a través de mecanismos de precios máximos o tasa de retorno,

frecuentemente determinados por el principio de equilibrio económico-financiero, mediante el cual se permite que la empresa obtenga una tasa.

Se puede afirmar, entonces, que «el instrumento para materializar las APP en nuestro país ha sido el contrato de concesión, que ha devenido en la técnica contractual más utilizada, a guisa de transformarse en una herramienta que garantiza tanto el equilibrio económico bidireccional como una distribución de riesgos y beneficios entre las partes» (Ariño, 2004: 713).

V. Las partes del contrato de concesión

a) Una aproximación inicial al tema

Para entender la lógica sobre la que se estructura un contrato de concesión, es necesario identificar a las partes que lo celebran, lo cual es un aspecto distinto a los actores que participan en el mismo. Este es un tema que podría parecer conceptual, pero en términos prácticos no lo es, porque tiene enormes implicancias en aspectos como los derechos y obligaciones aplicables a las partes, el marco regulatorio, el régimen de supervisión, los derechos y obligaciones, la responsabilidad, la solución de controversias, etcétera.

Las partes signatarias del contrato de concesión son el concedente y el concesionario. Son aquellos que formalmente suscriben el contrato. Por el contrario, los actores son todos aquellos sujetos que con su participación inciden en forma directa e indirecta en la celebración y ejecución del contrato.

La participación de los actores puede ser contingente o necesaria. Dependerá del caso concreto. Sin embargo, es posible identificar ac-

tores cuyo rol es ineludible, pero no implica otorgarles la condición de partes del contrato. Se trata de los organismos reguladores, la Contraloría General de la República, el Ministerio de Economía y Finanzas. Otros actores son contingentes, pero imprescindibles, desde el punto de vista del Estado, del sector privado y de otros sectores.

En el caso del Estado y dependiendo del proyecto, existen circunstancias en las que se activa el rol del Indecopi, la Defensoría del Pueblo, autoridades sectoriales y otras. Por el lado del sector privado, nos encontramos con la participación de las empresas financieras, bancos de inversión, administradoras de fondos de pensiones, compañías de seguros y, en general, todas las organizaciones que se vinculen al desarrollo de un proyecto de inversión.

Por último, nos encontramos ante un sector que representa a la sociedad civil organizada, como gremios empresariales, organizaciones sindicales, universidades, organismos no gubernamentales, etcétera.

Una mención aparte merece la intervención de los poderes del Estado en el ejercicio de su control político y jurisdiccional. Así, tenemos circunstancias en las que el Poder Legislativo ha participado con la aprobación de leyes de intervención en contratos de concesión contrarias al artículo 62 de la Constitución de 1993, como la Ley 31018, Ley de Peajes, y otras. También el Poder Legislativo ha tenido una participación activa no siempre adecuada, mediante las comisiones especiales y/o comisiones de investigación sobre determinadas operaciones contractuales.

En el Poder Judicial, no han sido pocos los casos en los que este poder del Estado ha tenido injerencia sobre procesos de promoción de la

inversión privada e, incluso, sobre la ejecución de contratos de concesión. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha tenido un rol muy activo en diversos pronunciamientos en materia de procesos de promoción de la inversión privada en su función de supremo intérprete de la Constitución.

Sin perjuicio de lo señalado, a continuación, se pasa a identificar a las partes del contrato de concesión:

El concedente

La parte signataria que suscribe en representación del Estado el contrato de concesión es denominada «concedente». Es decir, es la administración pública responsable de la infraestructura la que decide qué proyectos son los adecuados para ser entregados en concesión.

El concedente debe contar expresamente con la competencia para celebrar el contrato. Partiendo de esta atribución específica, este sujeto puede ser una entidad que forma parte del gobierno nacional, regional o local, o aquella entidad a la que se le haya asignado competencia más allá de ser parte de un determinado nivel de gobierno. Este tema tiene enormes implicancias desde el punto de vista práctico, como se advertirá al analizar la intervención de los organismos reguladores en las controversias arbitrales que se derivan de los contratos de concesión. Una dificultad que se presenta para admitir su intervención es cómo superar el hecho de que esta entidad no suscribe el contrato de concesión, no califica como parte no signataria debido a su rol de entidad regulatoria y, finalmente, que su incorporación a los procesos arbitrales como parte coadyuvante del concedente es contraria a su garantía de actuación en términos de independencia, imparcialidad y neutralidad.

El procedimiento del que deriva su competencia el concedente deriva de dos modalidades:

i. La licitación pública especial: Aquí una entidad pública invita a los interesados para que, sujetándose a las condiciones establecidas en las bases, formulen sus respectivas propuestas, una de las cuales será seleccionada como la más conveniente.

ii. El concurso de proyectos integrales: Aquí una entidad pública invita a los interesados para que presenten sus respectivas propuestas, en función a un expediente técnico que deberá ser complementado por el postor, a partir de las variables que son materia de evaluación. En este último mecanismo, se establecen reglas especiales en concordancia con el tipo de procedimiento de selección.

Cabe precisar que el concedente cuenta con deberes y obligaciones entre los cuales se encuentran (Matilla, 2015: 454):

- A exigirle al concesionario el cumplimiento de la ejecución de la actividad, concedida en los términos y condiciones establecidos. Ello se plasma tanto en las actividades vinculadas a la prestación de servicios como en la ejecución de las obras pactadas.
- A ejercer la dirección y control del contrato, como una manifestación del poder de intervención que posee la administración pública en relación con la concesión. Esto implica que pueda controlar la ejecución del contrato por parte del concesionario como un medio para asegurar que se realice según las regulaciones predeterminadas y con los criterios de realización más favorables al interés común.
- A interpretar el contrato, en virtud de la cual la administración pública, de manera

unilateral, puede interpretar lo establecido en el contenido del contrato de concesión, cuando de él surgieran dudas o conflictos de interpretación entre el concedente y el concesionario.

- A modificar unilateralmente el contrato, por la que el concedente, durante la ejecución de la concesión administrativa, puede introducir de forma directa modificaciones en las condiciones de esta por razones de interés público, sin incurrir en arbitrariedades.
- A sancionar en términos que el concedente puede adoptar medidas sancionadoras contra el concesionario, con motivo de incumplimientos imputables a este último sujeto de las obligaciones adquiridas por él a raíz del vínculo concesional. Este tema se encuentra sometido en la actualidad al ejercicio de competencias del organismo regulador en aquellos aspectos vinculados a la administración del contrato.
- A la extinción anticipada de la concesión administrativa, por la que el concedente puede terminar unilateralmente la relación contractual (revocar, rescatar, caducar, resolver o rescindir, en función de los medios de extinción previstos).
- A recibir del concesionario, una vez extinguida la concesión administrativa, los bienes afectados a la realización de esta que previamente se determinaron al efecto, y en un adecuado estado de conservación.

Además, se entiende que la obligación más importante del concedente se encuentra en asegurar al concesionario, la percepción de ingresos por tarifas, peajes, precios u otros sistemas de retribución económica a favor del concesionario por las inversiones efectuadas.

b) El concesionario

Se entiende por «concesionario» a la persona jurídica que, por su cuenta y riesgo, se obliga con la entidad concedente a construir y mantener, operar, gestionar o, simplemente, construir y conservar las actividades concedidas. La obligación que asume el concesionario puede ser una o varias de las actividades mencionadas. En general, el concesionario está facultado para ejecutar todas aquellas actividades que no le estén prohibidas por la ley o el contrato, y que sean necesarias por su adecuada ejecución.

El procedimiento de selección del concesionario concluye con la adjudicación de la buena pro en favor de un postor participante. Ello se determina por un acto administrativo de otorgamiento, mediante el cual la concesión adquiere la condición de un acto de aceptación de la oferta. Esto, a su vez, determinará la formación de un contrato de concesión. Posteriormente a estos actos, se producirá el cierre y celebración del contrato de concesión, lo que, a su vez, dará como consecuencia a la formalización del contrato.

Con el cierre y celebración del contrato de concesión, se formaliza la relación contractual del Estado en su rol de concedente y de la sociedad concesionaria constituida para efectos del proyecto específico. El contenido de la relación contractual se realiza con la suscripción del referido contrato de concesión por el concesionario y el concedente, fijándose en el mismo las condiciones contractuales que se regirán durante un determinado periodo.

En algunos ordenamientos jurídicos, el concesionario en materia de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos puede ser una persona natural o jurídica. Sin embargo, en nuestro país, la situación es distinta, pues del

marco legal existente se desprende que solo una persona jurídica puede ser parte en un contrato de concesión (Matilla, 2015: 446-447).

En forma específica, el artículo 3 del derogado Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que regulaba la entrega en concesión al sector privado de las obras de infraestructura y de servicios públicos, aprobado mediante el Decreto Supremo 060-96-PCM, indicaba:

Artículo 3.- Entiéndase por Concesión al acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas *jurídicas* nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la Promcepri, por un plazo establecido [las cursivas son mías].

Por otra parte, el artículo 5 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362, aprobado por el Decreto Supremo 240-2018-EF, establece:

Artículo 5.- Definiciones
«Los siguientes términos tienen los significados que a continuación se indican.
14. Inversionista: Es la persona jurídica que como resultado de participar en el proceso de promoción como proponente o postor, resulta adjudicatario de la buena pro, y suscribe el Contrato de APP o PA con la entidad pública titular del proyecto».

En la primera versión del contrato estándar de asociaciones público-privadas presentado por ProInversión, en noviembre de 2019, se indica como una nota al modelo lo siguiente:

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto Supremo 240-2018-EF, en este modelo de Contrato Estándar de Asociación Público Privada se emplea el término Inversionista para referirse a la persona jurídica que

como resultado de participar en el proceso de promoción como proponente o postor, resulta adjudicatario de la buena y suscribe el contrato de APP con la entidad pública titular del proyecto. El término inversionista podrá ser sustituido por concesionario, contratista, o cualquier otro término que resulte pertinente de acuerdo con el tipo contractual a ser implementado, el cual deberá ser determinado por la entidad pública titular del proyecto con base a las especificidades del proyecto a ser desarrollado.

En nuestro país, el concesionario es siempre una persona jurídica, a quien se denomina «sociedad concesionaria», por lo que un consorcio o una asociación en participación no calificarían como tal en los términos de la Ley General de Sociedades, a diferencia de lo señalado en la Ley de Contrataciones del Estado, en la que se permite que el contratante sea además una persona natural e, incluso, que forme parte de un consorcio, de personas naturales y/o jurídicas.

Esta diferencia encuentra sustento en que la generalidad de los proyectos de gestión de servicios públicos y/o de desarrollo de infraestructura pública que son entregados en concesión por el Estado a un inversionista privado suponen altos niveles de inversión y financiamiento por parte de este último. Ello no necesariamente sucede en las relaciones contractuales que se realizan en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, pues, en aplicación de esta norma, el Estado se vincula con un agente privado para que este brinde desde la prestación de servicios individuales —para lo cual no existe necesaria justificación para exigir la presencia de una persona jurídica como contraparte del Estado— hasta la construcción de una infraestructura, lo que nunca involucrará su gestión.

Otro factor que justifica la existencia de una persona jurídica en calidad de concesionaria es que este tipo de contratos constituye relaciones

jurídicas de largo plazo, en las que difícilmente pueda responder una persona natural en función de la temporalidad del proyecto.

c) El rol del operador como parte del concesionario

Para un mejor entendimiento de los alcances del rol del operador del contrato de concesión, me remito a la experiencia que tenemos en el Estado peruano respecto de esta figura y a proponer una definición.

Tras lo señalado, puede indicarse que el operador del contrato de concesión es un tercero, que en algunos casos forma parte de la estructura societaria de la empresa concesionaria como especialista en las actividades propias de la concesión, a quien se le ha encargado la realización de determinadas actividades que requieren una alta especialización técnica, para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de concesión.

Es importante advertir la necesidad de que se delimite en forma precisa en los contratos el rol del operador y se diferencie su actuación con respecto del asesor. Se han presentado casos en los que, por una deficiente regulación del contrato de concesión, se ha confundido el rol del operador con el asesor. Ello es de vital importancia porque la figura del operador es esencial para el desarrollo del proyecto, a diferencia del asesor que es sustituible.

Cuando no se entiende bien la figura del operador se puede presentar complicaciones en la ejecución del contrato, pues el operador es el sujeto que concentra la especialización para el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales.

El tema es muy sensible, porque no basta identificar a la concesión como un simple negocio económico-financiero en el que solo sea necesario contar con los recursos disponibles para la ejecución del proyecto, sino que también es importante que se cuente con un operador especializado para el desarrollo y cumplimiento del objeto del contrato.

No es extraño que en gran parte de los proyectos sometidos a las reglas de APP en general y de concesiones en concreto se exija la participación de un operador especializado que nos garantice que la ejecución del proyecto se encuentra en manos de una organización acreditada en el desarrollo de las actividades involucradas. No basta en este tipo de proyectos el asegurar el financiamiento del mismo.

En contraposición al rol del operador, nos encontramos con la figura del asesor. Este último no es parte de la relación contractual y no forma parte de la calificación efectuada para la selección del adjudicatario de la buena pro. En consecuencia, su admisión, permanencia y sustitución por otro de iguales o mejores condiciones no afectan la ejecución del contrato. Una situación distinta se presenta en el operador, cuya participación es intrínseca al contrato y que, usualmente, forma parte de la estructura de la sociedad concesionaria, como una exigencia indispensable para la celebración y ejecución del contrato.

VI. LA PARTICIPACIÓN DE LOS ORGANISMOS REGULADORES

Los organismos reguladores no son parte de la relación jurídica que nace del contrato de concesión. Sin embargo, producto de la redefinición de los roles del Estado se encuentran facultados legal y contractualmente para inci-

dir de manera intensa y permanente durante la ejecución del contrato. Ello no quiere decir que deban suscribir el contrato de concesión. Tampoco significa que tengan la condición de parte no signataria del mismo ni deban ser incorporados como terceros al proceso en caso de las controversias arbitrales, como lamentablemente lo establece el artículo 56.3 del Decreto Legislativo 1362.

Para entender la lógica de actuación de los organismos reguladores, es necesario precisar qué se entiende por regulación y cuál es el rol que deben cumplir los organismos reguladores. A partir de ello, se podrá entender con mayor precisión el rol que cumplen las citadas entidades en el marco de los contratos de concesión.

Los problemas de la gestión regulatoria no son esencialmente normativos, sino propios de la visión u objetivos que se plantean las autoridades de turno con respecto al rol que deben asumir los organismos reguladores, en relación con las actividades materia de su competencia.

Un aspecto esencial para el éxito de la gestión regulatoria se encuentra en la adecuada asignación de recursos para su funcionamiento. Este aspecto incide muchas veces en la calidad de la gestión regulatoria y determina los rumbos de la acción regulatoria.

Se puede afirmar con Tassano (2016: 111) que «los organismos reguladores se crean, además, para garantizar un marco institucional de seguridad y estabilidad en las reglas de juego y la inversión. En esa línea, su éxito dependerá del entendimiento de las relaciones entre la estructura del mercado, el diseño de las reglas y los requerimientos institucionales».

No cabe duda que la función regulatoria implica un nuevo rol por parte del Estado con respecto al desarrollo de las actividades económicas que están a cargo de los particulares.

Desde un punto de vista funcional, se puede entender que la función regulatoria se manifiesta en dos componentes que sustentan su actuación. Por una parte, se encuentra el componente económico, a través del cual la regulación se encarga, principalmente, de regular aquellas actividades económicas que se concentran en monopolios. Así, ante la ausencia de un equilibrio natural que es proporcionado por la competencia, la administración pública (a través de los organismos reguladores) interviene e impone reglas que permiten regular el poder económico que se concentra en grupos determinados.

Por otra parte, existe un componente social que es también resguardado por la función regulatoria. Se entiende, en este último caso, que en el desarrollo de las actividades económicas se generan consecuencias directas o indirectas en otros bienes jurídicos protegidos por el Estado, siendo la función regulatoria la que protege el bienestar de los ciudadanos que pueden verse afectado con estas actividades.

En nuestro país, la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley 27332, en su artículo 2, se refiere a la naturaleza de los organismos reguladores:

Artículo 2.- Naturaleza de los Organismos Reguladores

Los Organismos Reguladores a que se refiere el artículo precedente son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.

Si bien en el artículo se precisa que las citadas entidades son organismos públicos descentralizados, la Sexta Disposición Transitoria de la

Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley 29158, señala que toda referencia a estos organismos se entenderá referidas a los organismos públicos ejecutores o especializados, según corresponda. Por ello, el artículo 31 de la citada ley señala que los organismos reguladores constituyen organismos públicos especializados.

En el artículo 32 de la Ley 29158 se establece, igualmente, que los organismos reguladores se crean para actuar en ámbitos especializados en el mercado o para garantizar el efectivo funcionamiento de los mercados no regulados.

Asimismo, el artículo 3 de la Ley 27332 establece las funciones que asumen los organismos reguladores en los ámbitos de su competencia, siendo estas las siguientes: a) función supervisora, b) función reguladora, c) función normativa, d) función fiscalizadora y sancionadora, e) función de solución de controversias y f) función de solución de reclamos de los usuarios. Así, el artículo citado establece:

Artículo 3.- Funciones

3.1. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisada;

b) Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito;

c) Función normativa: comprende la facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;

e) Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y,

Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

Los organismos reguladores en materia de infraestructura y de prestación de servicios públicos de nuestro país son el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran), y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass), que ejercen funciones para garantizar el correcto funcionamiento de los servicios públicos gestionados por los agentes en el marco de sus competencias.

En el modelo peruano de promoción de la inversión privada, se debe distinguir el rol que cumplen las entidades a cargo de la promoción de las inversiones, como ProInversión, con respecto al rol que le compete desarrollar a los organismos reguladores. En efecto, las agencias de promoción se encargan de encaminar los procesos de promoción de este tipo de inversiones, para lo cual es necesaria la coordinación con diversas entidades de la administración pública, entre las cuales se encuentran los organismos reguladores (Osiptel, Ositran, Sunass y Osinergmin).

El costo de transformar un monopolio público en uno privado nos impone la necesidad de asignar funciones reguladoras a un organismo especializado. Como consecuencia, la delimitación de la competencia de los organismos reguladores sirve para precisar la relación entre los organismos reguladores y el gobierno.

En efecto, siguiendo a Estache y De Rus (2003: 48), «[e]n un país en el que se toma la decisión de emprender un proceso de reformas en profundidad en lo construcción y provisión de infraestructuras y servicios de transporte, todos los agentes económicos pueden percibir las ventajas que conlleva la temprana constitución de la agencias de regulación, incluso, antes de iniciar el cambio de propiedad de las empresas públicas o de admitir la entrada de capital privado en concesiones de nueva creación».

Asimismo, Estache y De Rus (2003: 48) agregan que es necesario repartir claramente las tareas entre el regulador, el gobierno y otros organismos del Estado, así:

- Al Gobierno le compete principalmente las tareas de delimitar el marco legal y la política sectorial, la planificación, los procesos de privatización y concesión, los concursos y adjudicación, así como la política impositiva y de subvenciones.
- Al organismo regulador le corresponde la supervisión de tarifas, la implementación de controles y sanciones, la regulación técnica, las normas de calidad.
- A los otros organismos especializados es necesario asignarle actividades como la dación de normas de calidad, la regulación del medio ambiente, la supervisión de la seguridad y salud y las políticas antimonopolio o de promoción de la competencia.

Las atribuciones de los organismos reguladores se observan en las etapas previas al contrato y/o la inversión, la etapa de ejecución contractual y/o ejecución de las inversiones y la etapa de posinversión durante la vigencia del contrato de concesión.

Como consecuencia de lo señalado, las competencias de los organismos reguladores se limitan a efectuar coordinaciones, comentarios, sugerencias u opiniones en relación con el contrato de concesión, las que serán necesariamente recibidas y calificadas por la agencia de promoción competente, la que decidirá si incluye las modificaciones sugeridas.

Por ello, no debe admitirse que los organismos reguladores se pronuncien respecto a cláusulas que versan sobre la estructuración económico-financiera. Este aspecto representa un exceso en su competencia, toda vez que la estructura económico-financiera es una materia a ser tratada por el organismo sectorial o por el propio Ministerio de Economía y Finanzas.

Por otro lado, con respecto al régimen tarifario de la concesión, resulta una opción de las entidades encargadas del proceso de promoción y del diseño del modelo de concesión optar por un modelo regulatorio y su relación con los aspectos vinculados al financiamiento del contrato de concesión.

Sobre este extremo, solo resulta factible el pronunciamiento de los organismos reguladores respecto a la opción regulatoria elegida, así como analizar sus efectos en la eficiencia de la concesión, pero no puede objetarla ni sugerir una distinta.

Posteriormente, durante la etapa de ejecución de las obligaciones contractuales, los organismos reguladores pueden supervisar, regular o

fiscalizar el cumplimiento de las mismas, en el desarrollo de las actividades del concesionario.

Una propuesta normativa uniforme y aplicable a todos los organismos reguladores puede ser peligrosa, si no se evalúa, en forma previa, la forma y mecanismos que, a la fecha, se han utilizado para garantizar una adecuada relación entre el sector y el regulador.

En la medida en que se haya producido un empoderamiento del organismo regulador, se advertirá que los espacios de actuación previa serán mayores y se traducirá en opiniones previas vinculantes, que operarán como técnicas habilitantes para una futura acción de la agencia de promoción y del propio sector concedente.

Si, por el contrario, se ha delimitado *a priori* el rol del organismo regulador, solo se exigirán informes u opiniones previas (legales o técnicas) de carácter no vinculante. En este supuesto, es evidente que el rol del sector y de la propia agencia de promoción prevalecerá sobre la decisión del organismo regulador.

La delimitación de la competencia de los organismos reguladores sirve para precisar la relación entre estas entidades y el gobierno, así como la utilidad de la regulación.

Como se ha señalado, los organismos reguladores surgen por el nuevo rol del Estado en el que se manifiesta la intervención administrativa sobre las relaciones de los particulares, para controlar el poder derivado de una situación de monopolio natural y de corregir las externalidades que influyen en los costes de la actividad que no estén directamente relacionados con la misma.

Sobre este aspecto, Cubero (2011: 124) afirma:

La regulación económica consiste en una medida de intervención administrativa sobre las relaciones de los particulares, cuya actividad consiste en

el intercambio de bienes y servicios en el mercado. Tiene como finalidades básicas controlar el excesivo poder derivado de una situación de monopolio natural, ejercer un control sobre las ganancias inesperadas y corregir las externalidades, es decir, todos aquellos elementos o conceptos que, influyendo en los costes de la actividad, no están directamente relacionados con la misma. Se ha afirmado que tiende a alcanzar una composición entre los objetivos y valores económicos y los no económicos. Desde un punto de vista teórico, la regulación representa una forma de delimitación de los derechos de los particulares, de modo que la Administración les constriñe a aquéllos al cumplimiento de determinados deberes, como el de ceder las infraestructuras o pagar una tarifa.

En nuestro país no es necesario que toda actividad económica se encuentre sometida a un régimen de gestión indirecta de prestación. Asimismo, es indispensable contar con un organismo regulador que ejerza sus funciones en forma independiente a las tareas del concedente. Por ello, debe quedar claro que una cuestión es ejercer por parte del Estado una función regulatoria y otra, que ella deba efectuarse en forma obligatoria a través de organismos reguladores, específicamente creados para ejercer estas tareas.

En consecuencia, pueden existir diferentes modelos de organización aplicables al ejercicio de la función regulatoria, como la creación de comisiones, organismos públicos, superintendencias, empresas, etcétera.

En definitiva, el rol de los organismos reguladores en el contrato de concesión se inserta en la dinámica que se ha generado a partir del nuevo rol del Estado en materia de provisión de infraestructura y en la prestación de servicios públicos. En el contexto descrito, la regulación económica aparece como el instrumento idóneo para garantizar el adecuado equilibrio prestacional que debe acompañar al contrato de concesión.

Al respecto, Danos (2015: 562-563) señala:

La presencia del organismo regulador se debe a la recomposición de las relaciones entre el Estado y la sociedad, producto de los procesos de liberalización de sus economías que experimentaron buena parte de los países Iberoamericanos, en las dos últimas décadas del siglo XX, cambiaron el paradigma del rol del Estado de la economía, que ha pasado más bien a cumplir un nuevo papel de carácter esencialmente «regulador» de la actividad de los agentes económicos en tutela de los intereses públicos, vigilante de que los operadores en el mercado respeten la competencia, sin menoscabo de los principios fundamentales de libertad de empresa, libre competencia, legalidad y de proporcionalidad y razonabilidad de las medidas que se adopten.

Debe indicarse que los organismos reguladores surgen en el derecho continental cuando el Estado deja de gestionar directamente la mayoría de los servicios públicos, limitándose a ser un garante de aquellos, imponiendo reglas de funcionamiento y supervisión de la prestación de los mencionados servicios.

Atendiendo a ello, coincido con Danos (2015: 568) cuando afirma:

[...] el objetivo de la creación de dichas autoridades o agencias es asegurar un ejercicio técnico y especializado de las potestades de regulación económica. Se postula la necesidad de asignarles independencia funcional con las siguientes finalidades: i) «despolitizar» la actividad de los reguladores para evitar que los poderes políticos sacrifiquen la sostenibilidad económica de los operadores y de las correspondientes prestaciones en aras de metas políticas de corto plazo de carácter partidista, como ha sucedido con excesiva frecuencia durante las etapas en que los Estados han tenido el monopolio de la gestión y prestación, y ii) para evitar que los operadores privados ejerzan influencia o «capturen» al regulador para orientarlo en su propio beneficio, en perjuicio de los usuarios y de la sociedad en general.

Por otro lado, hay razones que se suelen dar para encomendar a los organismos reguladores la intervención en los mercados. Son las siguientes (Virgala, 2012: 67):

- **Los fallos del mercado:** Se encuentran relacionados con la estructura de los mercados, la existencia de información imperfecta y las externalidades.
- **La especialización técnica:** Se pretende que los miembros de estos organismos sean expertos en el sector que puedan analizar con precisión las necesidades y problemas en ámbitos complejos. Si bien este argumento puede ser válido en el plano teórico, no necesariamente coincide con la realidad, pues estos organismos suelen estar influenciados por determinadas posiciones ideológicas.
- **La eficacia de su actuación:** Los organismos reguladores cuentan con una amplia variedad de potestades a su disposición y con procedimientos ágiles que los convierten en órganos de resolución de conflictos más adecuados que la administración ordinaria o los tribunales judiciales.
- **La protección de los intereses comunitarios:** Los organismos reguladores protegen los intereses difusos de toda la colectividad, frente a los prestadores de los servicios públicos.
- **La seguridad de su actuación:** Los organismos reguladores garantizan la existencia de una regulación estable y continua, en mayor medida que el gobierno de turno.
- **El alejamiento de la influencia gubernamental:** La finalidad última es alejar al gobierno para que este no altere las reglas del mercado en perjuicio de los usuarios.

Ahora bien, estos organismos ejercen funciones en virtud de las cuales intervienen en la actividad económica de los administrados y no se limitan a la regulación económica, sino que abarcan la normativa de supervisión, sanción, reglamentación y solución de controversias y reclamo de usuarios.

Una función importante es la supervisión del adecuado funcionamiento de un sector de la economía, por lo que, siguiendo a Salvador (2002: 355), puede afirmarse:

[...] tanto en los Estados Unidos como en Europa, pero sobre todo en Europa, una de las principales actividades que desarrollan las «autoridades reguladoras» es la de supervisión del funcionamiento de un sector, y gran parte de las competencias que se atribuyen a estas «autoridades» van dirigidas al cumplimiento de dicha tarea. Se trata de competencias similares en todos los países. Las «autoridades reguladoras» pueden solicitar a los sujetos que actúan en el sector toda la información que necesiten — documentos, informes periódicos, testimonios personales, etcétera—, y pueden iniciar las investigaciones que les parezcan pertinentes en orden a comprobar el cumplimiento de las normas.

En virtud de esta función, el organismo regulador vigila el correcto funcionamiento del sector que tiene a su cargo, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones tanto legales como contractuales de los prestadores de los servicios públicos. Esta función se encuentra complementada con la potestad sancionadora que aquellos ostentan, en virtud de la cual se imponen sanciones previo desarrollo del procedimiento administrativo correspondiente.

En cuanto a la función normativa o reglamentaria de los organismos reguladores, coincido con Montero cuando afirma que los actos normativos de aquellos se enmarcan en el ámbito

del nuevo régimen de intervención pública en la economía, caracterizada por la adaptación de las obligaciones definidas de modo abstracto por el legislador a la específica situación en el mercado (Montero, 2013: 191-192).

La necesidad de garantizar la correcta prestación de los servicios públicos, en salvaguarda de la satisfacción del interés general, ha hecho necesario que los organismos reguladores actúen en la solución de controversias, lo que ha sido calificado por la doctrina como una potestad cuasi jurisdiccional.

En concordancia con lo señalado por la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el Decreto Legislativo 1362 señala que el rol del organismo regulador, en la ejecución de los contratos de APP, desarrolla actuaciones que a continuación se exponen:

- Según el artículo 57.1 del Decreto Legislativo 1362, los organismos reguladores supervisan los proyectos que se ejecutan en concesión para salvaguardar el cumplimiento de los niveles de servicio. Esta tarea se efectúa según lo dispuesto en la Ley 27332.
- El literal 2) del artículo 41.1 del referido decreto legislativo precisa que el organismo regulador correspondiente emite opinión previa no vinculante a la versión final del contrato en las fases de estructuración y transacción, sobre los temas materia de sus competencias legales.
- Las entidades públicas, como un organismo regulador, que deben emitir opiniones e informes, deben realizar una revisión integral de las respectivas versiones de contratos en relación con las materias de sus competencias. Asimismo, deben formular,

en una sola oportunidad, todas las observaciones que correspondan (artículo 41.6 del Decreto Legislativo 1362).

- Según el artículo 28, el organismo regulador, con el concedente, velan por el cumplimiento de los términos y condiciones propuestos en la oferta del adjudicatario del proceso de promoción, los cuales son incorporados en el contrato de APP.
- El artículo 55.4 establece que el organismo regulador emite opinión no vinculante respecto de las modificaciones a los contratos que se encuentren bajo su competencia.

En relación con la intervención de los organismos reguladores en los procesos arbitrales que se suscitan entre las partes suscriptoras de los contratos de concesión, merece algunas precisiones con respecto a los alcances del artículo 56.3 del Decreto Legislativo 1362, pues, a mi juicio, se derivan dos efectos de esta disposición legal:

- La obligación de la entidad pública titular del proyecto de garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos para coadyuvar al debido patrocinio del Estado.
- La obligación de los tribunales arbitrales de permitir la participación de los organismos reguladores en los procesos arbitrales, en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a su competencia, según la normativa vigente.

Esta disposición debe ser concordada con lo señalado en el artículo 133 del Decreto Supremo 240-2018-EF, el cual se encuentra previsto para ser aplicado en controversias arbitrales y que no deja de ser cuestionable.

En efecto, en el artículo 133.1 del referido decreto supremo se establece que no pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias (amigable componedor, junta de resolución de disputas y arbitrajes) aquellas decisiones de los organismos reguladores u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas, atribuidas por norma expresa cuya vía de reclamo es la vía administrativa.

Esta restricción de una lectura literal nos parece atendible. Sin embargo, existen supuestos en los cuales no es del todo claro delimitar los casos en los que nos encontramos con materias estrictamente administrativas y que resultan de plena y exclusiva competencia, por ejemplo, de los organismos reguladores o de otras entidades.

En este último caso, se advierte que determinadas decisiones regulatorias inciden en forma directa en la ejecución de los contratos de concesión y, según ello, se terminan activando controversias por su contenido patrimonial.

Debe quedar claro que el rol de los organismos reguladores debe estar absolutamente precisado. En rigor, estos no son parte de la relación contractual, pero inciden con sus decisiones en su ejecución. Ello debe motivar a que adopten una posición neutral o de «garantes» de la ejecución contractual. Se trata, formalmente, de una entidad distinta al concedente.

En el ejercicio de sus funciones, el organismo regulador puede coincidir o no con el concedente, pero nada lo obliga a que adopte una postura de defensa de sus intereses, como lo exige en forma errónea el artículo 56.3 del Decreto Legislativo 1362. Por ello, estimamos que constituye un grave error conceptual considerar que la tarea del organismo regulador sea la defensa en calidad de coadyuvante de los intereses del concedente, solo por formar parte del Estado.

La supuesta defensa de los intereses del Estado es un argumento falaz y esconde un sesgo intervencionista, pues parte de una premisa equivocada. Es decir, considerar que el Estado actúa en forma unitaria a nivel de nuestro derecho interno en los procesos arbitrales. La realidad nos demuestra que existe una actuación individualizada de las entidades públicas en la defensa de sus intereses en los procesos arbitrales y que no puede aludirse a la noción abstracta y genérica de Estado, para justificar la intervención de los organismos reguladores en los dos supuestos señalados en el artículo 56.3 del referido decreto legislativo.

Se llega al extremo de desarrollarse en la práctica procesos arbitrales en los que las partes de los mismos son entidades públicas. Surge entonces una pregunta clave y que no se resuelve en el marco del Decreto Legislativo 1362 y que se plantea en los siguientes términos: ¿Por qué debe admitirse la intervención de una entidad que forma parte de la estructura del Estado, pero que, según ley, tiene una función que por mandato legal debe ser ejercida en términos de independencia, imparcialidad y neutralidad con respecto de las partes contratantes?

Debe tenerse en cuenta que, si bien el organismo regulador forma parte de la estructura del Estado, ello no lo hace parte del contrato y no obliga en automático a que asuma los intereses de una de las partes de la relación contractual. Su rol es distinto.

Finalmente, el rol y competencia de los organismos reguladores debe desarrollarse en una relación equitativa y proporcionada entre: 1) los consumidores: adecuada supervisión del contrato para garantizar servicios de calidad y seguridad a tarifas eficientes; 2) los inversionistas: adecuada asignación de riesgos para garantizar el retorno de las inversiones; y 3) el Estado: para

observar que se cumpla con garantizar la provisión de la infraestructura (Vélez, 2012: 224).

VII. EL USUARIO EN LA CONCESIÓN

El usuario es el particular que utiliza un servicio público o infraestructura pública. Es decir, es el sujeto que se beneficia con la prestación del referido servicio, por lo que este posee un derecho subjetivo de utilizarlo en los límites establecidos en el ordenamiento jurídico (Dromi, 2009: 812).

Según ello, autores como Escribano (1977: 116) han señalado:

[...]junto a una noción de principio de servicio público es preciso referirse a la figura del usuario, cuya situación jurídica se examina. En principio, el administrado puede encontrarse en relación con los servicios públicos en una doble situación, como es sabido. En primer lugar, en una situación de hecho, general y abstracta, en la que dada su generalidad los particulares obtienen las ventajas del servicio de manera anónima y no individualizada. Son los servicios constituidos *uti universi*, en los que no son intereses individuales los que se han tenido en cuenta en su constitución, sino el interés general de la colectividad, y en los que, por tanto, el particular aprovecha indirectamente los beneficios del mismo. En segundo lugar, el administrado puede encontrarse en una situación individualizada en relación con el servicio, en cuanto este ha sido creado en base a la satisfacción de determinadas necesidades individuales colectivamente sentidas, dando lugar por ello a relaciones jurídicas de prestación entre la Administración, titular del servicio, y el particular, portador de la necesidad. Son los servicios *uti singuli*.

En este sentido, y tal como lo precisa Barrio (2003: 130):

El usuario es la razón de ser del servicio público. La existencia de necesidades públicas y de su

cobertura está en la base de la categoría del servicio público, como se manifiesta en los grandes principios o leyes que lo rigen. Estas necesidades sociales y su atención son las que han justificado la universalidad, igualdad, continuidad, mutabilidad o adaptación de cada servicio en concreto, sin que, por otra parte, pueda considerarse que el interés general se identifica absolutamente o satisface exclusivamente mediante el servicio público.

No cabe duda que el usuario tiene derechos derivados de la noción de servicio público, los que pueden resumirse en los siguientes términos (Dromi, 2009: 812):

- Derecho al uso del servicio: lo que determina la necesaria obligación de los prestadores de contar con los medios adecuados para asegurar la eficacia del servicio que gestionan.
- Derecho a la medición de uso: pues tienen derecho a una completa información y adecuado control respecto de la facturación.
- Derecho a la reparación por interrupción del servicio: por daños físicos y por errores de facturación.
- Derecho a la información: en la medida que en los casos que el Estado da en concesión un servicio, la transparencia es de máxima importancia.
- Derecho a la participación en audiencias públicas, entre otros.

Como se advierte, la relación concesionario-usuario es una de derecho privado, a diferencia de la relación concedente-concesionario, en la que existe el predominio del derecho público. Se trata de relaciones jurídicas distintas, en la que la relación concesionario-usuario se deriva del contrato principal. Es decir, la concesión administrativa.

La Constitución de 1993, en su artículo 65, establece un régimen de tutela de los consumidores y de los usuarios:

Artículo 65.- Protección al consumidor

«El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población».

Los usuarios deben ser protegidos para acceder a servicios públicos en condiciones de calidad. Sobre este aspecto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC:

«De acuerdo con lo establecido por el artículo 65 de la Constitución, el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos obligaciones genéricas; a saber:

a) Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.

Vela por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidoras o usuarias.

b) [...] Ahora bien, pese a que existe un reconocimiento expreso del derecho a la información y a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución. Es de verse que en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un *numerus apertus* a otras expresiones sucedáneas. Así, el artículo 3 de la Constitución prevé la individualización de ‘nuevos’ derechos, en función de la aplicación de la teoría de los ‘derechos innominados’, allí expuesta y sustentada. Bajo tal premisa, [...] los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la

reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, se erigen también en derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios».

VIII. ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

El arbitraje como mecanismo de solución de controversias se encuentra regulado en los artículos 63 y 139 de la Constitución de 1993. En el artículo 63 de la Constitución de 1993 se establece:

Artículo 63.-

[...]

«El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley».

Por otra parte, en el artículo 139.1 del Texto Constitucional se precisa:

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

«La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral.

[...]».

Según lo previsto en el artículo 56 del Decreto Legislativo 1362, los conflictos que se susciten en el marco de la ejecución del contrato de concesión pueden solucionarse por trato directo, por arbitraje o por intermedio de una junta de resolución de disputas. Ello se expresa en los siguientes términos:

Artículo 56.- Solución de controversias

«56.1 Los contratos de Asociación Público Privada incluyen una cláusula referida a la vía ar-

bitral como mecanismo de solución de controversias. Los laudos arbitrales se publican en el portal institucional de la entidad pública titular del proyecto.

56.3 La entidad pública titular del proyecto garantiza la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales, para coadyuvar al debido patrocinio del Estado. El árbitro o Tribunal Arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores en los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a su competencia, conforme a la normativa vigente.

[...]».

En la etapa de trato directo prevista en el numeral 56.2 del Decreto Legislativo 1362, se puede acordar la participación de un «amigable componedor», quien propone una fórmula de solución de controversias a las partes, la que, de ser aceptada total o parcialmente, tiene efectos de una transacción.

En cuanto al procedimiento aplicable para la intervención del amigable componedor, el artículo 120 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362 precisa:

Artículo 120. Procedimiento aplicable en caso de Amigable Componedor

«120.1. Cuando el Trato Directo se hubiera iniciado respecto de varias controversias, el Amigable Componedor se pronuncia respecto de cada una de ellas, salvo pacto expreso distinto de las partes.

120.2. Si el Trato Directo se hubiera iniciado respecto de controversias de naturaleza técnica y no técnica, de considerarlo necesario, las partes pueden acumular aquellas de naturaleza técnica y someterlas a un Amigable Componedor y, asimismo, acumular aquellas de naturaleza no técnica y someterlas a un Amigable Componedor distinto.

120.3. Solo pueden someterse al procedimiento de Amigable Componedor aquellas controversias que pueden someterse a arbitraje, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2 del De-

creto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, o norma que lo sustituya».

El amigable componedor se puede definir como una forma alternativa de solución de conflictos que se distingue por su sencillez, celeridad y eficacia. Estas tres virtudes básicas que hacen rápida e, incluso, amable la tarea de dispensar justicia, y que contrastan con el pesado andamiaje de otros sistemas, se podrían explicar imaginando dos personas separadas por algunas diferencias, las que, en lugar de optar por la justicia ordinaria o la arbitral, encargan a dos o tres amigos la tarea de solucionar el conflicto, tarea que cumplen conversando con las partes y sus conocidos, solicitando la opinión de expertos, meditando, negociando y haciendo concesiones recíprocas, hasta llegar a la solución final.

Traslademos el concepto señalado al campo de las controversias entre privados y las entidades públicas. Así, al ser un método de solución de controversias más rápido, menos conflictivo entre las partes, depende también mucho de la capacidad del procurador público, quien debe resolver las disputas de forma amigable antes de derivarlas a un proceso arbitral.

El mecanismo del amigable componedor se encuentra regulado del artículo 119 al 129 del Decreto Supremo 240-2018-EF. En este sentido, se establecen los siguientes puntos:

- El método de solución de controversias debe encontrarse en la etapa de trato directo.
- Las controversias que se podrán someter al procedimiento de amigable componedor son aquellas que pueden someterse a arbitraje.
- La designación del amigable componedor depende de las partes del procedimiento, quienes, a su vez, asumirán por igual el pago del honorario del amigable componedor.

Sobre el acuerdo que emita el amigable componedor, ambas partes deben aceptar la solución, para que sea obligatoria y esta tendrá efectos legales de una transacción. Es decir, tendrá valor de cosa juzgada.

También existe un modelo de cláusula sobre el amigable componedor, la que se ubica en el portal web institucional de ProInversión en el Primer Modelo de Contrato Estándar de Asociación Público Privada de 2019, el que señala:

[En caso se incluya Amigable Componedor]
En dicha solicitud, la parte que inicia el Trato Directo deberá indicar si está de acuerdo en que intervenga un Tercero neutral que actúe como amigable componedor (el «Amigable Componedor»), conforme a lo dispuesto por el artículo 56 de la LAPP y las disposiciones respectivas del Reglamento de la LAPP, o normas modificatorias (las «Normas de Solución de Controversias»), de corresponder.

La otra Parte deberá responder la solicitud de Trato Directo por escrito, en un plazo de [diez (10)] Días Hábiles, contados a partir del Día Hábil siguiente a la recepción de la referida solicitud, manifestando si está de acuerdo sobre la intervención de un Amigable Componedor. La falta de pronunciamiento dentro del plazo correspondiente se entenderá como una negativa a la propuesta de intervención del Amigable Componedor.

En el caso que las partes lleguen a un acuerdo que permita la intervención de un amigable componedor, se someten al procedimiento, plazos y requisitos para su designación, establecidos en las normas de solución de controversias. En este supuesto, las partes podrán acordar una ampliación del plazo de trato directo a efectos de cumplir con los plazos previstos para el procedimiento de amigable componedor (ProInversión, 2019: 236).

Según el numeral 120.3 del Decreto Supremo 240-2018-EF, Reglamento del Decreto Legis-

lativo 1362, solo podrán someterse al procedimiento de amigable componedor aquellas controversias que pueden someterse a arbitraje, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje.

No es posible someter al procedimiento de amigable componedor las decisiones del organismo regulador (emitidas en el marco de sus funciones normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora, sancionadora y de solución de controversias) u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya ruta de reclamo es la vía administrativa. Tampoco podrán someterse al procedimiento del amigable componedor las controversias sujetas a la Ley 28933, Ley que Establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión.

El amigable componedor propondrá una fórmula de solución de controversias, que, de ser aceptada de manera parcial o total por las partes, producirá los efectos legales de una transacción.

En conclusión, el mecanismo del amigable componedor como método de solución de controversias tiene sus ventajas en cuanto a su rapidez, bajos costos y un carácter no tan conflictivo. De no llegar a un acuerdo, las partes podrían acudir a otros mecanismos de solución de controversia, como la vía arbitral.

Además, se puede recurrir a una junta de resolución de disputas, según el artículo 130 del mencionado reglamento:

Artículo 130.- Junta de Resolución de Disputas
«130.1. En los Contratos de APP con un CTI mayor a ochenta mil (80.000) UIT puede establecerse que las controversias sean sometidas a una Junta de Resolución de Disputas.

130.2. En la etapa de Trato Directo, a solicitud de cualquiera de las partes, pueden someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas, que emite una decisión de carácter vinculante y ejecutable, sin perjuicio de la facultad de recurrir al arbitraje, salvo pacto distinto entre las partes. En caso se recurra al arbitraje, la decisión adoptada es considerada como un antecedente en la vía arbitral.

130.3. Este procedimiento no es de aplicación cuando se trate de controversias a las que sean aplicables los mecanismos y procedimientos de solución de controversias a que se refieren la Ley 28933, Ley que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, o aquellos previstos en los tratados internacionales que obligan al Estado peruano.

130.4. Conforme lo establezca el Contrato, la Junta de Resolución de Disputas puede constituirse desde el inicio de la Ejecución Contractual, con el fin de desarrollar adicionalmente funciones de absolución de consultas y emisión de recomendaciones respecto a temas y/o cuestiones solicitadas por las partes del Contrato».

En cuanto al arbitraje, el artículo 132 del Decreto Supremo 240-2018-EF establece:

Artículo 132. Cláusulas arbitrales

«132.1. Las cláusulas arbitrales a ser incluidas en los Contratos de APP se rigen por las siguientes disposiciones:

1. Puede someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo señalado en el artículo 2 del Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

2. Deben contemplar el arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

3. En caso se distinga entre controversias de naturaleza técnica y no técnica, las primeras son sometidas a arbitraje de conciencia y las segundas a arbitraje de derecho, pudiendo estas últimas ser sometidas a arbitraje de conciencia cuando ello resulte conveniente.

132.2. Las entidades, para efectos de conformar el Tribunal Arbitral para las controversias de los

Contratos de APP, eligen preferentemente a profesionales con experiencia mínima de cinco (05) años en la materia controvertida o a abogados con el mismo tiempo de experiencia en materia de regulación o concesiones, según la naturaleza de la controversia.

132.3. De acuerdo al artículo 56 de la Ley, las disposiciones sobre el Amigable Componedor, la Junta de Resolución de Disputas, Arbitraje y sus procedimientos, instituciones elegibles, plazos y condiciones que sean establecidos en el presente Reglamento, no son de aplicación cuando se trate de controversias internacionales de inversión conforme a la Ley 28933, Ley que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión.

132.4. Conforme con lo establecido en el párrafo 56.1 del artículo 56 de la Ley, los laudos arbitrales son publicados en el portal institucional de la entidad pública titular del proyecto, dentro de los quince (15) días hábiles de recibida la notificación correspondiente, sin perjuicio de las acciones legales que las partes puedan adoptar conforme con la normativa vigente».

La intervención de los organismos reguladores en los procesos arbitrales es un tema regresivo en nuestra legislación sobre APP. El numeral 21.1 del Decreto Legislativo 1224, la anterior norma de APP, señalaba que las entidades públicas debían garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales, para coadyuvar con el debido patrocinio del Estado. Esta regla era también de cumplimiento obligatorio para el árbitro o el Tribunal Arbitral, en el sentido de que solo se debía aplicar en el caso de los procesos arbitrales que versaban sobre una materia vinculada a la competencia del organismo regulador respectivo.

En forma equivocada y reiterada, el artículo 56.3 del Decreto Legislativo 1362 repite el error. No compartimos sobre este tema el criterio señalado por algunos autores como Maraví (2012: 117), en el sentido de permitir la intervención de los organismos reguladores en los procesos arbitrales.

El argumento que se esgrime para fundamentar esta postura permisiva en palabras de algunos autores es el siguiente:

Si estamos en el marco de una controversia que proviene de un Contrato de Concesión u otra modalidad de Asociación Público Privada, respecto de un acto del Organismo Regulador que no está excluido del arbitraje y sería susceptible de ser modificado o revocado en él, estimamos conveniente que se le incorpore en el proceso conjuntamente con el organismo del sector público que forma parte de la APP, en representación del Estado, por dos razones: i) El Contrato de Concesión lo celebra el Estado Peruano; solo está representado por alguna entidad específica para cada proyecto; y ii) El Regulador suele participar activamente en la ejecución del contrato (Maraví, 2012: 117).

En mi opinión ambos argumentos son cuestionables por las siguientes razones:

- No es del todo cierto que a nivel del derecho interno nos encontremos con arbitrajes en los que actúe o participe el Estado peruano en forma unitaria. En realidad, nos encontramos con procesos a cargo de entidades que forman parte del Estado, y que al litigar no actúan en relación con un solo interés o en forma unitaria. Como se mencionó, en forma contradictoria, nos encontramos con procesos arbitrales en los cuales participan en forma indistinta como partes litigantes entidades públicas. Si fuera cierto que el interés del Estado en los procesos arbitrales fuera uno solo, no existirían este tipo de controversias. Este es un tema que tarde o temprano deberá formar parte de la agenda de la Procuraduría General del Estado, para evitar controversias entre diversas entidades públicas.
- Nadie niega que por mandato legal exista un rol que debe cumplir el organismo

regulador, pero eso no significa que deba intervenir en los procesos arbitrales que, por definición, es un asunto que compete a las partes del contrato de concesión y, finalmente, a las partes que han decidido por acuerdo de voluntades someter sus controversias *ex ante* a la vía del arbitraje.

- Es importante advertir que toda decisión arbitral es susceptible de ser revisada, pero el tema en discusión es si la vía arbitral resulta o no idónea para este tipo de revisión. Según el artículo 63 de la Constitución de 1993 y el artículo 2 de la Ley General de Arbitraje, sí es factible someter a la vía arbitral aquellas materias que sean de libre disposición o aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen y sobre los cuales el Estado puede contratar. No se discute en este tema las materias de carácter indisponibles sobre las cuales existe una competencia irrestricta de parte de los organismos reguladores y en los que, ciertamente, no cabe someter una discrepancia a la vía del arbitraje.
- Las decisiones que eventualmente emita un tribunal arbitral recaerán sobre aspectos patrimoniales o respecto de materias de libre disposición (arbitrabilidad objetiva) y que afectan la ejecución del contrato de concesión. En consecuencia, coincidimos con aquellos autores en el sentido de que ninguna de las dos partes del contrato de concesión puede disponer de las funciones y de los actos que emiten los organismos reguladores.

En buena cuenta, de lo que se trata es de delimitar aquellos aspectos o materias que resultan indisponibles para las partes y, a partir de ello, admitir que los tribunales arbitrales resultan competentes para resolver

las controversias que se susciten con respecto a la ejecución del contrato.

- Uno de los temas más controvertidos es la arbitrabilidad de las decisiones emitidas por los organismos reguladores con respecto a la aplicación de penalidades contractuales y en las que, ciertamente, se cuestiona la competencia de parte de los tribunales arbitrales para emitir un pronunciamiento sobre estos temas. Compartimos el criterio de algunos autores (Maraví, 2012: 113), en el sentido de que en este caso no existe el ejercicio de una función administrativa al tratarse de decisiones emitidas en el marco de los derechos y obligaciones contractuales.

No se advierte en este caso el ejercicio de potestades administrativas por parte del organismo regulador, sino la aplicación de reglas establecidas en el propio contrato. El organismo regulador termina actuando en función de una habilitación establecida por el contrato y no por el ejercicio de una prerrogativa pública.

CONCLUSIONES

1. En los contratos de APP se busca promover la participación de los inversionistas para crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública y/o proveer servicios públicos. En este sentido, con la colaboración público-privada, se busca incorporar experiencia, conocimientos, tecnología, entre otros aspectos, que generen un mejor servicio a los usuarios.
2. El Decreto Legislativo 1362 establece un régimen de atipicidad contractual para las APP. Este modelo establece un tipo genérico de contrato en el que incorporará el principio de adecuada distribución de riesgos, sin que ello signifique desnaturalizar el contrato

adoptado por las partes ni menos aún limitar lo expresamente pactado entre ellas.

3. En términos históricos, la promoción de la inversión privada en nuestro país ha consolidado a la concesión administrativa como la modalidad contractual más utilizada, a pesar de que su naturaleza jurídica no es ni unívoca ni pacífica.
4. La «concesión administrativa» se constituye como el mecanismo en virtud del cual el Estado se ha vinculado con el sector privado, para efectuar la gestión indirecta de un servicio público o expandir la infraestructura que permita proveer tales servicios, siendo este tipo contractual el más utilizado para implementar una APP en nuestro país.
5. La concesión es un procedimiento especial, un acto administrativo y un contrato administrativo, en la que se establece una relación patrimonial entre un particular o varios, y la administración pública, en el ejercicio de una función administrativa, y cuyo fin es satisfacer un interés general, y que se encuentra sujeto a un régimen exorbitante del derecho público.
6. Las partes signatarias del contrato de concesión son el concedente y el concesionario. La primera es la entidad que suscribe el contrato y que es parte del gobierno nacional, regional o local, mientras que el concesionario es el particular, a quien se le otorga el derecho de desarrollar y/o gestionar determinado servicio o infraestructura pública.
7. Si bien los organismos reguladores no son parte de la relación generada en virtud del contrato de concesión, su actuación incide de manera intensa durante la ejecución de aquel, pues se les ha atribuido funciones para garantizar las condiciones de servicio más idóneas.
8. El usuario es el particular que utiliza un servicio o infraestructura pública y, por tanto, se beneficia de aquel o aquella. Por eso, no solo se le reconoce una serie de derechos, sino que, además, gozan de protección constitucional.
9. A nivel del derecho interno, no existe en el país una actuación unitaria en materia de arbitrajes por parte del Estado. Lo que existe es una actuación atomizada de entidades que participan en los procesos arbitrales con sus propios intereses. Ello se refleja en la existencia de controversias entre entidades públicas, sin mayor coherencia en su actuación. En realidad, recién se puede aludir a la existencia del Estado como sujeto parte en los casos sometidos a la vía del arbitraje internacional, en la que, al amparo de las reglas de la Convención de Viena sobre Tratados Internacionales, se adoptan reglas para comprender a la noción unitaria del Estado, al margen de sus subdivisiones o formas de organización interna.
10. El artículo 14 de la Ley General de Arbitraje no regula el supuesto de incorporación de terceros, como los organismos reguladores en el proceso arbitral, sino la participación de partes no signatarias. En realidad, se trata de un precepto legal que busca establecer que una parte que no celebró el convenio arbitral deba formar parte del mismo en atención a su comportamiento. Según ello, los organismos reguladores no son parte del contrato de concesión, pues no suscriben el mismo ni tampoco constituyen partes no signatarias del convenio arbitral, pues su rol e intereses en el contra-

to son distintos a los aplicables a las partes contratantes. Asimismo, ambos supuestos son diferentes a la figura de la intervención de terceros en el arbitraje.

11. No es posible admitir que, por extensión de una cláusula arbitral, se permita —sustituyendo a la voluntad de las partes contratantes—, la intervención del organismo regulador en los procesos arbitrales y muchos menos, se permita la incorporación de terceros al arbitraje en materia de contratos de concesión.
12. La intervención de terceros, como los organismos reguladores en los procesos arbitrales que se generan en la ejecución de los contratos de concesión, es incompatible con el arbitraje previsto para este tipo de casos. En este sentido, los terceros ajenos a las partes dependen de la voluntad de estas para adquirir el derecho a intervenir o incorporarse al proceso arbitral. Mientras esto no ocurra, su intervención en las controversias arbitrales es irregular.
13. La intervención de terceros en los procesos arbitrales que se derivan de los contratos de concesión es ajena a la vía del arbitraje. Por definición, solo obliga a las partes que han celebrado la cláusula arbitral. De acuerdo a ello, los derechos y obligaciones establecidos en el marco del contrato celebrado entre las partes son exigibles a los sujetos que lo suscribieron. Solo por excepción se aplica los alcances de los artículos 13 y 14 de la Ley de Arbitraje, supuesto de dudosa aplicación para los arbitrajes en materia de promoción de la inversión privada en los cuales está plenamente delimitada la condición de las partes contractuales y del organismo regulador. Así, los tribunales arbitrales no pueden extender su competencia a la habilitación de terceros en el proceso, como los organismos reguladores.
14. La fórmula establecida en el artículo 56.3 del Decreto Legislativo 1362, mediante la que se establece que la entidad pública titular del proyecto debe garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales, para coadyuvar al debido patrocinio del Estado, es absolutamente irregular y afecta el propio rol neutral que están llamados a cumplir estas entidades. Por definición, la participación de un organismo regulador en esta condición de coadyuvante significa que estaría asumiendo la defensa de los intereses en el proceso de una parte de las partes. Es decir, el concedente, pese a que su rol es de equilibrio en la relación contractual establecida al amparo de lo señalado en la Ley 27332.
15. A diferencia de lo que ocurre con cualquier otro sujeto ajeno al proceso arbitral, los organismos reguladores se encuentran obligados a garantizar el adecuado cumplimiento del contrato de concesión. Por ello, su función no es defender los intereses de una de las partes del contrato, sino la estabilidad del propio contrato de concesión. En consecuencia, debe quedar claramente establecido que, a pesar de lo señalado en el artículo 56.3 del Decreto Legislativo 1362, no existe sustento para que los organismos reguladores pretendan intervenir en las controversias arbitrales como parte contractual, porque, en principio, no han celebrado el respectivo contrato de concesión. Tampoco pueden pretender que se les califique como parte signataria del convenio arbitral, pues no le resultan de aplicación los alcances del artículo 14 de la Ley de Arbitraje. Finalmente, tampoco pueden ser incorporados

como terceros al proceso, pues su rol se haya delimitado por la Ley 27332.

16. No resulta ilegal que se puedan revisar en la vía arbitral aquellas decisiones emitidas por los organismos reguladores que hayan sido adoptadas en mérito de decisiones contractuales, como las penalidades, porque estas son la consecuencia del cumplimiento o no, de obligaciones contractuales y no el fruto del ejercicio de potestades administrativas.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO, G. (2004). *Principios de derecho público económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BARRIO, G. (2003). «Servicios públicos y ciudadanos: el usuario ante un nuevo servicio público». *Anuario da Faculta de Dereito da Universida de da Coruña*, número 7.
- CASSAGNE, E. (2013). «El régimen de participación público privada en Argentina». En *Anuario Iberoamericano de Regulación: hacia una regulación inteligente*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CASSAGNE, J. C. (2020). *Derecho administrativo y derecho público general. Estudios y semblanzas*. Buenos Aires: Euros Editores.
- CUBERO JOSÉ, I. (2011). «Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades». Madrid: *Revista de Administración Pública*, número 184.
- DANOS, J. (2015). «La regulación económica». En: J. Rodríguez-Arana Muñoz y L. Rodríguez Rodríguez (directores). *Curso de derecho administrativo iberoamericano*. Granada: Instituto Nacional de Administración Pública.
- DROMI, R. (2009). *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Hispana Libros.
- ESCRIBANO, P. (1997). «El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica». Madrid: *Revista de Administración Pública*, número 82.
- ESTACHE, A. Y DE RUS, G. (2003). «Regulación de servicios e infraestructuras de transporte: conceptos básicos». En: A. Estache y G. de Rus (editores), *Privatización y regulación de infraestructuras de transporte. Una guía para reguladores*, Banco Mundial, Alfaomega.
- GUASCH, J. (2005). *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien*. Barcelona: Antoni Bosch.
- GUTIÉRREZ W. (2005). «Iniciativa privada y economía social de mercado. En: W. Gutiérrez (director), *Constitución Política comentada*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- HUAPAYA, R. (2015). «Diez tesis sobre las asociaciones público-privadas (APP) en nuestro régimen legal». Lima: *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*, número 13.
- KRESALJA, B. (1999). «El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos». Lima: *Themis, Revista de Derecho*, número 39.
- MARTIN, R. (2016). «El control jurisdiccional de la actuación de los organismos reguladores: balance crítico de la experiencia peruana». Lima, *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*, número 16.
- MATILLA, A. (2015). Concesión administrativa. En: J. Rodríguez-Arana Muñoz y L. Rodríguez Rodríguez (directores), *Curso de derecho administrativo iberoamericano*. Granada: Instituto Nacional de Administración Pública.
- MARAVÍ, M (2012). *Aspectos teóricos y prácticos de las asociaciones público privadas en el Perú*. Lima: Ecb Ediciones.
- MONTERO, J. (2013). *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: entre la actividad administrativa de regulación y el derecho de la competencia*. Tirant lo Blanch.
- MORÓN, J. Y AGUILERA, Z. (2019). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- ProInversión (2019a). «Primera versión del Contrato Estándar de Asociación Público Privada». Lima.
- (2019b). *Guía metodológica de asociaciones público privadas*. Lima: Ministerio de Economía y Finanzas.
- (2020). «Asociaciones público privadas». Cuaderno de Trabajo. Lima: Primera Edición.

- QUIÑONES, M. Y ALIAGA, J. (2019). «La renegociación de contratos de concesión en el Perú. Aproximación teórica y empírica a sus causas y consecuencias». Lima: revista *Lus et Veritas*, número 58.
- RONCEROS, M. (2014). «Concesiones cofinanciadas y APPS». Lima: revista *Themis*, número 52.
- SALVADOR MARTÍNEZ, M. (2002). *Autoridades independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Madrid: Ariel Editores.
- TASSANO, H. (2016). «Competencia y regulación». Lima: revista *Derecho*, número 76. Fondo Editorial PUCP.
- TÁVARA, J. (2017). *Las asociaciones público privadas en el contexto actual. Las alianzas público privadas (APP) en el Perú: beneficios y riesgos*. Lima: PUCP.
- TRIVEÑO, F. (2014). *La Nueva Ley de Asociaciones Público Privadas. Tematizada y sistematizada*. Ciudad de México: Porrúa.
- VÉLEZ, R. (2012). «Las decisiones administrativas y la opinión de Ositran, según la ley y los contratos de concesión». *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*, número 12, tomo I, Lima.
- VIRGALA, E. (2012). «Los organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la ley de economía sostenible». Madrid: *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 94.