



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Apuntes sobre la naturaleza jurídica de las concesiones y
las Asociaciones Público-Privadas a la luz de la
colaboración público-privada**

Tesis para optar el Título de
Abogado

Martha Alejandra Sosa Alzamora

**Asesor:
Dr. Orlando Vignolo Cueva**

Piura, enero de 2020



Aprobación

Tesis titulada “*Apuntes sobre la naturaleza jurídica de las concesiones y las Asociaciones Público-Privadas a la luz de la colaboración público-privada*” presentada por la bachiller Martha Alejandra Sosa Alzamora en cumplimiento con los requisitos para optar por el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Dr. Orlando Vignolo Cueva.

Director de Tesis





Dedicatoria

A mis padres, Hugo y Martha, con todo mi amor.

A mis abuelitos en el cielo: Mercedes, Joaquina y Alejandro.





Agradecimientos

A Dios por ayudarme a mantener vivo el espíritu de perseverancia.

A mi familia por su incondicional apoyo y sabios consejos.

A mis amigos por alentarme a continuar en el camino.

Y mi especial agradecimiento al Dr. Orlando Vignolo por brindarme su orientación, consejos y observaciones para lograr el presente trabajo de tesis.





Resumen Analítico-Informativo

Apuntes sobre la naturaleza jurídica de las concesiones y las Asociaciones Público-Privadas a la luz de la colaboración público-privada.

Martha Alejandra Sosa Alzamora.

Asesor: Dr. Orlando Vignolo Cueva.

Tesis.

Abogado.

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Piura, enero de 2020.

Palabras claves: Contrataciones del Estado / principio de subsidiariedad / colaboración público-privada / concesiones / Asociación Público-Privada / Perú / España.

Introducción: La investigación realizada se enmarca en el Derecho Público, específicamente en el Derecho Administrativo respecto a las contrataciones públicas para realizar el estudio sobre la naturaleza jurídica de la APP en relación de la figura contractual más antigua como es la concesión. La autora ha dividido el trabajo en cinco partes: el primero capítulo expone los antecedentes históricos sobre contrataciones estatales donde sea posible notar la colaboración entre el sector público y el privado; el segundo capítulo desarrolla distintas cuestiones previas sobre la CPP como su fundamento, conceptos vinculados a ella, llegando a desarrollar el concepto, características, su clasificación y la problemática de la CPP; el tercer capítulo está dedicado al análisis de las concesiones y las APP dentro del marco teórico de la CPP; el cuarto capítulo hace referencia a la realidad de la APP en el ordenamiento jurídico peruano; y por último en el quinto capítulo se plantea una solución en la regulación normativa peruana sobre APP tomando en consideración el caso español de la Ley 9/2017.

Metodología: En la presente investigación se ha empleado el método descriptivo y analítico, de manera que se ha analizado la normativa, doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre las concesiones y las Asociaciones Público-Privadas para identificar la problemática y plantear una solución.

Resultados: Al valorarse la normativa, doctrina y jurisprudencia nacional y comparada para estudiar las concesiones y las Asociaciones Público-Privadas se hallan deficiencias sobre la APP que pueden ser superadas si se analizan conjuntamente con las concesiones debido a que se trata en ambos casos de colaboración público-privada. De ello que en el presente trabajo se plantea como solución una derogación parcial del D. Leg. N° 1362 considerando el caso español de la Ley 9/2017.

Conclusiones: Se concluye que resulta necesaria una revisión total a la normativa peruana sobre APP para así continuar con el objetivo de este trabajo de buscar la correcta aplicación de las concesiones y APP en el Perú considerando como primera solución la que se ha planteado respecto a la viabilidad de una derogación parcial del D. Leg. N° 1362.

Fecha de elaboración del resumen: 10 de enero de 2020.

Analytical-Informative Summary

Notes about the legal nature of concessions and Public-Private Partnerships.

Martha Alejandra Sosa Alzamora.

Advisor: Dr. Orlando Vignolo Cueva.

Thesis

Lawyer.

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Piura, January, 2020.

Keywords: Public Contracts / principle of subsidiarity / concessions / Public-Private Partnership / Peru / Spain.

Introduction: The research is part of the study of Public Law, in particular Administrative Law in relation to public contracts, in order to study the legal nature of the PPP in relation to the oldest contractual figure as we know like concession. The author has divided the work in five parts: the first chapter exposes the antecedents about public contracts where it's possible to note the collaboration between the public and private sectors; the second chapter develops different previous questions about the PPP as its fundament, concepts associated with it, then the concept, characteristics, classification and problems of the PPP; the third chapter is dedicated to the analysis of concessions and PPP inside the theoretical framework of the PPP; the fourth chapter refers to the reality of the PPP in the Peruvian legal system; and finally in the fifth chapter a solution is proposed in the Peruvian normative regulation on PPP taking into consideration the Spanish case of Law 9/2017.

Methodology: The descriptive and analytical method has been used in this research, so that the national regulations, doctrine and jurisprudence have been analyzed and compared on concessions and Public-Private Partnerships in order to identify the problem and propose a solution.

Results: By the review and resource of national and comparative regulations, doctrine and jurisprudence to study concessions and Public-Private Partnerships, deficiencies are found in the PPP that can be overcome if we analyze together with concessions, because both are public-private partnerships. For this reason, in the present study, a partial repeal of Legislative Decree No. 1362 is proposed as a solution, considering the Spanish case of Law 9/2017.

Conclusions: In conclusion, a complete revision of the Peruvian regulations on PPPs is necessary to continue with the objective of this study of looking for the correct application of concessions and PPP in Peru, considering as the first solution proposed respect to the viability of a partial repeal of Legislative Decree No. 1362.

Summary date: January, 10th 2020.

Tabla de Contenidos

Introducción	1
Capítulo 1 Breve repaso a los antecedentes históricos de las contrataciones estatales en el Perú	3
1. Primeros proyectos de construcción de proyectos de infraestructura: las vías ferroviarias en el Perú	3
2. Los servicios públicos como objeto de la contratación pública	8
3. La actualidad de las contrataciones: la aparición de las concesiones y las Asociaciones Público-Privadas en el ordenamiento jurídico	10
Capítulo 2 Anotaciones respecto de la colaboración pública-privada	17
1. El principio de subsidiariedad	17
1.1. Origen de la subsidiariedad.....	18
1.2. Concepto de subsidiariedad.	19
1.2.1. Las cuatro vertientes que forman parte del principio de subsidiariedad.	20
1.2.1.1. Las vertientes positiva y negativa.....	20
1.2.1.2. Las vertientes horizontal y vertical.....	22
1.3. El principio de subsidiariedad como el fundamento constitucional de la colaboración público-privada.	23
1.4. El principio de participación, de colaboración y de eficiencia como consecuencia del principio de subsidiariedad.	24
1.4.1. El principio de participación.	25
1.4.2. El principio de colaboración.	25
1.4.3. El principio de eficiencia.....	26
2. Breve repaso a conceptos jurídicos presentes en la colaboración público-privada	27
2.1. El interés general.	27
2.2. Los servicios públicos y la obra pública.....	28
2.2.1. Los servicios públicos.	29
2.2.2. La obra pública.....	31
2.2.2.1. La infraestructura pública.....	33
2.3. Proyecto de inversión pública.	34
2.3.1. La inversión pública.	35
2.3.2. El fomento de la inversión privada.	36
2.3.2.1. La iniciativa privada.	36
3. La colaboración público-privada	38
3.1. Concepto de la colaboración público-privada.	38

3.2. Características de la colaboración público-privada.	40
3.2.1. La duración de una CPP.	41
3.2.2. La financiación compartida.	41
3.2.3. La participación del colaborador privado y el control de calidad.	43
3.2.4. La distribución de riesgos.	43
3.3. Clasificación de la colaboración público-privada.	45
3.3.1. La colaboración público-privada contractual.	46
3.3.2. La colaboración público-privada institucional.	48
3.4. La problemática en torno a la colaboración público-privada.	49
3.4.1. El problema de identificación de la CPP.	50
3.4.2. La CPP en el Perú.	51
Capítulo 3 Las concesiones y las Asociaciones Público-Privadas dentro del marco teórico de la colaboración público-privada	55
1. Breve revisión a la clasificación de los contratos públicos	55
2. La concesión	56
2.1. Concepto de concesión.	57
2.2. Las concesiones como CCPP.	60
2.2.1. La concesión de obras públicas.	60
2.2.2. La concesión de servicios públicos.	63
2.2.3. La concesión mixta.	65
3. La Asociación Público-Privada	69
3.1. Concepto de APP.	69
3.2. Características de la APP.	72
3.2.1. El objeto es variable.	72
3.2.2. De larga duración.	73
3.2.3. Distribución de riesgos.	75
3.3. Clasificación de la APP.	76
3.3.1. Por la forma en que se materializa la APP.	76
3.3.2. Por la forma de financiamiento.	77
Capítulo 4 La realidad de la Asociación Público-Privada dentro del ordenamiento jurídico peruano	79
1. Las modalidades de APP	79
2. Similitudes entre la concesión y la APP en la normativa peruana como expresiones de la CPP del Derecho comunitario	80

2.1. La duración del contrato.	80
2.2. La financiación compartida.	82
2.3. La participación del privado como colaborador.	84
2.4. La distribución de riesgos.	85
3. La correcta aplicación de la Asociación Público-Privada.....	87
3.1. Las técnicas paraconcesionales.....	87
3.2. La APP como técnica contractual.....	89
Capítulo 5 La viabilidad de derogación de la normativa peruana sobre las Asociaciones Público-Privadas a partir del caso español de la Ley 9/2017	91
1. Breve repaso a los antecedentes en la legislación española sobre los CCPP	91
1.1. La Ley de Contratos del Sector Público española, Ley 30/2007, y el TRLCSP/2011.	93
1.2. Las novedades de la Nueva Ley 9/2017.	96
2. La posibilidad de acoger el nuevo modelo español en el ordenamiento peruano	98
2.1. Respecto a las concesiones.	98
2.2. La APP como concepto abstracto, no normado.....	99
Conclusiones	103
Recomendaciones	107
Referencias Bibliográficas	109
Normativa Nacional	116
Jurisprudencia	116
Normativa Comparada	117



Lista de Tablas

Tabla 1 Ferrocarriles construidos por compañías privadas y en uso en el Perú, 1874.....	6
Tabla 2 Ferrocarriles peruanos construidos por el gobierno o por compañías con participación del gobierno, 1876.....	7





Abreviaturas

APP	Asociación Público-Privada
CCPP	Contrato de colaboración público-privada
CP	Constitución Política del Perú de 1993
CPP	Colaboración público-privada
CPPC	Colaboración público-privada contractual
CPPI	Colaboración público-privada institucional
D. Leg.	Decreto Legislativo
D.S.	Decreto Supremo
DSI	Doctrina Social de la Iglesia
EM	Exposición de Motivos
Exp.	Expediente
IFP	Iniciativa de financiación privada
LO	Ley Orgánica
LPAG	Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444
LCE	Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público, Ley 30/2007
LMCIP	Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, D. Leg. N° 757
LMPID	Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, Ley N° 28059
MTC	Ministerio de Transportes y Comunicaciones
NLCSP	Nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017
PFI	<i>Private Finance Initiative</i>
PPP	<i>Partenariat public-privé</i>
PPP	<i>Public Private Partnership</i>
ProInversión	Promoción de la Inversión Privada
RAE	Real Academia Española
SEACE	Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado
TC	Tribunal Constitucional
TP	Título Preliminar

TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo 3/2011
TUO	Texto Único Ordenado



Introducción

El presente trabajo de tesis se enmarca dentro del ámbito del Derecho Público, específicamente en el Derecho Administrativo respecto a las contrataciones públicas y es gracias a ella que se realiza el estudio sobre la naturaleza jurídica de la APP en relación de la figura contractual más antigua como es la concesión.

Hace un par de siglos empezó lo que podría considerarse como el boom en las construcciones en el Perú, sobre todo en la construcción ferroviaria, la misma que se realizaba a través de concesiones pero siempre bajo la sombra de problemas como el insuficiente presupuesto o la corrupción, además de la poca experiencia que el Estado tenía en ello. Todos esos factores persistieron en el tiempo hasta que en la década de los años 90, la crisis estalló de tal manera que imposibilitaba al Estado hacerse cargo de esos proyectos de inversión que eran de interés general, iniciando así la era de las privatizaciones y con ello una mayor pero al mismo tiempo exhausta regulación sobre las figuras contractuales que promueven la inversión privada, incluyendo la novedad que se introdujo en el año 2008 con la aparición en la normativa de la APP.

Es por ello que en el primer capítulo se trata brevemente de recorrer la historia y detallar algunos momentos en la historia del Perú donde se ha podido apreciar el uso de concesiones para llevar a cabo obras públicas como vendría a ser la construcción ferroviaria y que luego se extendió su uso para la prestación de servicios públicos como el agua, el telégrafo, entre otros, hasta llegar a años recientes en los que la práctica ha avanzado pero no a la par de la regulación de las contrataciones públicas.

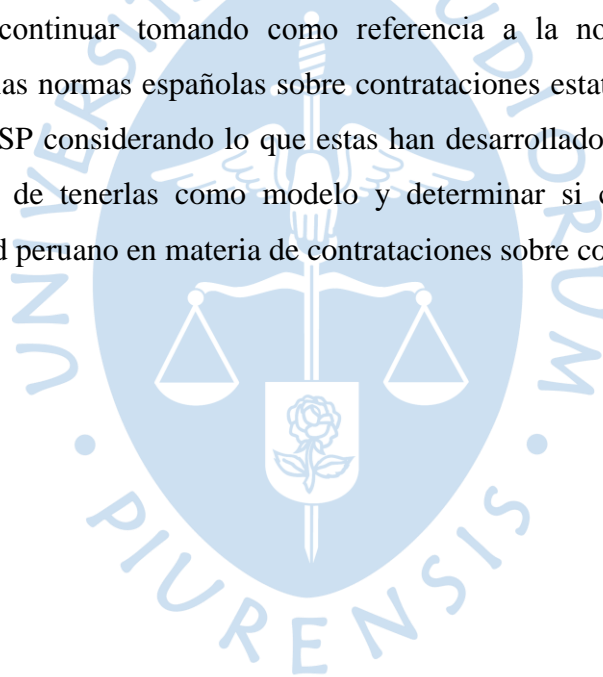
En el segundo capítulo titulado “Anotaciones respecto de la colaboración pública-privada” se aborda distintas cuestiones previas al desarrollo de la CPP partiendo de su fundamento que sería el principio de subsidiariedad, siguiendo con conceptos vinculados a ella como vienen a ser el interés general, los servicios públicos y la obra pública, así como delimitar lo que es un proyecto de inversión pública, para dar paso a desarrollar la CPP en cuanto a su concepto, características, su clasificación hasta llegar a la problemática que ella misma conlleva partiendo de lo que el Libro Verde [COM (2004)] del Derecho comunitario ha desarrollado sobre ella.

El tercer capítulo denominado “Las concesiones y las Asociaciones Público-Privadas dentro del marco de la colaboración público-privada” tiene por objeto estudiar las concesiones y APP como manifestaciones de la CPP en el sentido de analizar la relación que se pudiera encontrar entre ellas a partir de un breve repaso a la clasificación de los contratos públicos

para luego desarrollar el concepto, características, las formas en las que se encuentran en la norma tanto de las concesiones como de la APP, además de considerar que paralelamente a lo desarrollado en la doctrina comparada se incluye un análisis conforme a lo que el ordenamiento jurídico peruano se tiene respecto a estas figuras contractuales.

En el cuarto capítulo llamado “La realidad de la Asociación Público-Privada dentro del ordenamiento jurídico peruano” se inicia desarrollando las modalidades de APP destacando la concesión, la misma sobre la que se esbozan similitudes en relación a la APP como expresiones de la CPP del Derecho comunitario y para lo cual se tomará como referencia las características de la CPP desarrolladas en el segundo capítulo, hasta llegar a determinar cuál habrá de ser la forma correcta de aplicar una APP.

Finalmente, el quinto capítulo que lleva por título “La viabilidad de derogación de la normativa peruana sobre las Asociaciones Público-Privadas a partir del caso español de la Ley 9/2017” ha de continuar tomando como referencia a la normativa comparada, en particular analizando las normas españolas sobre contrataciones estatales como son la LCSP, el TRLCSP y la NLCSP considerando lo que estas han desarrollado sobre las concesiones y los CCPP con el fin de tenerlas como modelo y determinar si cabría la posibilidad de aplicación a la realidad peruano en materia de contrataciones sobre concesiones y APP.



Capítulo 1

Breve repaso a los antecedentes históricos de las contrataciones estatales en el Perú

En el Perú, como obligación de quienes gobiernan a una comunidad, siempre ha existido la necesidad de satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos, siendo la autoridad vigente quien vele permanentemente por la población que se encuentre bajo su jurisdicción.

En efecto, es necesario el desarrollo de un breve repaso sobre algunos hechos en la historia del Perú en lo que corresponde a las contrataciones del Estado y que podrían considerarse como antecedentes de las concesiones y las Asociaciones Público-Privadas como figuras de contratación que el ordenamiento jurídico peruano señala como tales.

1. Primeros proyectos de construcción de proyectos de infraestructura: las vías ferroviarias en el Perú

En el siglo XIX¹, durante la época republicana en el Perú se hablaba de grandes proyectos de inversión en infraestructura como resultó ser la construcción ferroviaria que conectaría carreteras de la costa, sierra y selva peruana.

En mayo de 1826 se realiza una concesión con Francisco Quirós, Guillermo Cochrane y José Andrés Fletcher para la construcción de la vía entre Lima y Callao, la misma que sería el primer ferrocarril de América del Sur, y que sin embargo, no llegaría a ser utilizada, por lo que posteriormente, el 20 de marzo de 1834, el Presidente Orbegoso concedió una segunda concesión a favor del inglés Tomás Gil, la misma que fue anulada el 26 de febrero de 1835 por Salaverry alegando no tener “objeto importante ni creerse indispensable para el tráfico el camino que se proyectaba”.²

Años más tarde, se retomaron los proyectos de construcción de las vías ferroviarias, las mismas que se realizaron en cuatro periodos como DEUSTUA³ lo ha considerado. El primero de ellos comprende los años de 1848 hasta aproximadamente 1860, un segundo periodo comprendido entre 1858 y 1868, un tercero, de 1868 a 1872 y finalmente un cuarto periodo en el que hubo cierto retraso siendo pero que llegó a comprender los años 1884 hasta inicios de los años de 1900.

¹ Este siglo se considera como el siglo en donde se produce el auge del fenómeno del ferrocarril en Europa. Vid. BERMEJO VIERA, J. *El sistema jurídico del transporte por ferrocarril. Consideraciones jurídicas sobre la aplicación en España de la normativa Ferroviaria de la Unión Europea*. En *Teoría de los Servicios Públicos*. VIGNOLO CUEVA, Orlando (coord.) Perú: Grijley E.I.R.L., 2009; p. 168 y ss.

² Cfr. BASADRE, Jorge. *Historia de la república del Perú 1822-1933 Tomo IV*. Lima-Perú: Editorial Universitaria, 1983; p. 267-268.

³ DEUSTUA, José. *El embrujo de la plata, la economía de la minería en el Perú del siglo XIX*. Lima-Perú: Instituto de Estudios Peruanos y Banco Central de Reserva del Perú, 2009; p. 182 y s.

El primer periodo se centró en la construcción de la primera vía ferroviaria entre Lima y Callao, de un largo de 12 kilómetros y con un costo de 550.000 pesos estando a cargo de los empresarios peruanos Pedro González de Candamo y José Vicente Oyague “y Hermanos”.⁴ Este contrato estuvo guiado por una concesión que en primer lugar debía entregarse a una empresa particular dentro de los requisitos fijados por el decreto del 15 de noviembre de 1845 pero fue el 6 de diciembre de 1848 que se aprobó, con asentimiento del Ministerio Fiscal, el contrato con los empresarios ya mencionados entregándoseles así la exclusividad por 25 años, la propiedad del ferrocarril durante 99 años, y los terrenos del antiguo hospital de San Juan de Dios, así como los contiguos al muelle del Callao, además de que el gobierno debía brindar protección oficial a los concesionarios, conceder liberación de aduanas a las importaciones de la empresa, exoneración de impuestos, entre otros.⁵ Asimismo, durante el mismo periodo de tiempo se ejecutó el recorrido ferroviario entre la estación del Callao y la de San Juan de Dios en Lima, siendo esta entregada el 17 de mayo de 1851.⁶

Por otra parte, se realizó la construcción de dos vías adicionales: entre 1851 y 1856 se ejecutó la primera de ellas que conectaba la ciudad de Tacna con su puerto, Arica, con una longitud de 63 kilómetros y un costo de dos millones de pesos a cargo de José Hegan, a quien se le concedió la propiedad y el privilegio exclusivo por 99 años⁷; y una segunda vía ejecutada entre los años 1856 y 1858 que conectaba Lima a Chorrillos con un costo de 350.000 pesos.⁸ En un inicio se trató de un proyecto entregado en concesión a la casa Barreda pero esta la traspasó a Pedro González Candamo resultando el dueño en parte de dicho ferrocarril. Sin embargo, como era de esperarse esta vía trajo consigo el desarrollo de Chorrillos y con ella también llegó la prosperidad a Barranco.⁹

El segundo periodo fue promovido en gran parte por la Ley General de Ferrocarriles, con la que se logró multiplicar el monto de vías ferroviarias construidas en el primer periodo llegando a alcanzar un total de 590 kilómetros, sin dejar de lado el hecho de que algunas de ellas estuvieron vinculadas directamente con el desarrollo de la minería¹⁰ siendo parte importante en la prosperidad económica del país.

Por resolución legislativa del 11 de abril de 1861 se autorizó al Gobierno para encargar los estudios necesarios sobre la planificación de un ferrocarril entre Lima y el valle de Jauja, lo

⁴ *Ibidem*, p. 182.

⁵ BASADRE, J. Tomo IV, *Op. Cit.*, p. 267.

⁶ *Ibidem*, p. 268.

⁷ *Ibidem*, p. 278-279.

⁸ DEUSTUA, J. *Op. Cit.*, p. 182.

⁹ BASADRE, J. Tomo IV, *Op. Cit.*, p. 288.

¹⁰ DEUSTUA, J. *Op. Cit.*, p. 184.

que resultó con un costo aproximado de 30 millones de pesos. Además, la ley de 11 de abril de 1861 trató la contratación del ferrocarril de Pisco a Ica por 25 años.¹¹

En setiembre de 1862 se presentó al Gobierno para esta obra una propuesta de la llamada “Compañía de Ferrocarriles del Perú” constituida por las casas Homberg y Cía. de París y Thomson Bonar de Londres concediéndose a través de autorización del Congreso por resolución del 16 de enero de 1863.¹²

Al mismo tiempo, una ley de 9 de octubre de 1860 autorizó la construcción del ferrocarril que uniría Arequipa a la costa. En febrero de 1861 se realizaron exploraciones sobre el terreno, lo que llevó al año siguiente a la presentación del informe favorable al director de Obras Públicas de aquel entonces, Mariano Felipe Paz Soldán para que, luego de formuladas las bases para la entrega de la concesión, el 12 de junio de 1863 se firmara el contrato con el arequipeño Patricio Gibson y el inglés José Pickering para la ejecución de la obra, quienes tiempo después se presentaron para declarar que el presupuesto era pequeño y que el costo de la obra sería mayor, de manera que tras negociar con el Estado, ambas partes acordaron el valor total de un máximo de S/.15'000,000.¹³

El 10 de diciembre de 1864, el gobierno de Pezet celebró un nuevo contrato con los contratistas mencionados en el párrafo anterior, pero este terminó siendo rescindido en enero de 1867 ya que los interesados hicieron abandono de sus derechos, de manera que fue necesario que el Ejecutivo organizara una compañía anónima encargada de construir el ferrocarril nombrando un directorio provisional pero aun siendo así no se obtuvieron resultados positivos.¹⁴

Durante el tercer periodo de la construcción ferroviaria en el Perú (1868-1872), el ferrocarril había llegado a su apogeo siendo el gobierno peruano el que promovía la construcción ferroviaria, dándose inicio lo que para Basadre consideró como “la era de las grandes obras”.¹⁵

Así, el 15 de enero de 1869, el Congreso autorizó al ejecutivo el otorgamiento de obras de construcción de ferrocarriles generándose un frenesí en la contratación de obras públicas no

¹¹ BASADRE, J. Tomo IV, *Op. Cit.*, p. 289-290.

¹² *Ibidem.*

¹³ *Cfr.* BASADRE, Jorge. *Historia de la república del Perú 1822-1933 Tomo V.* Lima-Perú: Editorial Universitaria, 1983; p. 78-79.

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ DEUSTUA, J. *Op. Cit.*, p. 187.

sólo de ferrocarriles, sino también de proyectos de irrigación, puentes, embarcaderos, muelles, edificios públicos y mejoras urbanas.¹⁶

Tabla 1 Ferrocarriles construidos por compañías privadas y en uso en el Perú, 1874¹⁷

VÍA FERROVIARIA	EXTENSIÓN (KM) EN USO	TOTAL*
Lima-Callao	12	12
Lima-Chorrillos	15	15
Iquique-Nueva Noria y Peña	113	113
Pisagua-Sal de Obispo	80	175
Eten-Chiclayo y Ferreñafe	85	85
Pimentel-Chiclayo	24	72
Tacna-Arica	63	63
Cerro de Pasco	11	19
Salinas de Huacho-Playa Chica	10	10
Lima-La Magdalena	6	6
Chancay-Palpa	20	20
Total	439	590

*Incluye vías por construir.

Fuentes: Martinet 1877: 97. He incluido en el cuadro las líneas mencionadas antes (Lima-Callao, Tacna-Arica, Lima-Chorrillos), ya que también están en la lista de Martinet.

Con lo visto hasta el momento, es preciso destacar que para la época ya se hablaba de contratos de concesión como parte de lo que se conoce actualmente como la colaboración entre el Estado y las empresas privadas con el fin de realizar obras públicas en beneficio de los ciudadanos, de manera que ambas partes intervinientes en un contrato de carácter público obtuvieran beneficios: un menor costo para el erario público y las empresas privadas que optaran por invertir en una obra pública recibían exoneraciones en aduanas, en impuestos, entre otros, y es así que al año de 1874 como muestra la Tabla 1, al término del tercer periodo en la construcción ferroviaria en el Perú, en el país ya existía una gran extensión de vías ferroviarias en uso, sin tomar en cuenta aquellas que se encontraban por construir pero ya habían sido consideradas como parte de contratos.

En 1876, Enrique Meiggs esbozó el plan para concluir el ferrocarril de La Oroya y construir con sus propios fondos el ferrocarril de La Oroya a Cerro de Pasco y así formar una compañía para la explotación de las minas de plata y cobre de Pasco a condición de que se le concedieran todos los yacimientos Este “arreglo”, como lo señala Basadre, tuvo lugar el 3 de febrero de 1877.¹⁸

Finalmente, antes de la llegada del cuarto y último periodo que iniciaría en 1884, luego de la guerra con Chile cuando se inició la reconstrucción nacional¹⁹, para el año de 1876 como

¹⁶ Cfr. QUIROZ, Alfonso. *Historia de la corrupción en el Perú*. Lima-Perú: Instituto de Estudios Peruanos, 2013; p. 166.

¹⁷ DEUSTUA, J. *Op. Cit.*, p. 184.

¹⁸ BASADRE, J. Tomo V, *Op. Cit.*, p. 359.

¹⁹ DEUSTUA, J. *Op. Cit.*, p. 191.

expondrá a continuación Tabla 2, ya se tenía a una parte de las vías ferroviarias que habían sido construidas bajo la modalidad de contratación que admitía la participación privada, es decir, mediante lo que podría considerarse de manera incipiente como contratos de colaboración pública-privada.

Tabla 2 Ferrocarriles peruanos construidos por el gobierno o por compañías con participación del gobierno, 1876²⁰

LÍNEAS	PROPIEDAD	LONGITUD EN USO (KM)	LONGITUD TOTAL (KM)	COSTO (SOLES)	COSTO POR KILÓMETROS
Callao-Lima-La Oroya	SO	146	219	21.666.860	98.935
Mollendo-Arequipa	SO	180	180	12.000.000	66.667
Arequipa-Puno	SO	370	370	25.120.997	67.895
Juliaca-Cusco	SO	----	354	23.959.144	67.681
Chimbote-Huaraz-Recuay	SO	102	265	24.000.000	90.566
Pacasmayo-La Magdalena	SO	146	146	5.850.000	40.068
Salaverry-Trujillo-Ramales	SO	----	88,5	3.234.756	36.551
Paíta-Piura	SO	----	100	1.945.600	19.456
Ilo-Moquegua	SO	101	101	5.025.000	49.752
Lima-Ancón-Chancay	P	66	66	2.600.000	39.394
Pisco-Ica	P	74	74	1.450.000	19.595
Lima-Pisco	P	----	260	5.200.000	20.000
Total		1.185	2.223,5	132.052.357	59.389

SO = propiedad del gobierno; P = con participación privada.

Según el contrato al contado.

Fuentes: Martinet 1977b: 99. Un cuadro similar, con algunas diferencias en longitudes y costos, en Esteves 1971: 143. Finalmente, hay otra serie de cifras con costos en libras esterlinas, en Spenser St. John (cónsul británico en Lima), "Informe General sobre el Perú", 1878, en Bonilla 1975: vol. 1, 173-199, especialmente p.197.

En 1889, la crisis de la deuda externa se resolvió con la firma del contrato Grace en el que se estipulaba que el gobierno peruano cedía el control de los ferrocarriles públicos a los tenedores de bonos de dicha deuda por 66 años, de manera que llegó a organizarse una empresa extranjera, Peruvian Corporation, con el fin de administrar los ferrocarriles concluyendo así con algunas líneas, aunque otras se alargaron como sucedió con el Ferrocarril Central que llegó hasta Cerro de Pasco, Huancayo, y en 1924, Huancavelica; el Ferrocarril del Sur que llegó hasta Cusco, el valle de la Convención y, finalmente, en 1951, la ciudad de Quillabamba, además de la sección diseñada especialmente entre La Oroya y Cerro de Pasco para transportar los minerales extraídos de sus minas construida por Cerro de Pasco Corporation. Y fue así que durante estos años, el gobierno controlaba solamente el 20% de

²⁰ *Ibidem*, p. 190.

todas las líneas nacionales,²¹ quedando a la vista que el Estado se apoyaba en una colaboración del sector privado para, de esa manera, contar así con la construcción de infraestructura en beneficio de la población.

Ciertamente, la influencia de grandes compañías como Peruvian Corporation y Cerro de Pasco Copper Corporation continuó creciendo hasta obtener presencia dominante dentro de la red ferroviaria y la industria minera como lo hizo Peruvian Corporation que, por medio de la Casa Grace, formó la Empresa Socavera del Cerro de Pasco en octubre de 1900,²² incluso consiguiendo sobre los ferrocarriles de la zona centro del país un monopolio que contribuía al alto costo del transporte ferroviario.²³

Sin embargo, en palabras de BASADRE, “los ferrocarriles, en su mayor parte, no llegaron a ser concluidos en los plazos estipulados y suscitaron problemas alrededor de su financiación, o de su administración, o de su terminación”.²⁴

Es así que, la época de los ambiciosos proyectos de construcción de vías férreas había llegado a su fin debido a la existencia de incumplimientos por parte de los contratistas y porque al parecer durante esta época hizo falta una mejor y mayor regulación en las contrataciones ya que muchas se negociaron en base a arrendamientos o a cambio del pago de la deuda externa como se ha visto, sin dejar de lado la falta de supervisión. No obstante, las contrataciones propiciaron el desarrollo de la minería en la zona centro y sur del país.

2. Los servicios públicos como objeto de la contratación pública

Durante estos años también se realizaron contrataciones para satisfacer necesidades públicas que vendrían a ser los servicios públicos y no sólo servirían entonces para llevar a cabo grandes proyectos de inversión como lo eran las vías ferroviarias.

En 1846, Lima era la única ciudad peruana que contaba con una cañería de hierro para el agua, la misma que había sido contratada en 1834. Sin embargo, en el Callao se consumía todavía en ese entonces agua insalubre, además de existir mermas en el caudal a causa de demoliciones y destrozos en los canales y zanjas por donde fluía. De allí que sería de gran importancia la instalación de una cañería de hierro para el servicio destinado a abastecer de agua a la ciudad y también a los buques anclados en la bahía. El contrato fue celebrado en noviembre de 1846 con Guillermo Wheelwright quien se comprometió a colocar dicha cañería desde el Puquio Chivato hasta el muelle con facilidades para la provisión de agua en

²¹ *Ibidem*, p. 192.

²² *Ibidem*, p. 193.

²³ *Ibidem*, p. 212.

²⁴ BASADRE, J. Tomo V, *Op. Cit.*, p. 133.

las casas particulares, además de un abrevadero destinado a las bestias y una pila para ser utilizada en caso de incendios.²⁵

Años más tarde, aunque desde 1592 se inició en Lima el alumbrado público con algunos faroles fabricados en la época, fue en marzo de 1851 que se firmó la contrata para dotar a Lima y al Callao de 500 luces con la ampliación del privilegio concedido a Melchor Charón dado hasta por 60 años, el mismo que fue firmado el 6 de julio de 1855.²⁶

Posteriormente se logró la implantación del telégrafo, servicio público que para ese entonces fue concedido por el decreto del 6 de marzo de 1857 a Augusto Goné, otorgándole la exclusividad para construir las líneas que debían establecer las comunicaciones entre Lima-Callao y Lima-Cerro de Pasco llegando a funcionar sólo el primero de ellos a partir del 23 de abril de 1857. Primero lo explotó Goné y luego, como cesionario suyo, Santiago Lombardi, con una tarifa de 1 real por cada 25 letras en la comunicación oficial y 1.5 en la de los particulares hasta que el contrato venció en junio de 1867, fecha en la que se declaró al telégrafo de propiedad nacional.²⁷

Acto seguido a la concesión del telégrafo, el Estado resolvió llevar a remate público la administración del servicio pues en ese entonces existía solo la línea de Lima al Callao siendo el 11 de setiembre de 1867 que, considerándose más conveniente y económico pasarlo bajo la administración de un particular, se le hizo entrega a Don Carlos Paz Soldán, quien sería autorizado por resoluciones anteriores del 27 de julio y 21 de agosto de 1867 para la construcción y explotación del telégrafo eléctrico de Lima a Lambayeque adjudicándosele además, previa tasación, los materiales obtenidos al cesar el privilegio del concesionario de la línea al Callao.²⁸

Es así que con el telégrafo se consideró la ejecución de una concesión: otorgar el servicio a un privado por un determinado periodo de tiempo para que sea brindado a la población y sea esta quien pague directamente como retribución por el servicio, pero con la condición adicional de que, al término del plazo por el cual se realizó el contrato, el servicio u obra pase a ser propiedad del Estado.

²⁵ BASADRE, J. Tomo IV, *Op. Cit.*, p. 270.

²⁶ *Ibidem*, p. 287.

²⁷ *Ibidem*, p. 284-285.

²⁸ BASADRE, J. Tomo V, *Op. Cit.*, p. 361-362.

3. La actualidad de las contrataciones: la aparición de las concesiones y las Asociaciones Público-Privadas en el ordenamiento jurídico

El autor DANÓS ORDÓÑEZ²⁹ considera cuatro periodos por los que pasan las contrataciones desde los años de 1950 hasta el año 2006 en el Perú. El primero de ellos iniciado por los años de 1950 y extendiéndose hasta poco antes de 1980; un segundo periodo que surge con la entrada en vigencia de la antigua Constitución de 1979; el tercero de ellos iniciado antes de la década de 1990 y un último periodo en el que se consideran los años entrantes al siglo XXI.

Para el primer periodo del que habla DANÓS ORDÓÑEZ³⁰ permanecía la dispersión absoluta en las normas que regulaban las diversas modalidades de contrataciones celebradas por el Estado no existiendo por tanto una disposición legal específica que regulara la contratación administrativa con carácter general y que sea aplicable a todos los organismos del sector público o al menos al régimen de los contratos de adquisiciones de bienes y servicios o de obra pública por parte de las entidades estatales en general, por lo que al ser escasas las reglas en materia de contratación, en la práctica la mayoría de las entidades tenían sus propios reglamentos de adquisiciones.

Aun así, durante esos años, mediante los Ministerios de Hacienda y Comercio, así como por medio del Ministerio de Fomento y Obras Públicas, se dio inicio a un sinnúmero de grandes obras públicas y compras del gobierno de facto del Presidente Manuel A. Odría, ejecutándose obras vinculadas con el sector educación, además de una serie de hospitales, unidades vecinales e incluso el estadio nacional.³¹

Por otro lado, en aquellos años, también las concesiones tenían como objeto la explotación de recursos naturales como sucedía con la minería, adoptándose medidas limitadas a la dación de algunas leyes sectoriales, careciendo de un denominador común sobre la materia.³²

Durante el segundo periodo, cuando la Constitución de 1979 entraba en vigencia, se empezaba a otorgar un conjunto de normas dirigidas a simplificar la regulación de los procedimientos de contratación para las adquisiciones de bienes y servicios, además de la contratación de obras públicas existiendo en la CP una obligación del Estado de contratar servicios y suministros mediante procedimientos administrativos de licitación y concurso

²⁹ DANÓS ORDÓÑEZ, J. *El régimen de los contratos estatales en el Perú*, en Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo. Citado por MARTIN TIRADO, R. *El laberinto estatal: historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú*. Lima-Perú: Revista Arbitraje PUCP, 2013; p. 50 y ss.

³⁰ MARTIN, R. *Ibidem*, p. 50.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*, p. 51.

público³³ haciendo respetar así el precepto recogido en el artículo 1° que reconocía como fin supremo del Estado a la persona, de manera que el Estado debía velar por ella y satisfacer sus necesidades interviniendo cuando sea necesario como parte del principio de subsidiariedad en su vertiente positiva.

Sin embargo, respecto a las concesiones, estas se mantenían en exclusividad para la explotación de recursos naturales, continuando bajo una regulación mediante leyes sectoriales.³⁴

Posteriormente, ya en el tercer periodo como lo considera DANÓS ORDÓÑEZ³⁵, en el Perú se inicia un proceso de privatización debido a la ineficiencia de la actividad empresarial del Estado a causa de la hiperinflación y recesión que vivía el país durante esos años antes de la década de 1990, impulsándose un programa de reformas estructurales del Estado y la modernización de la economía en el Perú forjando la apertura de los mercados a la competencia, la eliminación de restricciones a la inversión del sector privado, la reducción del aparato del Estado y la reorientación de sus competencias para así concentrarlo únicamente en las funciones básicas y esenciales.

Es así que se realizaron numerosas transferencias al sector privado mediante estos procesos de privatización de la propiedad de empresas públicas que hasta ese momento se encargaban exclusivamente de la gestión de la producción de bienes y la prestación de servicios; y el otorgamiento de concesiones a empresas privadas para la prestación de actividades calificadas jurídicamente como servicios públicos y para la explotación de obras públicas de infraestructura³⁶, por lo que el objeto de una concesión para ya la década de los años 90 ya no se limitaba a la concesión en materia de recursos naturales, sino que también podía darse una concesión para desarrollar un servicio público y/o explotar una obra pública. Estos mecanismos no solo constituirían componentes fundamentales del programa de reformas y modernización económica del país sino también que serían considerados para la época como los mecanismos más importantes para promover la inversión privada.³⁷

Es así que en noviembre de 1991 se dictó el D. Leg. N° 758, el mismo que dictaba normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos y que reconocía la existencia de la concesión como acto administrativo por el que el Gobierno Central, Gobiernos Regionales y Gobiernos Municipales, llamados organismos concedentes,

³³ *Ibidem.*

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ *Ibidem*, p. 52.

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ *Ibidem.*

podían otorgar concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras, para la construcción, reparación, conservación y explotación de obras de servicios públicos. Esto no perjudicaría a las concesiones para la explotación de recursos naturales, de manera que se seguirían rigiendo por las normas sectoriales existentes a la época.

Además del citado decreto, aparecieron normas a las que se les debe reconocer como los antecedentes más remotos, potentes y pre-constitucionales³⁸, a saber: el D. Leg. N° 674 del 27 de septiembre de 1991, por el cual se aprueba la promoción y participación de la inversión privada de las empresas; el D. Leg. N° 701 del 5 de noviembre de 1991, por el que se buscaba eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas que afectaban a la libre competencia; y en tercer lugar, el D. Leg. N° 757 del 8 de noviembre de 1991, que ordenaba el crecimiento de la inversión privada.

Esas tres normas forman parte del proceso de liberalización que afrontó el país a inicios de los años 90, entendiendo a la liberalización peruana como un mecanismo de política económica interventora de carácter progresivo que permitió despublificar varios sectores para devolverlos a manos privadas, permitiendo que disminuya el protagonismo público imperante del siglo pasado. En particular, la LMCIP señaló claramente el primer régimen de la iniciativa privada y libertades económicas aplicables en todos los sectores posibles y bajo las distintas formas jurídicas permitidas por el Derecho peruano.³⁹

Posteriormente, la CP continuó con el desarrollo del principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado entendiéndola ahora en su vertiente negativa propiciando así el desarrollo de las actividades económicas referidas a la explotación de recursos naturales y los servicios públicos que en su mayoría se encontraban en manos del Estado y que pasarían por tanto a ser desarrollados por sociedades concesionarias.⁴⁰

Al respecto, es preciso hacer hincapié en la afirmación de que la CP continuó en el desarrollo del principio de subsidiariedad ya que este principio surgió dentro de la normativa peruana con la Constitución de 1979 tratándolo como principio social u horizontal cuando en su artículo 1° estableció por primera vez en el Derecho peruano una directa perspectiva humanista colocando a la persona en una posición preponderante y distinta al considerarla “el fin supremo de la sociedad y del Estado”.⁴¹

³⁸ Cfr. VIGNOLO CUEVA, Orlando. *El principio de subsidiariedad social y sus principales consecuencias en el derecho peruano. Liberalización de sectores y surgimiento de la organización regulatoria*. Tesis doctoral. BERMEJO VERA, José (dir.) España: Universidad de Zaragoza, 2017; p. 261.

³⁹ *Ibidem*, p. 259 y 262.

⁴⁰ MARTIN, R. *Op. Cit.*, p. 54.

⁴¹ VIGNOLO, O. *El principio de subsidiariedad social... Op. Cit.*, p. 52-53.

Años más tarde, en agosto de 1996 se dictó el D. Leg. N° 839, Ley de promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos bajo la modalidad de la concesión creándose para ello un organismo encargado como lo sería la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas – PROMCEPRI y el Fondo de Promoción de la Inversión Privada en las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos - FONCEPRI, cuya dirección estaría a cargo de la PROMCEPRI.

Y en diciembre del mismo año, se promulgó el D.S. N° 059-96-PCM, TUO de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, en el que como disposición general se intenta dar un concepto específico de lo que es una concesión, pero aún con algunas deficiencias que más adelante se habrán de analizar.

Esa normativa sobre las concesiones se ampliaría en los siguientes años, aunque siempre reservándolo para un sector específico, hasta que el año 2008 surgió una norma, el D. Leg. N° 1012, aportando la novedad de una figura contractual llamada Asociación Público-Privada definida en el artículo 3° de la mencionada norma como una modalidad de participación de la inversión privada siendo a partir de ello que el Estado tendría un mayor campo de acción al utilizar figuras contractuales recogidas en su normativa y poder llevar a cabo proyectos de inversión, ya sea a través de una concesión o de una APP, en distintos sectores. A continuación se mencionará algunos proyectos realizados bajo APP entre los años 2011-2014 conforme lo recoge la data de ProInversión⁴²:

- El suministro de energía para Iquitos (2013) otorgada en concesión por el plazo de 20 años.
- La masificación del uso de Gas Natural a nivel nacional (2013), por el plazo de 20 años.
- Los servicios de saneamiento para los distritos del Sur de Lima (2013), por el plazo de 25 años.
- El proyecto Chavimochic-Tercera etapa (2013), por el plazo de 25 años.
- La longitudinal de la sierra Tramo 2: Ciudad de Dios-Cajamarca-Chipe, Cajamarca-Trujillo y Dv. Chilete-Empalme PE-3N (2013), por el plazo de 25 años.
- La Línea 2 y Ramal Av. Faucett-Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao (2014), por el plazo de 35 años.
- El Aeropuerto Internacional Chinchero-Cusco (2014), por el plazo de 40 años.

⁴² Vid. Las APP en el Perú, en Portal institucional de ProInversión: <https://www.proyectosapp.pe/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?are=0&prf=2&jer=5902&sec=22> (Consultado el 19 de junio de 2019).

- Las Telecabinas Kuelap (2014), por el plazo de 20 años.
- Mejoras a la Seguridad Energética del País y Desarrollo del Gaseoducto Sur Peruano (2014), por el plazo de 34 años.
- La prestación de Servicios de Seguridad Tecnológica en las Prisiones (2014), por el plazo de 25 años.
- La gestión del Instituto Nacional de Salud del Niño-San Borja (2014), por el plazo de 10 años.

Posteriormente al D. Leg. N° 1012 de 2008, en setiembre de 2015 se publica el D. Leg. N° 1224 derogando al anterior D. Leg. 1012 y también derogaba aunque parcialmente al TUO de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos aprobado por el D.S. N° 059-96-PCM. Al D. Leg. N° 1224 se le efectuaron modificaciones mediante el D. Leg. N° 1251 publicada en noviembre de 2016. Con ello y hasta febrero de 2017 se tenía una cartera de proyectos de inversión de más de US\$ 11,575 millones en todos los sectores de inversión incluyendo un proyecto en transporte vial, dos proyectos ferroviarios, diez proyectos en electricidad e hidrocarburos, cinco proyectos en telecomunicaciones, un proyecto en inmuebles, tres proyectos de salud, un proyecto en puertos e hidrovías y tres proyectos en minería.⁴³

En mayo de 2017, con la Ley N° 30578 y la Ley N° 30594 se modifican algunos artículos del D. Leg. N°1251 que a su vez había modificado artículos del D. Leg. N° 1224, siendo hasta julio de 2018 que se dicta la más reciente norma sobre APP, el D. Leg. N° 1362, el cual señalaba expresamente la derogación del D. Leg. 1224.

En junio de 2019, ProInversión presentó los aspectos generales, alcances y principales modificaciones al contrato del proyecto Ferrocarril Huancayo-Huancavelica consistente en el diseño, financiamiento, ejecución de obras, adquisición de material rodante, operación y mantenimiento del mencionado proyecto asegurando así un servicio de transporte ferroviario seguro, eficiente y confortable para los usuarios de las regiones de Junín y Huancavelica. Es por ello que requerirá una inversión aproximada de US\$ 226.9 millones (sin IGV) en términos reales y será concesionado a través de la modalidad de Asociación Público-Privada cofinanciada por 30 años para prestar el servicio de transporte a la población con el cumplimiento de estándares internacionales de calidad, por lo que resultaría ser un motor de desarrollo socioeconómico para las regiones beneficiadas del proyecto como lo serían Junín y

⁴³ *Ibidem.*

Huancavelica, al dinamizar el potencial turístico y agropecuario de la zona y facilitar el acceso de la población a los centros de salud, educación, laborales y comerciales.⁴⁴

Finalmente, en setiembre de 2019, el MTC incluyó en su cartera la ejecución del ferrocarril Lima-Ica, cuyo estudio de preinversión a nivel de perfil se encuentra en convocatoria en el SEACE, estando prevista para ser desarrollada como un proyecto de una Iniciativa Estatal Cofinanciada que promocionará ProInversión y que cubrirá la ruta Lurín-Ica permitiendo que se conecte con la red del Metro de Lima y Callao. Además, este ferrocarril prevé transportar personas y mercancía dando un impulso al intercambio comercial entre las ciudades de Lima e Ica promoviendo a su vez la producción agrícola de Ica para que llegue a los mercados de la capital y desde ahí a otras plazas del país fomentando así la agroexportación.⁴⁵

Así, después de conocer aunque a grandes rasgos las contrataciones estatales desarrolladas en el Perú, el auge de estas comenzó en el siglo XIX pero ha sido durante el siglo XX, en mayor medida a inicios de la década de 1950 y lo que continúa hasta la actualidad que en las contrataciones se han dado continuos giros en su regulación y en la forma en la que se han aplicado en los casos concretos como ocurre en el caso de la aplicación de una concesión y/o de una APP, estando ambas reguladas dentro del ordenamiento jurídico peruano.

⁴⁴ *Vid.* Ferrocarril Huancayo-Huancavelica atrae a inversionistas coreanos, en Noticias de Prensa del Portal institucional de ProInversión:

https://www.proinversion.gob.pe/modulos/NOT/NOT_DetallarNoticia.aspx?ARE=0&PFL=1&NOT=4531 (Consultado el 19 de junio de 2019).

⁴⁵ *Vid.* El ferrocarril Lima-Ica se ejecutará como una Asociación Público Privada, en Nota de Prensa del Portal institucional del MTC: <https://www.gob.pe/institucion/mtc/noticias/51311-mtc-el-ferrocarril-lima-ica-se-ejecutara-como-una-asociacion-publico-privada> (Consultado el 26 de setiembre de 2019).



Capítulo 2

Anotaciones respecto de la colaboración pública-privada

La historia peruana se ha encargado de demostrar que el Estado peruano, por sí solo y en el afán de cumplir con su objetivo de satisfacer el interés general, no ha sido ni es el mejor planificando, elaborando ni ejecutando grandes proyectos de inversión, de manera que ha visto en la necesidad de que en la mayoría de oportunidades acuda a un privado como un apoyo o colaborador, convirtiéndose esto en la regla general de las contrataciones desde hace algunos años atrás.

En las páginas siguientes como parte del presente capítulo, se desarrollarán conceptos previos que ayudarán a una mejor comprensión del tema, partiendo así del fundamento de la colaboración público-privada en contrataciones estatales hasta llegar a delimitarla como categoría jurídica dentro de la doctrina en materia de contrataciones estatales.

1. El principio de subsidiariedad

El Estado ha sido y sigue siendo considerado como el principal responsable de velar por el interés general. Sin embargo, en ocasiones este no puede actuar solo por falta de recursos o incluso existen casos en los que el Estado más bien no debiera intervenir de plano puesto que también necesita fomentar el desarrollo de la inversión privada, siendo esto una primera aproximación de la estrecha relación entre el público a través del Estado y el sector privado por medio de una empresa o consorcio que en las contrataciones se conoce como el contratista como más adelante se irá desarrollando.

Es así que, considerando esa estrecha relación en la que se distingue la presencia del principio de subsidiariedad, será necesario estudiarlo buscando que lo recogido en esta investigación sea útil para responder el por qué es el fundamento de la colaboración público-privada teniendo en cuenta además que este principio ha ido desarrollándose poco a poco hasta lograr su juridificación en diferentes países siempre con un alcance general y extenso convirtiéndose en un principio general de ámbito nacional y supranacional aunque con niveles de vinculatoriedad y operatividad distintos en cada ordenamiento jurídico.⁴⁶

⁴⁶ VIGNOLO, O. *El principio de subsidiariedad social... Op. Cit.*, p. 42.

1.1. Origen de la subsidiariedad. Aunque para muchos autores como ROJO SALGADO⁴⁷, la subsidiariedad es un principio poliédrico, es decir, es un concepto que puede ser desarrollado por la Filosofía, la Política y el Derecho, la palabra como tal no tiene un origen que sea netamente jurídico y más bien es un concepto propio de la Filosofía social siendo la Iglesia Católica quien comienza a formular la idea⁴⁸ en el siglo XX con el Papa León XIII, autor de la carta encíclica *Rerum Novarum* en el año 1891, manteniendo en adelante la regla de un necesario equilibrio entre la iniciativa privada y la intervención pública, de manera que, aunque en distintas formas, en todos aquellos documentos se encuentre presente el principio de subsidiariedad.⁴⁹

Años más tarde, ya en el siglo XX con el Papa Pío XI en la carta encíclica *Quadragesimo Anno* de 1931 se trata sobre la restauración del orden social refiriéndose al influjo social para representar al Estado, el mismo que debería por naturaleza prestar auxilio a los miembros del orden social sin llegar a absorberlos ni destruirlos, de tal manera que ha de convenir que la autoridad suprema deje a las asociaciones inferiores tratar por sí mismas los cuidados y negocios de menor importancia. Por tanto, los que gobiernan deberán entender que cuanto más vigorosamente reine el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, quedando en pie este principio de la fundación supletiva del Estado, tanto más firme será la autoridad y el poder social, y tanto más próspera y feliz la condición del Estado.⁵⁰

En ese mismo sentido, el Compendio de la DSI señala que la *Quadragesimo Anno* confirma que el Estado, en las relaciones con el sector privado, debe aplicar el principio de subsidiariedad, el mismo que se convertirá en un elemento permanente de la doctrina social.⁵¹ Además, también es visible en dicha carta encíclica la aplicación de este principio a la relación entre el poder público y la iniciativa particular en el ámbito económico.⁵²

Sin embargo, como bien señala MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ⁵³, la noción y su semántica entraron en la reflexión social y política estando mejor comprendida al configurarse el poder público en su servicio a la sociedad y por tanto a cada una de las personas que forman parte de

⁴⁷ ROJO SALGADO, A. *Globalización, integración mundial y federalismo*. Revista de Estudios Políticos 109, 29-72, año 2000. Citado por KRESALJA ROSSELLÓ, B. *¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana*. Lima-Perú: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015; p. 31.

⁴⁸ Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *El principio de subsidiariedad*. En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (dir.) España: La Ley, 2010; p. 1277.

⁴⁹ KRESALJA ROSSELLÓ, B. *Op. Cit.*, p. 49.

⁵⁰ Cfr. Su Santidad Pío XI. *Quadragesimo Anno*. Vaticano 15 de mayo de 1931; 80, p. 43.

⁵¹ Cfr. *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*. Vaticano, 29 de junio de 2004; 91. http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html (Consultado el 22 de julio de 2019).

⁵² KRESALJA, B. *Op. Cit.*, p. 54.

⁵³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. en SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir.) *Op. Cit.*, p. 1279.

ella de tal manera que se habrá visto cómo el principio de subsidiariedad descansa sobre la primacía de la persona y del sentido instrumental y servicial de la sociedad.

1.2. Concepto de subsidiariedad. Según la RAE⁵⁴, la subsidiariedad es una “tendencia favorable a la participación subsidiaria del Estado en apoyo de las actividades privadas o comunitarias”, de manera que ser subsidiario significaría ir en socorro de alguien o que suple a lo principal.

No obstante, el origen del vocablo es antiguo y se remonta al latín *subsidium* que designaba el orden militar de las tropas de refuerzo; del vocablo originario se deriva el término italiano de *sussidio* entendido en el sentido de ayuda económica a los necesitados.⁵⁵

Así, la etimología de la palabra hace referencia al significado estricto del término, es decir, a aquel que actúa cuando no actúa otro⁵⁶, a lo que MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ⁵⁷ consideraría partir de la idea originaria de auxilio, de ayuda o refuerzo como sinónimos de lo que sería una actuación de carácter subsidiaria predominando la idea de que algo solo será realizable o utilizable cuando no están disponibles otras posibilidades y sustituyendo a estas.

Asimismo, dentro de la subsidiariedad como principio desarrollado desde el ámbito general del Derecho público considerando conceptos jurídico-constitucionales y jurídico-administrativos, cabría un amplio alcance que implicaría exigencias básicas para la conformación misma de la actividad y de la organización de los poderes públicos por cuanto determinaría criterios fundamentales, de un lado para la justificación y medida de la actividad de los poderes públicos con respecto a los ciudadanos o, incluso, más genéricamente con respecto a cuantas personas componen la denominada sociedad civil, y, de otro, para el reconocimiento de los distintos niveles territoriales o incluso formas sectoriales de organización del poder público y para el reparto funcional o competencial entre ellos.⁵⁸

Por otro lado, para la DSI, el principio de subsidiariedad puede considerarse como el principio directriz conforme al cual todas las sociedades de orden superior deben ponerse en

⁵⁴ Diccionario de la Lengua Española: <https://dle.rae.es/> (Consultado el 22 de julio de 2019).

⁵⁵ Cfr. FROSINI, T. *Subsidiariedad y Constitución*. Revista de Estudios Políticos 115, 7-25. Citado por KRESALJA ROSSELLÓ, B. *Op. Cit.*, p. 26.

⁵⁶ Cfr. CHANG CHUYES, Guillermo. *La subsidiariedad del Estado en materia económica. Un comentario al precedente de observancia obligatoria Res. N° 3134/2010/SCI-INDECOPI*. En *II Convención Estudiantil de Derecho Público UDEP*. BECERRA GÓMEZ, Ana María y CASTILLO CÓRDOVA, Luis (coord.) Lima-Perú: Palestra Editores, 2015; p. 136.

⁵⁷ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. en SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir.) *Op. Cit.*, p. 1276.

⁵⁸ Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L. *Principio de Teoría Política*. Madrid-España, 1990; p. 89. Citado por *Ibidem*.

una actitud de ayuda (*subsidium*), es decir, de apoyo, promoción, desarrollo respecto a las menores.⁵⁹

En suma, y como bien lo señala HERRERO DE MIÑÓN⁶⁰, no cabe duda de que la subsidiaridad es un concepto ambiguo y su formulación de mayor aceptación consiste en que la unidad mayor no debe hacer lo que la unidad menor hace mejor, de manera que es posible llegar a conocer diversos conceptos amplios sobre qué puede ser la subsidiariedad pero a efectos de poder relacionarla con el tema de las contrataciones públicas, con la colaboración público-privada en estricto se necesita de un concepto restrictivo, el mismo que al finalizar el desarrollo de este punto se tendrá por ilustrado.

1.2.1. Las cuatro vertientes que forman parte del principio de subsidiariedad. Así como sucede que en la mayoría de países europeos, el principio de subsidiariedad no se encuentra incorporado al texto de sus constituciones políticas⁶¹, con la Constitución peruana sucede algo similar logrando deducirlo en la lectura de esta, además que ha sido el TC quien ha dado algunas luces sobre ello, conociéndose las cuatro vertientes que se desprenden del principio de subsidiariedad.

1.2.1.1. Las vertientes positiva y negativa. Aunque se le podría considerar como una clasificación que hace la doctrina respecto al principio de subsidiariedad⁶², un primer rastro en el ordenamiento jurídico peruano de ello, aunque de manera tácita y para lo que se necesitaría de la interpretación que se le dé, se vería en la Constitución Política del Perú de 1979, la misma que en su artículo 1° señalaba como principio básico que “la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado”, de manera que será este el encargado de promover el desarrollo económico y social, además de formular y planificar la política económica pública.⁶³ Es así como se puede ver la vertiente positiva del principio de subsidiariedad en el sentido de que todo el actuar del Estado debía estar dirigida a brindar a los ciudadanos servicios públicos y el soporte de una buena infraestructura para que estos puedan desenvolverse, es decir, era el Estado el encargado y único responsable de satisfacer todas las necesidades básicas de una nación.

⁵⁹ *Compendio de la DSI... Op. Cit.*, 186.

⁶⁰ HERRERO DE MIÑÓN, M. *El valor de la Constitución*. Barcelona-España: Crítica, 2003. Citado por KRESALJA ROSSELLÓ, B. *Op. Cit.*, p. 38.

⁶¹ KRESALJA, B. *Op. Cit.*, p. 54.

⁶² CHANG, G. *La subsidiariedad del Estado...* En BECERRA, A. y CASTILLO, L. (coord.) *Op. Cit.*, p. 139.

⁶³ KRESALJA, B. *Op. Cit.*, p. 86.

En el mismo sentido, en su artículo 114° se permitía la reserva para el Estado de actividades productivas o de servicios por causa de interés social, de manera que el Estado podía decidir intervenir directamente en determinada actividad económica mediante una empresa pública u otorgando concesiones o autorizaciones a empresas privadas para su gestión. Se trataba de una intervención pública en la economía equivalente a la prohibición del derecho de iniciativa privada en determinado sector⁶⁴, lo que significaría una vez más que era el Estado el que tenía prioridad de actuar en determinados sectores y decidir si concertaba o no con el sector privado mediante concesiones o autorizaciones puesto que en aquel entonces, y como bien señala KRESALJA ROSSELLÓ⁶⁵, se tenía más confianza en el Estado que en la iniciativa privada.

Más adelante, con la CP caracterizada porque manteniendo el fomento de la iniciativa privada dentro de una economía social de mercado, el Estado ya no será quien formulará la política económica o la planifique y por ende, no se obligará a prestar directamente los servicios públicos encontrándose su actuación fuertemente limitada⁶⁶, de manera que al hablar de límite hará pensar en que en la CP se halla el principio de subsidiariedad en un sentido negativo que conlleva a pensar que el Estado es consciente de que el sector privado siempre tendrá los mejores recursos en cuanto a presupuesto y tecnología para elaborar y ejecutar proyectos de inversión.

Así, el artículo 58° consagra que “el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de servicios públicos e infraestructura”, viéndose por tanto que el Estado tendrá la responsabilidad de velar porque esos espacios se vean realmente cubiertos al ser necesidades de interés general, de manera que en un primer momento pareciera que el Estado continúa siendo el responsable en satisfacer las necesidades de los ciudadanos y que a ello debiera dirigir su actuar como lo desarrolló la Constitución de 1979. Sin embargo, la CP da un paso más y en su artículo 60°⁶⁷ se halla mención a la subsidiariedad de la actividad del Estado en pos de la economía del país, en el que se puede advertir la libertad de empresa en cuanto al fomento de la iniciativa privada como consecuencia de la economía social de

⁶⁴ *Ibidem*, p. 89.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 104.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 86.

⁶⁷ Artículo 60°. El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

mercado, modelo económico propuesto en la CP, teniendo entonces el Estado solo una función de carácter residual.⁶⁸

En consecuencia, la CP al haber sancionado el principio de subsidiaridad, da pie a que el Estado solo participe en el mercado como agente económico cuando no exista iniciativa privada capaz de satisfacer la demanda⁶⁹, siendo ello traducido como un límite a la actuación del Estado que llevaría a hablar de una existente vertiente negativa del principio de subsidiariedad.

1.2.1.2. Las vertientes horizontal y vertical. El término subsidiariedad ha adquirido en el léxico político y jurídico actual específico significado, caracterizado por su natural ambivalencia al estar acompañado y definido por el adjetivo vertical u horizontal. En el primer sentido, el vertical, la subsidiaridad se refiere a la relación entre el ordenamiento comunitario y supranacional con los ordenamientos nacionales en el plano del derecho internacional, o a la relación entre el Estado y los entes a él sometidos pero dotados de autonomía como las regiones, las provincias y los municipios dentro de un plano de derecho interno. En el sentido horizontal, la subsidiaridad alude a la relación entre el Estado y los ciudadanos, sea como individuos, sea en las formaciones sociales pero siempre con el propósito de dejar el mayor espacio posible a la autonomía privada y reduciendo así a lo esencial la intervención pública.⁷⁰

A su vez, el TC en su rol de máximo intérprete de la Constitución explica que el principio de subsidiariedad puede concebirse en dos sentidos: vertical y horizontal. El primer sentido se habrá de referir a la relación existente entre un ordenamiento mayor (una organización nacional o central) y un ordenamiento menor (las organizaciones locales o regionales), según la cual el primero de ellos sólo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor, orientación que llega a guardar estrecha relación con los servicios públicos y el desarrollo económico-social.⁷¹ Y añade que la subsidiaridad horizontal se refiere a la relación existente entre el Estado y la ciudadanía, en la cual el cuerpo político, respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial.⁷²

⁶⁸ KRESALJA, B. *Op. Cit.*, p. 107.

⁶⁹ GUTIÉRREZ CAMACHO, W. *Del régimen económico*. En *La Constitución comentada* (I, p. 787-917). Lima-Perú: Gaceta Jurídica. Citado por KRESALJA ROSSELLÓ, B. *Ibidem*, p. 117.

⁷⁰ KRESALJA, B. *Op. Cit.*, p. 27.

⁷¹ Fundamento jurídico 19 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre de 2003.

⁷² *Ibidem*.

La subsidiariedad horizontal es la misma que se conoce también como subsidiariedad social al tener como centro de desarrollo a la persona no existiendo posibilidad alguna, ni argumento jurídico que valga para que ello sea contradicho, reconducido, necesite un previo sustento o sea racionalizado. Así se advierte en la lectura del artículo 1° de la CP, el mismo que tendrá el valor de ser la cláusula central de introducción y configuración de la subsidiariedad horizontal en el Derecho peruano sin olvidar el antecedente constitucional presente en la Constitución de 1979, en donde se estableció por primera vez en el Derecho peruano una directa perspectiva humanista en virtud al artículo 1° que señalaba a la persona como “el fin supremo de la sociedad y del Estado.”⁷³

Para finalizar, la vertiente horizontal del principio de subsidiariedad llega a complementarse con lo que se comentaba en el punto anterior respecto a la vertiente negativa de la subsidiariedad cuando se explicaba el límite a la intervención estatal, de manera que el fomento de la iniciativa privada siempre será la prioridad para el Estado y este podrá desplegar su actuación solo donde el privado no llegue.

1.3. El principio de subsidiariedad como el fundamento constitucional de la colaboración público-privada. A la vista de lo expuesto y al resultar imprescindible preguntarse por el fundamento de las cosas que en este caso sería lo que lleva a hablar de la colaboración pública-privada, es decir, cuál es la base en el Derecho que la motiva, es que se ha realizado este breve repaso al principio de subsidiariedad al ser este el fundamento en donde se asienta todo el tema de la colaboración pública-privada.

En primer lugar, el principio de subsidiariedad en el ordenamiento jurídico peruano, y así concluye el TC⁷⁴, “tiene como fin la reestructuración del equilibrio entre lo público y lo privado”, lo que daría pie a hablar, en el ámbito de las contrataciones del Estado, de la colaboración público-privada que de manera *a priori* se podría definir como la práctica contractual utilizada entre el sector público y el sector privado en beneficio del interés general, siendo esto a partir de lo cual se esbozaría ya la relación entre ambos conceptos jurídicos.

En consecuencia, el principio de subsidiariedad será el axioma mediante el cual se dicta una prohibición al Estado de intervenir brindando directamente los servicios públicos y que así cumpla con satisfacer el interés general viéndose por tanto obligado a fomentar la iniciativa privada aun cuando se hallen sectores de inversión que no le sean atractivos por no

⁷³ VIGNOLO, O. *El principio de subsidiariedad social... Op. Cit.*, p. 76 y 53.

⁷⁴ Fundamento jurídico 19 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre de 2003.

ser económicamente rentables para el mercado, por lo que la ley autorizará para que sea el Estado el encargado de hacerlo.

No obstante, el propio Estado podría no contar con la disponibilidad de los recursos suficientes para solventar proyectos de inversión que requieren un mayor presupuesto y/o alta tecnología con lo que solo el privado cuenta, por lo que el sector público buscará unirse con el privado y fomentar ya no solo su iniciativa sino también su inversión y consecuente participación en proyectos que aunque sean socialmente rentables y no lo sean económicamente (sin que nada imposibilite que llegasen a serlo), de manera que será necesaria la acertada unión entre ambos sectores en pos de objetivos de interés público.

Lo anterior tiene su base específicamente en la vertiente horizontal o social del principio de subsidiariedad, a lo que es preciso insistir en dejar claro que por ende resultará lógico que el sector público y el sector privado se unan para gestionar emprendimientos de interés público puesto que este principio social obliga a que ambos formen y configuren el bienestar común.⁷⁵

En definitiva, para hablar del concepto de subsidiariedad en relación con la colaboración público-privada, será relevante analizarlo desde el punto de vista de la vertiente horizontal de la subsidiariedad al tratarse de la relación entre el Estado y los ciudadanos que, dentro de la contratación estatal, se traduciría en la estrecha relación existente entre ambos: por una parte el Estado como contratante a través de los entes reguladores y supervisores, y de otro lado, los ciudadanos como inversor privado (cuando este sea un nacional) y los usuarios beneficiados por los servicios que se prestan por medio de esta contratación estatal generando incluso una relación trilateral que siempre ha de respetar la satisfacción del interés general.

1.4. El principio de participación, de colaboración y de eficiencia como consecuencia del principio de subsidiariedad. El primero es un principio que irradia a todo el Derecho Administrativo, el segundo parte de la doctrina, y el tercero es un principio presente en las contrataciones que el Estado por medio de una Administración Pública.

Aun cuando en la colaboración público-privada perfectamente se debe cumplir con todos los principios, tanto los propios que guían al Derecho Administrativo como a las contrataciones en general, resulta notorio que del principio de subsidiariedad como se ha venido desarrollando se desprende otros tres principios que se pueden considerar como vitales

⁷⁵ VIGNOLO, O. *Breves Reflexiones acerca de los servicios públicos en el Perú*. Derecho y Sociedad 40 Asociación Civil. Derecho Comparado Aplicado. Lima-Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013; p. 216.

para llegar a una acertada concertación entre el sector público y el privado, siendo ellos los mencionados en el párrafo anterior y sobre los cuales se explicará brevemente en lo que sigue.

1.4.1. El principio de participación. Está presente en el ordenamiento jurídico peruano en el artículo IV inciso 1.12 del TP de la LPAG, en donde se le recoge como aquel principio por el cual “las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren”, lo que en materia de contratación estatal significaría que en caso el Estado necesite recurrir a un privado para satisfacer el interés general, el primero debe proporcionar todas las facilidades necesarias al inversor privado y así facilitar la colaboración entre ambos.

Por su parte, en el Derecho español se encuentra por ejemplo el Derecho de Asociación aplicable también a los poderes públicos, sobre el que se hace referencia en la EM de la LO 1/2002 de 22 de marzo de dicho año⁷⁶ y en donde se advierte una participación cooperativa⁷⁷ reconociéndose en el expositivo VI de la EM de la citada norma la importancia del fenómeno asociativo como instrumento de integración en la sociedad y de participación en los asuntos públicos.

Cabe destacar lo que sucede a menudo en el ordenamiento jurídico español: la materia urbanística es sensible al principio de participación por la existencia de planeamiento de iniciativa privada y la exigencia de trámites de información pública en los procedimientos de elaboración de dichos planes.⁷⁸

1.4.2. El principio de colaboración. Al lado del principio de participación se encuentra el de colaboración que puede ser visto como aquel principio que refleja de una manera más clara la actuación bilateral entre la Administración Pública y los particulares⁷⁹ bajo la figura de los inversores privados llamados a ser colaboradores en la tarea del Estado de la satisfacción del interés general.

⁷⁶ Citada por TOLIVAR ALAS, L. *Principio de participación*. En SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir.) *Op. Cit.*, p. 958.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 966.

⁷⁹ Cfr. HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura*. Lima-Perú: Revista Ius et Veritas N° 46, julio 2013; p. 285.

En efecto, autores como BACA ONETO y ORTEGA SARCO⁸⁰ lo reconocen como uno de los principios básicos de la contratación pública, al incidir sobre la relación contractual, de manera que, como advierte VILLAR PALASÍ⁸¹, la Administración considera a su contratante como un colaborador voluntario, cuyos intereses, incluso pecuniarios, no son necesariamente opuestos al interés justamente entendido del Estado dejando de lado así la creencia de que el contratista era titular de intereses antagonistas del Estado.

En consecuencia, la ejecución de obras o la gestión de un servicio exige en los contratistas, cada vez más, solvencia técnica y económica para que así estos intervengan desde la etapa de planeamiento hasta la ejecución del contrato obteniendo como resultado que ambas partes, tanto la Administración como el contratista, participen activamente en la consecución de un fin común en el que los dos se han propuesto colaborar.⁸²

Un ejemplo claro de la aplicación de este principio en las contrataciones se da cuando en la provisión de infraestructuras, los privados como contratistas del Estado intervienen no solo al momento de la construcción de ellas, sino también como encargados de su diseño, gestión, explotación y, especialmente, de su financiamiento. Por eso, el privado debe ser visto como un colaborador voluntario de la causa del contrato administrativo, es decir, es un colaborador del interés público.⁸³

1.4.3. El principio de eficiencia. Es expresamente reconocido como uno de los principios por los que se ha de regir la actuación, tanto del sector público como del privado, dentro de la contratación estatal, siendo la LCE en su artículo 2º la norma que los enumera incluyendo entre ellos al principio de eficiencia relacionándolo con el principio de eficacia⁸⁴ e incluso se puede ver que hay una relación con los principios que siguen en la lectura del citado artículo de la LCE, a saber, el principio de vigencia tecnológica, de sostenibilidad ambiental y social, y de equidad.

⁸⁰ BACA ONETO, Víctor y ORTEGA SARCO, Eduardo. *Los esquemas contractuales de colaboración público-privada y su recepción por el Derecho peruano*. Lima-Perú: Círculo de Derecho Administrativo, RDA 13: Asociaciones Público-Privadas, 2013; p. 36.

⁸¹ VILLAR PALASÍ, José Luis. *Lecciones sobre contratación administrativa*. Secciones de Publicaciones Madrid-España 1969; p. 175.

⁸² *Ibidem*, p. 176.

⁸³ BACA, V. y ORTEGA, E. *Op. Cit.*, p. 35.

⁸⁴ Etimológicamente parecen coincidir pero el principio de eficacia incluye de suyo el principio de eficiencia. En todo caso, debe insistirse en que la eficiencia se distingue de la eficacia en el sentido de que puede existir una medida eficaz pero ineficiente. *Vid.* PAREJO ALFONSO, L. *Eficacia y Administración*. Tres Estudios, MAP, 1995, p. 92. Citado por GIMENO FELIÚ, J. *El principio de eficiencia*. En SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir.) *Op. Cit.*, p. 1255-1256.

Por tanto, a la luz del ordenamiento jurídico peruano, el principio de eficiencia será el axioma por el cual las prestaciones y derechos de las partes contratantes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad pero siempre teniendo en consideración que el proceso de contratación y las decisiones que se adopten en ella deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, y por ende, se ha de garantizar siempre la efectiva y oportuna satisfacción del interés público bajo condiciones de calidad y modernidad tecnológica, además del mejor uso de los recursos públicos, de modo que se aprovecharía así de forma dinámica los conocimientos y metodologías del sector privado⁸⁵ en beneficio del interés general.

Además, como apunta GIMENO FELIÚ⁸⁶ en materia de contratación pública, este principio desempeña una función de límite en la decisión de procedimiento y criterios de adjudicación, incluso en el momento en que sea necesaria la modificación contractual.

Finalmente, en pos de la búsqueda de la eficiencia se han construido mecanismos de colaboración público-privada bajo distintas fórmulas contractuales⁸⁷, lo que va dando una pista de lo que en realidad es la colaboración público-privada, que más adelante se desarrollará.

2. Breve repaso a conceptos jurídicos presentes en la colaboración público-privada

Una vez desarrollado el fundamento de la colaboración público-privada, resulta imprescindible detenerse en conceptos que constantemente se encuentran presentes en ella, dándose un paso más antes de entrar a desarrollar y conceptualizar la colaboración público-privada como categoría jurídica en la doctrina de las contrataciones estatales.

2.1. El interés general. En distintas oportunidades, hasta el momento, se ha señalado que el Estado tiene como objetivo principal satisfacer y hacer prevalecer el interés general cuando actúa en pos de la ciudadanía, más aun cuando ello implica que este concierte con un privado debido a la falta de recursos propios pues tratándose de un Estado garante, le corresponde en exclusiva establecer las finalidades, los objetivos, la programación que se orienta a la atención del interés público, que no es otra cosa distinta al bien común.⁸⁸

⁸⁵ Cfr. GIMENO FELIÚ, José María. *El principio de eficiencia*. En SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir.) *Ibidem*, p. 1263.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 1260.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 1263.

⁸⁸ Cfr. ESTEVE PARDO, José. *Los servicios de interés general en el tránsito del Estado prestacional al Estado garante*. En *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*. AGUADO I

En el pasado fue el interés público sobre el que se fundaba el sentido de la Administración Pública. Sin embargo, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, el interés al que debe someterse la Administración es el de la comunidad, el de la sociedad, el del conjunto, no el de la propia institución Administración Pública o el de sus agentes, sino el de todos los ciudadanos como miembros de la comunidad⁸⁹, lo que vendría ser el interés general referido a la cobertura de las necesidades colectivas de los ciudadanos como viene a ser la educación o la sanidad por ejemplo⁹⁰, las que bien pueden ser consideradas como lo que se conoce como bienes jurídicos colectivos.

En el Perú, la CP y su antecesora de 1979 recogen como uno de los deberes primordiales del Estado el de promover el bienestar general en los artículos 44° y 80°, respectivamente, refiriéndose así al interés general que el Estado debe hacer prevalecer como principio y fin de su actuación.⁹¹

Por lo tanto y como bien lo destaca RODRÍGUEZ-ARANA⁹², el interés general tiene una gran importancia cuando se le considera en su dimensión amplia apuntando a los principios y directrices del Estado social y democrático del Derecho que coincide con la forma en la que el Estado peruano se constituye como se estipula en los artículos 3° y 43° de la CP, lo que conlleva a concluir que la Administración Pública actúa como garante de los intereses generales asegurando que determinados servicios lleguen a la mayoría de usuarios en óptimas condiciones, regularidad y asequibilidad.⁹³

2.2. Los servicios públicos y la obra pública. La colaboración público-privada se desarrolla para cumplir con el interés general que tiene por obligación el Estado. Los ciudadanos son los titulares de ese interés general que necesitará realizarse materialmente, es decir que el interés general pase de ser solo un concepto a verse reflejado en algo de lo que puedan los ciudadanos hacer uso y disfrute como vendrían a ser los servicios públicos y obras públicas, de manera que se prestará un servicio o se ejecutará una obra de acuerdo a una necesidad de interés general y que será de utilidad a los usuarios que serían los ciudadanos.

CUDOLÀ, Vicenç; NOGUERA DE LA MUELA, Belén y PARISIO, Vera (dir.) Valencia-España: G. Giappichelli Editore, Tirant Lo Blanch, 2016; p. 25.

⁸⁹ Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Interés general, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar*. Madrid-España: Iustel, 2012; p. 29.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 33.

⁹¹ *Ibidem*, p. 42.

⁹² *Ibidem*, p. 97.

⁹³ Cfr. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa María, et al. *Servicios de interés general y protección de los usuarios*. GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (dir.) Madrid-España: Dykinson, S.L., 2018; p. 26.

Sobre estos conceptos que en lo que sigue se habrán de desarrollar considerando además que son objeto de la colaboración público-privada.

Siendo así, cabe señalar que ambos conceptos junto con el de interés general llegan a estar interconectados porque muchas veces *a priori* existe un interés general a satisfacer que habrá de ser materializado mediante la construcción de una obra pública que se llegará a prestar por medio de la gestión indirecta de un determinado servicio público⁹⁴, desencadenando lo que la doctrina española conoce como concesión mixta: de obra y servicio público, entendida a partir de la concesión de servicio público, de la que hay un paso previo y necesario que es la construcción de una obra para la eficiente prestación de dicho servicio.⁹⁵ Sobre este punto se volverá más adelante.

Por otro lado, la CP en el artículo 58º recoge que “el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”, dejando claro así que el Estado es el principal promotor e interviniente cuando se trata de servicios públicos o la construcción de obras públicas necesarias para ver satisfecho el interés general y que por ende el Derecho Administrativo se entronca con las formas de intervención de la Administración Pública en la actividad económica, entre la que se sitúa la “actividad prestacional”.⁹⁶

2.2.1. Los servicios públicos. Para entender el servicio público como concepto relacionado a la colaboración público-privada es necesario que este se justifique y explique en la medida en que, efectivamente, sirva objetivamente al interés general⁹⁷, entendiéndolo por tanto en el sentido más amplio posible, es decir, como cualquier actividad que la Administración decide asumir por considerar su realización necesaria al interés general y en atención a lo cual la tiene atribuida como competencia propia.⁹⁸

La RAE⁹⁹ define al servicio público como “la actividad llevada a cabo por la Administración o, bajo un cierto control y regulación de esta, por una organización, especializada o no, y destinada a satisfacer necesidades de la colectividad.”

Así, siendo el término servicio público de origen francés, *le service public*, se conceptualizaría como aquella actividad indispensable para la vida colectiva, cuya titularidad

⁹⁴ Cfr. GALÁN VIOQUE, Roberto. *Obras públicas de interés general*. Sevilla-España: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2004; p. 21-22.

⁹⁵ Cfr. BERNAL BLAY, Miguel Ángel. *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas «paraconcesionales»*. España: Thomson Reuters, Civitas 2010; p. 52-53.

⁹⁶ ÁLVAREZ, E., *et al.* *Op. Cit.*

⁹⁷ RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Op. Cit.*, p. 69.

⁹⁸ VILLAR, J. *Op. Cit.*, p. 30-31.

⁹⁹ Diccionario de la Lengua Española: <https://dle.rae.es/> (Consultado el 21 de agosto de 2019).

es asumida en exclusiva por el Estado y destinada a los usuarios a título singular¹⁰⁰, advirtiéndose dos notas características que predominan en él: a) la titularidad del servicio que está en manos de la Administración Pública; y b) el servicio que consiste en una actividad prestacional de tipo material, a la que le acompaña un régimen jurídico-administrativo caracterizado por la aplicación de unos principios generales que tienden a garantizar la continuidad, la igualdad, la calidad, la mutabilidad y la asequibilidad, siendo estos, principios orientados a la satisfacción del interés general, que en este caso se ha de concretar en el interés de los usuarios del servicio.¹⁰¹

En cuanto a lo que se refiere a la titularidad del servicio público en manos de la Administración Pública¹⁰², esta implica no solamente la *publicatio* de los servicios¹⁰³ sino también que el servicio público funciona como título de potestades administrativas, de manera que será la Administración quien decida las prestaciones concretas que ofrezca el servicio en cuanto a su contenido, extensión, calidad; así como la organización, los lugares y horarios, las personas que podrán realizarlas o colaborar, el precio o su gratuidad, los cambios que hayan de introducir, entre otras cuestiones, y de ahí que la Administración opte tanto por la gestión directa como por la gestión indirecta de los servicios públicos.¹⁰⁴

Por otro lado, respecto al servicio público como actividad prestacional de tipo material¹⁰⁵, LAGUNA DE PAZ¹⁰⁶ apunta que existen “servicios de interés general que son actividades esenciales, cuya prestación no puede faltar a los ciudadanos en adecuadas condiciones de calidad y precio”, con lo cual se destaca el carácter de ser esencial de los servicios públicos. Asimismo, para MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ¹⁰⁷, el servicio público comprende “toda actividad que, por ser considerada servicio esencial a la Comunidad y considerarse necesario para su efectiva garantía, es reservada por la Ley a la titularidad en exclusiva del poder público, sin perjuicio de que su gestión pueda ser encomendada a terceros colaboradores a través de cualquiera de los modos de gestión indirecta que el ordenamiento reconoce”.

¹⁰⁰ Cfr. CHANG CHUYES, Guillermo. *Regulación e intervención del Estado en la Economía*. Piura-Perú: Universidad de Piura, 2014, p. 1.

¹⁰¹ ÁLVAREZ, E., et al. *Op. Cit.*

¹⁰² Elemento subjetivo del servicio público. Vid. BACA ONETO, V. *Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el Derecho peruano*. En VIGNOLO, O. (coord.) *Op. Cit.*, p. 363.

¹⁰³ La *publicatio* por la cual el Estado se reserva para sí una determinada actividad para prestarla bajo un régimen determinado. Vid. BACA ONETO, V. en VIGNOLO, O. (coord.) *Ibidem*, p. 362.

¹⁰⁴ Cfr. BUENO ARMILLO, Antonio, et al. *Derecho Administrativo Tomo III: modos y medios de la actividad administrativa*. REBOLLO PUIG, Manuel y VERA JURADO, Diego (dir.) LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (coord.) España: Tecnos, 2017; p. 134-135.

¹⁰⁵ Elemento objetivo del servicio público. Vid. BACA ONETO, V. en VIGNOLO, O. (coord.) *Op. Cit.*, p. 363.

¹⁰⁶ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Los servicios de interés general en la Unión Europea: su sujeción a las reglas de mercado*. En AGUADO, V.; NOGUERA, B. y PARISIO, V. (dir.) *Op. Cit.*, p. 51.

¹⁰⁷ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. *El sector eléctrico en España*. Revista del Instituto de Estudios Económicos 4, 1991; p. 318-319. Citado por BACA ONETO, V. en VIGNOLO, O. (coord.) *Op. Cit.*, p. 363.

Sin embargo, para lograr establecer un concepto de servicio público en el marco de la colaboración público-privada, se habrá de considerar lo señalado por el TC¹⁰⁸: “el servicio público es la prestación que efectúa la administración del Estado en forma directa o indirecta. Esta última se realiza a través de concesiones y tiene por objeto satisfacer necesidades de interés general”, de manera que el servicio público será más bien una técnica prestacional, distinta al servicio esencial que se desarrolla en el párrafo anterior.

Aun cuando no se conoce el *nomen iuris*, ni el concepto de la técnica de los servicios públicos en el Derecho Administrativo peruano, es preciso darle cabida a ciertas técnicas no muy conocidas pero que serían de fácil aplicación en el ordenamiento jurídico peruano como son los servicios públicos compartidos que serían una noción distinta e intermedia entre los servicios públicos, los servicios universales y las actividades de mercado, vistos desde la perspectiva de la subsidiaridad social, de manera que un servicio público compartido habrá de ser entendido a partir de las tareas y emprendimientos en ciertos sectores (salud por ejemplo) que pueden ser asumidas tanto por la Administración Pública como por ciertos privados.¹⁰⁹

En ese sentido, siguiendo en parte a DANÓS ORDÓÑEZ¹¹⁰, la responsabilidad del Estado peruano en cuanto a los servicios públicos compartidos no consiste necesariamente en prestar directamente la actividad sino en generar las condiciones necesarias creando el marco institucional para asegurar que los servicios públicos sean proporcionados a los ciudadanos y que puedan ser desarrollados por operadores privados que accedan a la actividad en virtud de títulos habilitantes como los contratos de concesión, respetando la naturaleza del servicio público compartido que ha de ser el suministro de prestaciones por parte de la Administración o por el gestor privado del servicio mediante una actividad material o técnica.¹¹¹

2.2.2. La obra pública. La doctrina es unánime afirmando el carácter de bien inmueble que tienen las obras públicas al ser actuaciones sobre el medio físico que tienen una base territorial para instalarse y sin perjuicio de que se pueda extender su calificación a determinadas instalaciones complementarias que resultan imprescindibles para que la obra pueda desplegar toda su efectividad¹¹², lo que daría paso a reafirmar lo ya señalado al inicio que deja en claro la estrecha relación entre los conceptos de obra pública, servicio público e

¹⁰⁸ Fundamento jurídico 41 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 005-2003-AI/TC, 3 de octubre de 2003.

¹⁰⁹ VIGNOLO, O. *Breves Reflexiones...* Op. Cit., p. 216-217.

¹¹⁰ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana*. En VIGNOLO, O. (coord.) Op. Cit., p. 23.

¹¹¹ BUENO, A., et al. En REBOLLO, M. y VERA, D. (dir.) LÓPEZ, M. e IZQUIERDO, M. (coord.) Op. Cit., p. 133.

¹¹² GALÁN, R. Op. Cit., p. 44-45.

interés general, recurriendo por tanto a la definición que aporta el Derecho español, el que califique como obras públicas a aquellos bienes que son de uso público o que se encuentran destinados a un servicio público, siendo así que su afectación al interés general es el que determina finalmente su consideración como obra pública.¹¹³

Visto así se pueden diferenciar dos formas de conceptualizar a la obra pública: a) decir que la obra pública es aquella que se construye para el uso público y en beneficio del interés general ciñéndose en tanto a la definición que señala la RAE¹¹⁴ sobre una obra que será una “cosa hecha o producida por un agente”, que en el caso que aquí compete sobre las contrataciones podría ser ese agente el propio Estado mediante la gestión directa o un privado mediante la gestión indirecta; y b) tratar a la obra pública como un mero instrumento respecto del servicio público¹¹⁵, de manera que en base a un servicio determinado se deberá elaborar el proyecto de obra pública incluyendo así todo los cambios o adicionales necesarios para que ese servicio termine siendo prestado, siendo este último la prioridad del contrato.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico español tiene a bien señalar en la LCSP y posterior TRLCSP en el artículo 6º de ambas normas lo que ha de entender por “obra” a efectos de ponerla en práctica como objeto de un contrato de obra o de una concesión de obras públicas, esto será por tanto “el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.” A ello, la NLCSP añade en su artículo 13º que también podrá llamarse obra “la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o de su vuelo, o de mejora del medio físico o natural.”

Por su parte, en el ordenamiento jurídico peruano no se ha profundizado en el concepto de obra pública más allá de cómo lo hace el Reglamento de la LCE, que en su Anexo N° 1 define a la obra como la “construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos.”

Además, el D. Leg. N° 758, D. Leg. para la promoción de las inversiones privadas en infraestructura de servicios públicos, hace lo propio en su artículo 2º señalando que “el concepto de obras públicas comprende, entre otras, obras de infraestructura de transportes, saneamiento ambiental, energía, salud, educación, pesquería, telecomunicaciones, turismo,

¹¹³ *Ibidem*, p. 46.

¹¹⁴ Diccionario de la Lengua Española: <https://dle.rae.es/> (Visitado el 25 de agosto de 2019).

¹¹⁵ BERNAL, M. *Op. Cit.*, p. 52.

recreación e infraestructura urbana”, lo que podría dar pie a entender que la obra pública es una infraestructura que habrá de valer para prestar un determinado servicio público. No obstante, la misma norma señala en el artículo 1º que “la concesión de la obra implica la explotación del servicio.”

En síntesis, para el ordenamiento peruano queda claro que jurídicamente la obra pública será todo aquel bien diseñado, planificado y elaborado en beneficio del interés general pero sin que ello involucre el hecho de que sea necesariamente para prestar un servicio público, el mismo que en la mayoría de los casos viene a estar incluido en la obra que se realiza. Por ejemplo, si se construye una autopista mediante concesión, el servicio inmediato a explotarse será el de transporte hallándose en ello una primera fase de construcción y una segunda fase de explotación¹¹⁶: la primera que se verá cumplida con la construcción de la obra que quedará en beneficio del interés general y la segunda que ya implica el interés privado del concesionario en cuanto a la exigencia del pago del peaje establecido a los usuarios como lo determina un contrato de concesión.

2.2.2.1. La infraestructura pública. A simple vista, infraestructura sería un concepto mucho más amplio que el concepto de obra que incluso llegaría a sustituir a la obra pública.¹¹⁷ Sin embargo, no se puede admitir tal sustitución considerando en primer lugar la definición que la RAE¹¹⁸ le da a la infraestructura como el “conjunto de elementos, dotaciones o servicios necesarios para el buen funcionamiento de un país, de una ciudad o de una organización cualquiera”.

De acuerdo con ello y siguiendo a VILLAR EZCURRA¹¹⁹, “lo que diferencia el viejo concepto de obra pública del más moderno de infraestructura es la posibilidad de que en este último se integren elementos no tangibles (servicios) y sobre todo su contenido finalista en el sentido de que engloba todo lo indispensable para que funcione una organización. De esta manera se admite que formen parte de las infraestructuras elementos materiales e inmateriales tratándose de una ampliación de la expresión tradicional de obra pública.”

En ese orden de ideas, la infraestructura dentro de un marco jurídico de las contrataciones del Estado va ligada a la actividad que le sirve de soporte (el servicio público), dejando de lado que se conciba como un elemento aislado como sería la obra pública por sí sola, por ende, el concepto de infraestructura es más amplio que el de obra pública ya que engloba

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 53.

¹¹⁷ GALÁN, R. *Op. Cit.*, p. 145.

¹¹⁸ Diccionario de la Lengua Española: <https://dle.rae.es/> (Consultado el 16 de agosto de 2019).

¹¹⁹ VILLAR EZCURRA, J. *Las infraestructuras públicas*. Citado por GALÁN VIOQUE, R. *Op. Cit.*, p. 146.

también la posibilidad de contener elementos inmateriales, esto es que la infraestructura termina siendo una pieza de un conjunto de elementos que se organizan para poder prestar unos servicios determinados, razonamiento que lleva a hablar de la existencia de una red de infraestructura o infraestructuras en red porque estas se establecen en forma de mallas y se encuentra interconectadas entre sí, de modo que actúan como elementos de una única sistemática. Así lo ha recogido el ordenamiento jurídico español que ha positivado la noción de red de infraestructuras en sectores como telecomunicaciones, energía, o también en las carreteras o en las vías férreas.¹²⁰

En el ordenamiento jurídico peruano, no solo la CP recoge el término de infraestructuras¹²¹ sino que también se puede rastrear la referencia a infraestructuras en cómo se le regula en el D. Leg. N° 758, D. Leg. para la promoción de las inversiones privadas en infraestructura de servicios públicos, dejando a la vista de que en el Perú se habrán de desarrollar las concesiones de infraestructuras que vean satisfechos los servicios públicos en el sentido ya desarrollado anteriormente. De ahí que se pueda ver que la infraestructura, como ya se ha delimitado, incluya a bienes inmateriales destinados a prestar un servicio público determinado pasando a ser lo que en el ordenamiento jurídico español ya se señala como red de infraestructura o infraestructuras en red.

2.3. Proyecto de inversión pública. Este concepto como en los que siguen en este punto son nociones funcionales que provienen de ciencias no jurídicas, de manera que son figuras que el Derecho peruano reconoce y si bien las utiliza, deben ser analizadas bajo su marco propio de ingeniería y economía (pública). Por tanto, sobre el concepto de proyecto de inversión pública, de inversión pública, inversión privada e iniciativa pública se hablará en cuanto lo que el Derecho ha desarrollado puesto que no es objetivo de este trabajo definirlos.

Así, respecto a la colaboración público-privada se puede decir del proyecto de inversión pública que en la práctica se necesita de la planificación de infraestructuras que lleguen a tener resultados provechosos pues han de cumplir con el objetivo del Estado que es la satisfacción del interés general, por lo que resulta siendo necesario un proyecto en el cual intervenga tanto el aporte del sector público como del privado que sería lo que la normativa peruana bien ha determinado, haciendo falta delimitar al margen de la CPP los dos elementos

¹²⁰ GALÁN, R. *Ibidem*, p. 146-147.

¹²¹ Art. 58°. (...) el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

que encierra un proyecto de inversión pública: la inversión pública y el fomento de la inversión privada, que desarrollará brevemente en las líneas que siguen.

2.3.1. La inversión pública. En principio, es el Estado el obligado a realizar infraestructuras dirigidas a satisfacer el interés general con el presupuesto que maneja anualmente pudiendo elaborarse un proyecto de inversión pública solamente con recursos públicos, esto es, sin necesitar de la colaboración de un inversor privado considerando además la declaración contenida en el artículo 58° de la CP que señala como ámbitos estatales prioritarios a los servicios públicos y a la infraestructura, los que deberán estar preferentemente bajo atención de la Administración Pública.¹²²

Sin embargo, y afirmando la postura que defiende VIGNOLO CUEVA¹²³ respecto al artículo 58° de la CP citado en el párrafo anterior, su contenido junto al artículo 59°¹²⁴ de la CP plantearían los presupuestos ineludibles para que se practique el supuesto de subsidiariedad social ya desarrollada reconociendo la imposibilidad de intervención empresarial pública activa, inmediata y directa, pero presentando a su vez las bases exactas que necesitan los particulares para convertirse en los protagonistas de la vida económica y social del país mediante el reconocimiento, respeto y mecanismos de tutela jurídica para la iniciativa privada, las libertades económicas y las propiedades de éstos en sus distintas facetas, siempre dentro de un marco de economía social de mercado, lo que también implicaría que en muchos casos los privados pasen a ser colaboradores o ayuden a alcanzar la satisfacción de los diversos intereses públicos mediante diversas técnicas de contratación pública como se daría en la colaboración público-privada.

Además que, como la historia ha demostrado y se ha desarrollado en el capítulo anterior, la inversión pública en el Perú ha sido insuficiente para cerrar la brecha de infraestructura latente que tiene como objetivo central el lograr un crecimiento sostenido de la economía¹²⁵ y con ello lograr satisfacer el interés general.

Por tanto, al generarse la necesidad de la intervención del privado, la inversión pública destinada a un proyecto tenderá a reducirse y se convertiría así en una intervención parcial de

¹²² Cfr. ZEGARRA VALDIVIDIA, D. *El servicio público, Fundamentos*. Lima: Palestra, 2005; p. 328. Citado por VIGNOLO CUEVA, O. *El principio de subsidiariedad (en su vertiente social) y los servicios públicos en el ordenamiento peruano*. En VIGNOLO, O. (coord.) *Op. Cit.*, p. 154.

¹²³ VIGNOLO, O. *El principio de subsidiariedad social... Op. Cit.*, p. 85-87.

¹²⁴ Artículo 59°. El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria (...)

¹²⁵ Cfr. CHÁVEZ GUTIÉRREZ, Isabel. *Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP): análisis normativo y casos*. Lima-Perú: Gaceta Jurídica, setiembre 2016; p. 19.

los recursos públicos dentro de un proyecto de inversión pública compartiendo la intervención de inversión con un privado.

2.3.2. El fomento de la inversión privada. A priori se halla, como ya se ha visto, en el artículo 58° de la CP la exigencia de considerar a los servicios públicos y a la infraestructura como ámbitos preferentemente desarrollados bajo atención de la Administración Pública.

Sin embargo, y además de lo que ya se ha explicado de la interpretación conjunta de dicho artículo con el 59° de la CP, también cabe incluir al artículo 60°, de manera que las labores prestacionales han de tener presente el protagonismo privado encontrando así un Estado que para cumplir con los mandatos constitucionales deberá ser prestador de actividades y sectores fundamentales para el interés público en determinados casos y de manera secundaria como resultado del cumplimiento del principio de subsidiariedad, teniendo más bien entre sus tareas más cotidianas aquellas que se centran en fomentar, regular pertinentemente y corregir cuando sea indispensable la iniciativa económica de los agentes del sector privado.¹²⁶

En ese sentido, el artículo 1° del D. Leg. N° 674 por el que se aprueba la Ley de promoción de la inversión privada de las empresas del Estado define a la inversión privada como “aquella que proviene de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, distintas del Estado peruano, de los organismos que integran el sector público nacional, y de las empresas del Estado.”

Asimismo, con el D. Leg. N° 839, Ley de promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, se declaraba en su artículo 1° que sería “de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.”

Por lo tanto y considerando la gestión indirecta que utiliza la Administración para alcanzar la satisfacción del interés general, resulta imprescindible que esta, como parte de su actividad de fomento, incentive al inversor privado para participar colaborando en el desarrollo de un proyecto de inversión que por sí solo el Estado no puede realizarlo por falta de recursos traducidos en dinero y en tecnología.

2.3.2.1. La iniciativa privada. El autor MORÓN URBINA¹²⁷ señala que, por la figura de las iniciativas privadas, se le reconoce a los integrantes de la comunidad la facultad de

¹²⁶ VIGNOLO, O. en VIGNOLO, O. (coord.) *Op. Cit.*, p. 155.

¹²⁷ Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos. *La generación por iniciativa privada de proyectos de inversión sobre recursos estatales: nueva perspectiva de colaboración público-privada y la revisión de la noción de interés*

participar en la labor de identificar y proponer al Estado ideas suficientemente estudiadas sobre infraestructura, servicios públicos o emprendimientos sobre recursos públicos que, además de ser de interés empresarial del proponente, puedan ser prioritarias para el interés público, entendiéndolas como proyectos socialmente rentables, sostenibles y concordantes con las políticas y lineamientos del Estado. El rasgo característico de ellas se encuentra en tanto que, al recaer sobre activos (bienes o recursos) del Estado o actividades de titularidad pública, requieren de la conformidad estatal para su emprendimiento pero aun así se fomenta a los particulares para colaborar en la identificación de prioridades y captar ideas innovadoras relacionadas con la explotación de un proyecto de inversión (obra pública o servicio público) aunque, como todo emprendimiento empresarial, tomen en cuenta el costo-beneficio.

En ese sentido, la iniciativa privada puede considerarse como una manifestación del principio de participación que se desarrollaba líneas arriba cuando se ha desarrollado la subsidiariedad y en particular resultaría ser una manifestación especial del derecho a petición o lo que se conoce como petición graciable. Así, el D. Leg. N° 1362 que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público-Privadas y proyectos en activos, en su artículo 45° apartado 45.5 señala que las iniciativas privadas tienen el carácter de petición de gracia en lo que sea pertinente, manteniendo dicho carácter hasta que se convoque el proceso de selección que corresponda o hasta la suscripción del contrato correspondiente sin perder de vista lo que dispone la LPAG respecto al derecho de petición administrativa y la facultad de formular peticiones de gracia en sus artículos 106° y 112°, respectivamente.

Por su parte, el TC¹²⁸ desarrolla la petición graciosa y la define como aquella que se obtiene de una decisión administrativa a consecuencia de la discrecionalidad y libre apreciación de un ente administrativo. Esta modalidad es *stricto sensu* la que originó el establecimiento del derecho de petición, en razón de que la petición no se sustenta en ningún título jurídico específico, sino que se atiene a la esperanza o expectativa de alcanzar una gracia administrativa para lo que se podría exponer como fundamento para la obtención de un beneficio, tratamiento favorable o liberación de un perjuicio no contemplado jurídicamente, la aplicación de la regla de merecimiento. Esto aplicado a la petición de iniciativa privada se vería desde que se formula dicha petición de acuerdo al artículo 112° de la LPAG hasta que se convoque el proceso de selección que corresponda o hasta la suscripción del contrato.

público. En *Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP*. CAVALCANTI, Bruno y MATILLA CORREA, Andry (coord.) España: Ratio Legis, 2013; p. 265-266.

¹²⁸ Fundamento jurídico 2.2.1 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 1042-2002-AA/TC, 6 de diciembre de 2002.

Por otro lado, el Estado peruano no solo se ha limitado al fomento de la inversión privada sino que también ha incentivado su iniciativa, aunque de manera embrionaria, mediante la LMPID y su Reglamento en tanto que regulan las iniciativas privadas para el desarrollo de obras de infraestructura.¹²⁹

Además que la iniciativa privada se desarrolla en la normativa vigente de las Asociaciones Público-Privadas reguladas en el D. Leg. que regula la promoción de la inversión privada mediante las Asociaciones Público-Privadas y proyectos en activos, D. Leg. N° 1362, definiéndola en su artículo 45° apartado 45.1 como aquel “mecanismo por el cual, las personas jurídicas del sector privado, nacionales o extranjeras, los consorcios de estos últimos o los consorcios de personas naturales con personas jurídicas del sector privado, nacionales o extranjeros, presentan iniciativas para el desarrollo de proyectos bajo la modalidad de Asociación Público-Privada.”

3. La colaboración público-privada

A la vista de lo expuesto, se nota cómo por el principio de subsidiariedad el Estado puede hacer de un privado un colaborador para cumplir con su obligación de satisfacer el interés general de la ciudadanía realizando obras y brindando servicios públicos en beneficio de ella, a lo que se ha denominado como colaboración público-privada, en adelante CPP, y sobre lo que se desarrollará en lo que sigue.

3.1. Concepto de la colaboración público-privada. El desarrollo de este concepto como parte de las contrataciones estatales es mínimo y suele considerarse que proviene de la práctica propia de la Unión Europea hallándose inmersa también en otros ordenamientos bajo la denominación de los PPP: en Francia, el *Partenariat Public-Privé* y en Reino Unido, el *Public-Private Partnership*, siendo ambas fórmulas las que estructuran jurídicamente una relación entre el sector público y el sector privado para la financiación y la construcción de un determinado proyecto de obra pública considerándose incluso como una fórmula casi omnicomprendiva que incluiría también además la prestación de servicios¹³⁰ al ser los acuerdos de CPP instrumentos clave para afrontar mejor la ejecución de obras y/o la prestación de servicios públicos.¹³¹

¹²⁹ BACA, V. y ORTEGA, E. *Op. Cit.*, p. 45.

¹³⁰ Cfr. RIDAO I MARTÍN, Joan. *La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras*. Barcelona-España: Atelier Libros, 2012; p. 43.

¹³¹ Cfr. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia. *Jornadas sobre la iniciativa privada en la financiación de proyectos públicos*. España: Universidad de Burgos, 8 y 9 de febrero de 2007; p. 14.

A efectos de conceptualizarlo se tomará como referencia el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 2004, en adelante el Libro Verde [COM (2004)], aunque el mismo texto señale que tal expresión carece de definición en el ámbito comunitario. No obstante, la CPP “en general se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y privadas y el mundo empresarial cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio” (apartado 1).

Por ende, en sentido amplio se podría definir a la CPP como un acuerdo contractual entre una entidad pública y el sector privado para permitir una mayor participación privada en la gestión y entrega de infraestructuras o servicios públicos asumiendo este un mayor rol en la planificación, financiación, diseño, construcción, gestión y mantenimiento de los activos públicos sin dejar de lado el nivel de control y supervisión del sector público.¹³²

En ese sentido, en términos esquemáticos, las CPP son formas de incorporar la iniciativa privada en el desarrollo de proyectos públicos incluyendo el diseño, la construcción, financiación y gestión tratándose de un modelo en el que la participación privada asume un rol más activo en relación a las fórmulas tradicionales, a la par que la Administración ve reducidas sus funciones al establecimiento del marco jurídico, la determinación de condiciones técnicas y de calidad que han de cumplir las infraestructuras y los servicios públicos prestados.¹³³

El escenario en América Latina es bastante similar: frente al déficit de inversión que los Estados enfrentan y la demanda de servicios e infraestructura, la alianza entre el sector público y el privado ha sido identificada como un mecanismo *ad hoc* para poder satisfacer el interés público a través de la intervención de la inversión privada.¹³⁴

Por su parte, el ordenamiento jurídico uruguayo, respecto a las modalidades de participación público-privada en base asociativa, emplea más bien la expresión de figuras asociativas para abarcar las múltiples posibilidades de coparticipación que contempla el ordenamiento jurídico, entendiéndola como el emprendimiento de cooperación entre los sectores público y privado, basado en la experiencia de cada participante que satisface de mejor forma las necesidades públicas bien definidas a través de la distribución adecuada de

¹³² *Ibidem*, p. 40.

¹³³ *Ibidem*, p. 36.

¹³⁴ MORÓN, J. En *Estudios Latinoamericanos...* CAVALCANTI, B. y MATILLA, A. (coord.) *Op. Cit.*; p. 264.

los riesgos, recursos y recompensas¹³⁵ teniendo en cuenta que el socio privado aporta ayuda financiera, experiencia industrial y eficiencia gerencial a un servicio público, sin que la Administración pierda presencia en la dirección y gestión.¹³⁶

Recapitulando, el concepto de colaboración público-privada se halla en los distintos ordenamientos jurídicos bajo distintas denominaciones: las PPP, las alianzas público-privadas, las parcerías público privadas, pero llegan a la misma idea de denominar así a las diferentes formas de coparticipación o cooperación entre las autoridades públicas y las empresas¹³⁷, quienes actúan de acuerdo a sus capacidades y a los riesgos que pueden asumir, esto es que del sector privado se aproveche la experiencia y eficiencia industrial y financiera; y del sector público, la posibilidad que este tiene para solicitar el inicio de un nuevo proyecto de inversión en donde el privado por sí solo no entraría al tratarse probablemente de un sector económicamente no rentable, y así cumplir con el objetivo de garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio.¹³⁸

En el Perú, no existe un desarrollo en torno al concepto tal cual con la misma denominación de colaboración público-privada pero sí existen matices que pueden estar lo más cercano a ella como se puede hallar es la Asociación Público-Privada, de la que más adelante se aclarará cuál es su vinculación con la definición de CPP: si llegarían a tratarse indistintamente como sinónimos o existe alguna cierta relación entre ambos.

3.2. Características de la colaboración público-privada. El concepto de la CPP podría delimitarse aún más si se desarrollan las características que se esbozan alrededor de ella considerando que no hay un concepto estricto que lo defina y casi siempre se ha encontrado rasgos de ella al hablar por ejemplo de la asunción de riesgos.

Por eso, en lo que sigue se desarrollarán las características de la CPP tomando como referencia lo que el Libro Verde [COM (2004)] señala como los cuatro los elementos por los que suelen caracterizarse las operaciones de CPP, los que se resumen en: i) la duración de una CPP, ii) la financiación compartida, iii) la participación del colaborador privado y el control de calidad, y iv) la distribución de riesgos.

¹³⁵ Cfr. DELPIAZZO, Carlos E. *PPP y concesiones en Uruguay*. En *Ibidem*, p. 303 y 305.

¹³⁶ Cfr. ALEMANY GARCÍAS, Juan. *La colaboración público-privada institucionalizada en el ámbito urbanístico local*. En CAVALCANTI, Bruno. y MATILLA CORREA, Andry. (coord.) Madrid: Reus Editorial, 2018; p. 29.

¹³⁷ BERNAL, M. *Op. Cit.*, p. 108.

¹³⁸ *Ibidem*.

3.2.1. La duración de una CPP. El Libro Verde [COM (2004)] señala que “la duración de una CPP es relativamente larga debido a que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar” (apartado 2), de manera que ambos actores intervienen desde el momento de la financiación hasta incluso el mantenimiento de la obra realizada.

Autores como MIGUEZ MACHO¹³⁹ y GONZÁLEZ GARCÍA¹⁴⁰ consideran que la larga duración de la CPP se debe a que esta implica el establecimiento de prestaciones dentro una relación jurídica prolongada en el tiempo entre la Administración y el colaborador o los colaboradores privados que excede en mucho la relación bilateral entre la Administración y contratista dentro de un contrato de obra ordinario.

Asimismo, dicha complejidad se debe al tiempo que toma analizar un proyecto para que luego el privado aporte los conocimientos necesarios para lograr una mejor provisión de los servicios que como lo haría la Administración Pública y considerando por otro lado que se debe dar tiempo suficiente para amortizar la inversión privada¹⁴¹ que implica un determinado proyecto para su ejecución.

Visto así, no habría mayor dificultad para comprender que debido a la complejidad que la CPP supone, la duración de esta será mayor a la de los contratos públicos ordinarios puesto que al adoptar una fórmula CPP en la construcción de una red de infraestructura que va más allá de la arquitectura tradicional se asume el deber de cumplir con cuatro objetivos que implicaría mayor tiempo para hacerlos efectivos: a) una mayor eficiencia económica, b) la implicancia más directa del sector privado, c) el aumento y mejora de la cantidad y calidad de los equipamientos y servicios públicos, y d) la posibilidad de soslayar las restricciones financieras públicas.¹⁴²

3.2.2. La financiación compartida. En Europa, la limitación de recursos disponibles como consecuencia de la crisis económica por la que atravesaba mucho antes del año 2008 que fue cuando todo ello estalló, los gobiernos europeos de diversos niveles territoriales se vieron en la obligación de aceptar la reducción de la inversión pública y/o explorar fórmulas alternativas

¹³⁹ Cfr. MIGUEZ MACHO, Luis. *Las formas de colaboración público-privadas en el Derecho español*. Madrid-España: Revista de Administración Pública N° 175, 2008; p. 163.

¹⁴⁰ Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. *Contrato de colaboración público-privada*. Madrid-España: Revista de Administración Pública N° 170, 2006; p. 12 y 16.

¹⁴¹ Cfr. BLANQUER CRIADO, David. *El concepto de concesión administrativa de servicios públicos*. En *La concesión de servicio público*. Valencia-España: Tirant Lo Blanch, 2012; p. 180.

¹⁴² Cfr. GIMENO FELIÚ, José María, et al. *Servicios públicos e ideología: el interés general en juego*. España: Profit Editorial I., S.L., 2017; p. 57.

de financiación¹⁴³ porque era claro que no sería posible que un país no vea crecimiento en infraestructuras y en prestación de servicios.

Dichas fórmulas alternativas de financiación en proyectos se materializaban en la puesta en marcha de una CPP considerando que en ella el sector público aprovecha del privado su mayor capacidad económica para financiar grandes proyectos de inversión que por sí solo el Estado no podría realizar.

El Libro Verde [COM (2004)] determinaba así que el modo de financiación del proyecto está en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes. No obstante, la financiación privada puede completarse con financiación pública que puede llegar a ser muy elevada (apartado 2).

Para MIGUEZ MACHO¹⁴⁴, en el criterio que establece el Libro Verde [COM (2004)] no queda muy claro qué se quiere dar a entender con señalar que la financiación pública “puede llegar a ser muy elevada”: si es que se plantea en términos absolutos o relativos en tanto que lo establecido en el Libro Verde [COM (2004)] bien podría interpretarse en el sentido de que, tanto el sector público como el privado intervienen en la financiación de un determinado proyecto de inversión en la proporción que este lo requiera.

Por su parte, GONZÁLEZ GARCÍA¹⁴⁵ comenta que dentro de la financiación de un proyecto se halla la supuesta solidaridad intergeneracional, concepto que implica que los usuarios terminen siendo quienes paguen por la infraestructura, como comúnmente sucede en los modelos de concesiones. Y en ese sentido, el mismo autor¹⁴⁶ afirma que los pagos que devienen de la realización de una infraestructura no se producen como contraprestación por la construcción de la misma, sino por la utilización de la misma o por la explotación del servicio en mantenimiento.

En resumidas cuentas, si ya en un primer momento cuando se refiere a una contratación ordinaria se requiere que el inversor privado cuente con solvencia económica¹⁴⁷ para convertirse en proveedor del Estado y ejecutar una obra o prestar el servicio que el Estado necesite, con mayor razón lo necesitará cuando la finalidad sea el de llevar a cabo una CPP puesto que en esta si bien es cierto parte del financiamiento traducido en la inversión proviene del inversor privado, también es cierto que podría suceder que este no tendrá de inmediato el

¹⁴³ RIDAO, J. *Op. Cit.*; p. 139.

¹⁴⁴ MIGUEZ, L. *Op. Cit.*

¹⁴⁵ GONZÁLEZ, J. *Op. Cit.*; p. 14-15.

¹⁴⁶ *Ibidem.*

¹⁴⁷ El contenido del numeral 2 del Anexo N° 2 del Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, hace referencia a la inscripción en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y como un requisito para ello a la solvencia económica que han de tener quienes busquen ser ejecutores de obras y consultores de obras a partir de la información financiera según el último reporte de la Central de Riesgos de la SBS.

pago por la obra o servicio que prestó sino que en la mayoría de los casos se verá supeditado al pago que realizarán los usuarios cuando la infraestructura se encuentre en marcha, confirmándose así lo señalado por GONZÁLEZ GARCÍA en el párrafo precedente.

3.2.3. La participación del colaborador privado y el control de calidad. El Libro Verde [COM (2004)] identifica al inversor privado como operador económico que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación), pero por otro lado está presente el socio público en quien se concentra esencialmente la tarea de 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 dichos objetivos (apartado 2).

Para MIGUEZ MACHO¹⁴⁸, la participación del privado no puede considerarse como un criterio diferenciador de los contratos ordinarios, pero sí tendría relevancia hablar de la participación en el diseño del proyecto como rasgo común en las formas de CPP.

Por su parte, GONZÁLEZ GARCÍA¹⁴⁹ prefiere tomar como relevante la exigencia de la calidad en los servicios que llegue a brindar el privado de lo que el sector público ha de estar en situación de vigilancia no solo incorporando niveles de calidad sino también imponiendo sanciones en los casos en que no se llegue al nivel mínimo de calidad pactada.

Sin embargo, tanto la participación de ambas partes como la supervisión del factor calidad son características relevantes puesto que, como ya se ha reiterado en anteriores oportunidades, en la CPP se habrá de valorar de qué manera el socio privado, como constructor y/o financiador de operaciones concretas a realizar en el ámbito urbanístico por ejemplo, puede cooperar en la mejora y agilidad para que el objeto social consiga resultados finales óptimos aportando su experiencia, de manera que el socio privado será elegido por la participación, la actividad financiera y cotidiana de control en relación al objeto social de la obra, tarea que le ha de corresponder realizar a la Administración Pública.¹⁵⁰

3.2.4. La distribución de riesgos. El Libro Verde [COM (2004)] habla sobre un reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, siendo a este último a quien se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público, pero sin que ello llegue a significar que

¹⁴⁸ MIGUEZ, L. *Op. Cit.*

¹⁴⁹ GONZÁLEZ, J. *Op. Cit.*; p. 15.

¹⁵⁰ ALEMANY, J. En *La colaboración público-privada institucionalizada...* CAVALCANTI, B. y MATILLA, A. (coord.) *Op. Cit.*; p. 50 y 52.

en las operaciones de CPP el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos por lo que el reparto habrá de realizarse caso por caso, es decir que será necesario analizar cada contrato en particular, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos (apartado 2).

MIGUEZ MACHO¹⁵¹ encuentra en la redacción del Libro Verde [COM (2004)] un similar problema como sucede en la financiación pública cuando señalaba que esta podía “llegar a ser muy elevada”. Del mismo modo se observa falta de claridad cuando el Libro Verde [COM (2004)] señala que “no implica necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos” quedando únicamente más o menos claro que para que exista una CPP, una parte del riesgo de la operación, aunque sea mínima, tiene que ser asumida por el colaborador privado.

Por el contrario, para GONZÁLEZ GARCÍA¹⁵² el riesgo que asume el privado tal como lo señala el Libro Verde [COM (2004)] deviene de la calidad misma que se le exige, de tal manera que el riesgo habrá de ser valorado en la medida en que su retribución dependerá del nivel global de prestación del servicio que recaerá siempre en él sin que, de ningún modo, la Administración Pública pueda asumirlo. Es así que si hay un riesgo que sí o sí lo asumirá el privado dentro de una CPP este será el referido a la calidad del servicio que preste u obra que realiza pues de eso dependerá también la contraprestación que reciba.

El profesor RIDAO I MARTÍN¹⁵³ refiere que la distribución de riesgos entre los dos sectores involucrados es un punto clave dentro del análisis económico de la CPP, junto con el análisis de las ganancias de eficiencia de la colaboración en relación a la inversión directa realizada por el gobierno y la naturaleza de la propiedad de los activos resultantes de la CPP, de manera que en cada proyecto que se vaya a realizar mediante una CPP se habrá de evaluar qué tareas debe realizar cada uno de los actores (públicos y privados) asignándole a cada uno a modo de incentivo un ámbito de actuación en el que, por su experiencia, capacidad de gestión u otra ventaja, pueda contribuir a maximizar el valor de los servicios y equipamientos públicos (calidad y volumen), lo que viene a ser el conocido *value for money* que será el comparador público-privado más allá del costo-beneficio que pudiera analizarse en estos casos y por el que se logra que el concurso del sector privado sirva para asegurar el máximo valor al servicio al ciudadano por cada moneda invertida por el Estado.¹⁵⁴

¹⁵¹ MIGUEZ, L. *Op. Cit.*; p. 163-164.

¹⁵² GONZÁLEZ, J. *Op. Cit.*; p. 15-16.

¹⁵³ RIDAO, J. *Op. Cit.*; p. 36-37.

¹⁵⁴ El profesor HUAPAYA TAPIA hace así referencia a la técnica del *value for money* o valor por dinero (VfM) cuando desarrolla la APP como fórmula dentro del ordenamiento jurídico peruano. *Vid.* HUAPAYA TAPIA, R.

Es así que, puede considerarse a la distribución de riesgos como la característica principal para advertir que se está frente a una CPP puesto que en los contratos públicos ordinarios no es claro que se note el compartir riesgos entre ambas partes que contratan tal como se ha desarrollado en este punto, sino que es el privado el que asume toda esa carga que se conoce como el riesgo y ventura. Lo contrario viene a ocurrir en una CPP, donde existe efectivamente el reparto de los riesgos que implica la construcción de una infraestructura o la prestación de un servicio público: el socio privado asumiría los riesgos propios por su condición de empresario e inherentes a la actividad que va a desarrollar y la Administración Pública, los riesgos derivados de los cambios de las coyunturas políticas y económicas.¹⁵⁵

3.3. Clasificación de la colaboración público-privada. Una vez expuestas las características que toda forma de CPP debería tener para ser calificada como tal, siguiendo una vez más al Libro Verde [COM (2004)] se encuentra en él la distinción de dos formas en las que comúnmente se pueden encontrar a las CPP: a) como operaciones de CPP de tipo puramente contractual debido a que la colaboración entre los sectores público y privado se basa en vínculos exclusivamente convencionales, y b) como operaciones de CPP de tipo institucionalizado, que implican la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente (apartado 20).

Por su parte, RIDAO I MARTÍN¹⁵⁶ propone la clasificación de la diversidad de contratos públicos existentes en el ordenamiento español y que pueden ser incorporados bien sea dentro de la CPPC o de la CPPI. Dentro de la primera se puede identificar la concesión de obra pública, la concesión de servicio público, el contrato de colaboración pública privada, la concesión demanial, el derecho de superficie, la sociedades de economía mixta, y los contratos con sociedades y entes privados; y dentro de la CPPI se puede hallar también a las sociedades de economía mixta, además de los contratos con sociedades y entes públicos.

Por otro lado y sin perjuicio de lo anterior, hay quienes¹⁵⁷ consideran que para albergar contratos que respondan al concepto de colaboración o asociación público-privada, existen varias opciones en el ordenamiento jurídico español y distintas figuras contractuales que se

Diez Tesis sobre las Asociaciones Público-Privadas (APP) en nuestro régimen legal. Lima-Perú: Círculo de Derecho Administrativo, RDA 13: Asociaciones Público-Privadas, 2013; p. 23.

¹⁵⁵ Cfr. ACHA BESGA, Borja y DE ÁLVARO MONTERO, Ángel. *Análisis diacrónico de las formas de colaboración entre los Estados y el Sector Privado y, en particular, la colaboración público privada en el ámbito de Defensa.* En *La Colaboración Público Privada: análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual.* PALOMAR OLMEDA, Alberto (dir.) y DE ÁLVARO MONTERO, Ángel (coord.) España: Editorial Aranzadi, Thomson Reuters. Primera edición, 2011; p. 50.

¹⁵⁶ RIDAO, J. *Op. Cit.*; p. 44-45.

¹⁵⁷ GIMENO, J. *et al. Servicios públicos e ideología... Op. Cit.*, p. 61-62.

pueden resumir de manera preliminar en figuras como: a) el contrato de concesión de obra pública o de concesión de servicios, b) la colaboración público-privada institucionalizada instrumentada a través de una empresa pública gestora denominada como modelo de promotor público y considerada Asociación Público-Privada de naturaleza institucional, y c) las soluciones de corte patrimonial articuladas en torno al concepto del arrendamiento operativo y del derecho de superficie.

Aun así, con la distinción entre la CPP contractual y la CPP institucional, el Libro Verde [COM (2004)] busca plantear la eliminación de “los obstáculos que puedan dificultar la puesta en marcha de las operaciones de CPP” (apartado 19) basándose en la constatación de que las diversas prácticas de CPP que están en marcha en los Estados miembros se pueden vincular a dos grandes modelos, los cuales plantean cuestiones particulares en cuanto a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (apartado 20).

3.3.1. La colaboración público-privada contractual. A primera vista y en el sentido de cómo lo ha desarrollado el Libro Verde [COM (2004)], esta expresión “se refiere a una colaboración basada únicamente en vínculos contractuales entre las diferentes partes y que engloba combinaciones diversas que atribuyen una o varias tareas, de mayor o menor importancia, al socio privado y que incluyen el proyecto, la financiación, la realización, la renovación o la explotación de una obra o de un servicio” (apartado 21).

El mismo documento considera como uno de los modelos más conocidos con estas características el de la concesión, en donde el socio privado mantiene una relación con el usuario final puesto que el primero presta el servicio a la población en lugar de que lo haga el socio público directamente, aunque el privado lo haga bajo control de este último. Asimismo, en cuanto a la remuneración que recibirá el socio privado como contratista será en parte los cánones abonados por los usuarios del servicio que se habrán de completar con subvenciones concedidas por los poderes públicos (apartado 22).

En otros modelos de CPP contractual, en donde la tarea del socio privado consistirá en realizar y gestionar una infraestructura para la Administración Pública como un colegio, un hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte, el Libro Verde [COM (2004)] reconoce a la organización de tipo IFP que es un programa del gobierno británico que permite modernizar las infraestructuras públicas recurriendo a la financiación privada. La distinción con la concesión se notaría en la remuneración del socio privado que no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la obra o el servicio, sino de pagos periódicos

realizados por el socio público pudiendo ser pagos fijos o también pudiendo ser calculados de manera variable en función por ejemplo de la disponibilidad de la obra, de los servicios correspondientes o, incluso, de la frecuentación de la obra (apartado 23).

Por otro lado, en él se señala que una de las características peculiares en este tipo de CPP es que, como recientemente se han desarrollado en algunos Estados miembros de la Comunidad europea, determinadas prácticas tienden a otorgarle al sector privado la oportunidad de tomar la iniciativa en una operación de CPP por lo que los operadores económicos formulan una propuesta detallada de proyecto, de construcción y de gestión de infraestructura, a instancias de la administración, de acuerdo a cada caso (apartado 37).

Además, al tratarse de un tipo de CPP en donde el contrato y lo que en él se estipule es fundamental, el Libro Verde [COM (2004)] considera que el éxito de una operación de CPP dependerá en gran medida de lo completa que sea la normativa contractual del proyecto y de la óptima determinación de los elementos que van a regir su puesta en marcha resultando relevante la evaluación pertinente y el reparto adecuado de los riesgos entre los sectores público y privado en función de la capacidad de cada uno de ellos para asumir dichos riesgos, al mismo tiempo que es importante prever mecanismos que permitan evaluar periódicamente la actuación del titular de la CPP (apartado 45).

En este orden de ideas que plantea el Libro Verde [COM (2004)] y como bien lo señala DE ALVEAR TRENOR¹⁵⁸, conviene que exista *a priori* un contrato de colaboración entre el sector público y el privado, incorporándose tras él algunos contratos dependiendo del contenido final del CCPP, a saber: a) el contrato de construcción, b) el contrato de suministro, c) los contratos de operación y mantenimiento, y/u d) otros contratos que tuvieran que suscribirse para garantizar el adecuado funcionamiento de la estructura.

Por tanto, el estar ante una operación de CPP meramente contractual dependerá de la forma en la que se encuentra formada la colaboración entre las partes (el público y el privado), esto es que ambos se encuentren en una relación de desigualdad jurídica al ser uno de naturaleza pública y el otro, privado, pero que también exista entre ellos un vínculo contractual de por medio en el que se establezcan contratos que incluyan a las prestaciones, derechos y obligaciones con las que cada parte han de cumplir para así determinar los riesgos que habrán de ser asumidos por cada uno al ser la distribución de riesgos una de las principales características de las CPP.

¹⁵⁸ DE ALVEAR TRENOR, Inés. *Marco contractual de la colaboración público-privada. Algunas referencias a su idoneidad para programas de defensa y seguridad*. En PALOMAR, A. (dir.) y DE ÁLVARO, A. (coord.) *Op. Cit.*, p. 291-292.

Sin embargo, es preciso finalizar este punto considerando la postura que defiende ARIÑO ORTIZ¹⁵⁹ al señalar que una CPPC no sería fácilmente tipificable por la variedad que puede tener su objeto pues puede conducir a tipos muy distintos de relación. Es más, si se desea tomar como referencia el PPP anglosajón, este nace como una figura negocial abierta y no como un contrato tipificado legalmente necesitando ser perfilado y adecuado en cada caso concreto, es decir, en cada contrato que se tenga en frente.

3.3.2. La colaboración público-privada institucional. El Libro Verde [COM (2004)] determina que se da la institucionalización de la CPP cuando la operativa del proyecto conlleve a la creación de una entidad específica en la que participen ambos sectores de manera conjunta, la cual tendrá como misión garantizar la entrega de una obra o la prestación de un servicio de beneficio público, siendo una figura recurrente para la gestión de servicios públicos a escala local como por ejemplo, en el caso de los servicios de abastecimiento de agua o de recojo de residuos (apartado 53).

El Libro Verde [COM (2004)] reconoce que en esa cooperación directa entre los socios público y privado a través de una entidad con personalidad jurídica propia se permite que el socio público conserve un nivel de control relativamente elevado sobre el desarrollo de las operaciones que a lo largo del tiempo puede ir adaptando en función de las circunstancias, a través de su presencia en el accionariado y en los órganos de decisión de la entidad común permitiéndole al socio público desarrollar su experiencia propia en materia de explotación del servicio en cuestión, al tiempo que recurre a la ayuda de un socio privado (apartado 54).

Sin embargo, el mismo documento hace la distinción de dos medios por las cuales se pueden llevar a cabo una CPPI: a) a través de la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, los sectores público y privado, o, b) a través de la toma del control de una empresa pública existente por parte del sector privado (apartado 55). La primera de ellas se vería realizada en el funcionamiento de una entidad mixta (apartado 58) y la segunda, en la privatización de una empresa pública (apartado 65).

Del mismo modo que el Libro Verde [COM (2004)], la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada señala que en la práctica, la creación de una CPPI se plasma: a) en la creación de una nueva empresa cuyo capital

¹⁵⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *El contrato de colaboración público-privada*. XI Jornadas sobre Administración Local. España: Colegio de Secretarios e Inventores de Santa Cruz de Tenerife, Puerto de la Cruz, 8-10 de octubre de 2008; p. 8-10.

pertenece conjuntamente a la entidad adjudicadora y al socio privado y la adjudicación de un contrato público o de una concesión a esa entidad de capital mixto de nueva creación, o, b) en la participación de un socio privado en una empresa pública existente que ejecuta contratos públicos o concesiones obtenidos anteriormente en el marco de una relación interna.

Por otro lado, en opinión de MIGUEZ MACHO¹⁶⁰, “sólo si el convenio tuviese por objeto la creación de una entidad interadministrativa existiría propiamente colaboración institucionalizada”, lo que podría confundirse con los contratos de cooperación que se realizan entre entidades públicas.

Aun así, la CPPI sigue siendo una novedad dentro de un marco regulatorio ya existente de la CPP como cooperación entre el sector público y el privado que ofrece el Derecho Comunitario y sobre el cual la doctrina española ha desarrollado considerando que la forma que ellos tienen dentro de su ordenamiento jurídico como una CPPI es la sociedad de economía mixta en la que concurre capital público y privado.¹⁶¹

3.4. La problemática en torno a la colaboración público-privada. Siguiendo al Libro Verde [COM (2004)] como hasta ahora en el desarrollo de la CPP, este apunta que la CPP, por un lado, al ser la cooperación entre los sectores público y privado puede ofrecer ventajas microeconómicas al permitir realizar un proyecto con la mejor relación calidad/precio preservando los objetivos de interés público, pero por otro lado, no es posible presentar dicha operación como una solución milagrosa para el sector público en sus necesarias restricciones presupuestarias, por lo que la experiencia demuestra que es conveniente determinar para cada proyecto si la opción de colaboración ofrece una plusvalía real en relación con las demás posibilidades de contratación (apartado 5).

Es así que la CPP presenta tanto ventajas como desventajas. La ventaja, la misma que se ha subrayado a lo largo del trabajo es en cuanto a la ayuda que se recibe del privado para financiar grandes proyectos de inversión y de gran utilidad al interés general considerando que la CPP existe porque recoge un nuevo mercado en el que intervienen tres actores: las empresas, los consumidores y las Administraciones Públicas que si bien conservan funciones clásicas y vitales, tienden a ya no ser protagonistas en la producción de bienes y servicios.¹⁶²

¹⁶⁰ MIGUEZ, L. *Op. Cit.*; p. 172.

¹⁶¹ ALEMANY, J. En *La colaboración público-privada institucionalizada...* CAVALCANTI, B. y MATILLA, A. (coord.) *Op. Cit.*, p. 66.

¹⁶² MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo. *El significado actual del contrato de concesión de obras*. En *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*. MENÉNDEZ, A. (dir.) España: Thomson Reuters, Civitas 2010, segunda edición; p. 22.

Sin embargo, la desventaja inmediata que ello generaría es que sean muchas las formas en las que se llegue al mismo objetivo de compartir la financiación con el privado y que por ende este asuma también riesgos propios de la actividad por lo que el *quid* se encuentra en determinar de manera unánime qué formas de contratar con las que cuenta la Administración Pública pueden ser consideradas realmente como CPP.

3.4.1. El problema de identificación de la CPP. Considerando que el Libro Verde [COM (2004)] es un documento de carácter consultivo y no una norma que vincule jurídicamente a los Estados miembros de la Comunidad europea obligando a su cumplimiento, no hay unanimidad en ellos un concepto de CPP abriéndose paso a la coexistencia de diferentes posturas sobre qué contratos pueden ser incluidos dentro de ellos y que en muchos casos se resuelve señalando que dependerá del caso concreto.

Es así que JIMÉNEZ DÍAZ¹⁶³ considera que la CPP resulta ser nada más que “técnica contractual que permite a la Administración acordar con el sector privado la consecución de cualquiera de los objetos propios de los demás contratos cuando existan razones justificadas para ello”. Y, en lo que respecta a la LCSP, la misma que fue modificada por la Ley 9/2017 del 8 de noviembre, la primera incorporaba como figura contractual al CCPP que aún no encontraba asidero en las Directivas europeas sobre la materia generando una falta de delimitación de sus contornos imposibilitando así la determinación objetiva de una prestación que identifique al contrato desde un punto de vista objetivo dudándose por tanto que la CPP sea un verdadero contrato típico.¹⁶⁴ Sobre esto ya se ha señalado, cuando se afirmaba la postura de ARIÑO ORTIZ¹⁶⁵ referente a la inexistencia de una CPPC al no tener cabida dentro de una tipificación legal debido a la variedad de objeto y la forma que puede tomar de otros contratos tipificados para llevarse a cabo.

A la par de otros autores se encuentra VILLAR EZCURRA¹⁶⁶, quien califica al CCPP como un “mero envoltorio dentro del cual pueden aparecer contratos de gestión de servicios públicos, concesiones de obra o contratos de suministro” que sin embargo, el legislador ha

¹⁶³ JIMÉNEZ DÍAZ, A. *Técnicas contractuales de colaboración público-privada (II): el contrato de colaboración público-privada en la nueva Ley de contratos del Sector público*; p. 299. En *La colaboración público-privada en la Ley de contratos del Sector público. Aspectos administrativos y financieros*. DORREGO DE CARLOS y MARTÍNEZ VÁZQUEZ. Madrid-España: La Ley, 2009; p. 265-326. Citado por BERNAL BLAY, M. *Op. Cit.*, p. 124.

¹⁶⁴ BERNAL, M. *Ibidem*, p. 125.

¹⁶⁵ ARIÑO, G. *Op. Cit.*

¹⁶⁶ VILLAR EZCURRA, J. *El marco contractual adecuado para las concesiones de servicios urbanos de metro, metro ligero, tranvías y trenes ligeros*. Revista de Obras Públicas, p. 65. Citado por BERNAL BLAY, M. *Ibidem*, p. 124-125.

complicado las cosas al no existir en realidad un CCPP diferente a los restantes tipos contractuales preexistentes.

En ese sentido, GONZÁLEZ GARCÍA¹⁶⁷ reconoce a los CCPP como modelos para armar, cuya características serían la flexibilidad y el aporte de fórmulas imaginativas considerando además que el CCPP tiene elementos que resultan ser bastante indeterminados debido a la complejidad de las prestaciones que han de brindar los contratistas para la consecución de una finalidad que ya de por sí es dificultosa como la construcción de una red de infraestructuras, de manera que en los contratos será necesario que, la Administración y el contratista, ensamblen elementos aislados del ordenamiento jurídico referidos a otras figuras contractuales para configurar cada contrato en particular sujetándose a las necesidades de ambos, lo que resultaría en muchos casos siendo totalmente caótico.

En síntesis, en primer lugar, no podría hallarse un contrato especial de CPP, sino que bastaría con reunir características de estas, unas más importante que otras como la asunción de riesgos que es fundamental, para crear diversas formas en las que se puede presentar una CPP por lo que y en segundo lugar, la CPP no sería más allá de aquella cooperación que busca el sector público en el privado como inversor y contratista de grandes proyectos de inversión en los que por sí solo el Estado no puede desarrollar por ineficiencia tanto en financiación como en tecnología afirmándose que la CPP es una técnica contractual, un modelo para armar o un mero envoltorio de contratos, que se encuentra inmersa en la doctrina desarrollada en torno a las contrataciones estatales.

3.4.2. La CPP en el Perú. Frente a lo que muchos consideran que la CPP tiene orígenes en Inglaterra y que como modelo fue desarrollado por el Derecho comunitario que es lo que en mayor parte se encuentra el desarrollo de la CPP y como bien se ha tenido como fuente principal de lo que hasta aquí se ha expuesto, en el Perú lo cierto es que esta figura ya existía desde siglos antes que, aunque no siendo desarrollada por la doctrina ni la jurisprudencia pero sí existía dentro del uso cotidiano y que luego se introdujo en la normativa como aquella figura tradicional de la concesión¹⁶⁸ con la forma que hasta ahora se conoce y como bien se tiene por desarrollado en el primer capítulo de esta tesis a manera de antecedentes históricos.

Asimismo, en ese capítulo se hizo referencia a la Asociación Público-Privada como una novedad normativa peruana dentro de las contrataciones en los últimos años con la que se

¹⁶⁷ GONZÁLEZ, J. *Op. Cit.*, p. 21.

¹⁶⁸ BACA, V. y ORTEGA, E. *Op. Cit.*, p. 41.

pretende dar soluciones a problemas de inversión pública y poder realizar así grandes proyectos de inversión en infraestructuras en pos del interés general.

No obstante, si se analiza la Asociación Público-Privada dentro de un marco contractual podría encajar perfectamente en lo que se conoce en la doctrina del Derecho comunitario y anglosajón como la CPP o PPP coincidiendo en varios puntos, incluso en su problemática de la identificación optando por definirla como una técnica contractual, un modelo para armar o un mero envoltorio de otros contratos.

Aun así y retomando, a modo de cierre sobre lo que ha sucedido con la CPP en el Perú y conocer si se trata de una forma contractual normativamente reciente o ya antigua, lo que el primer párrafo de este punto señalaba respecto a que en el Perú la figura de la APP se puede rastrear desde siglos pasados como también se ha desarrollado en el capítulo anterior, es preciso añadir que existen pruebas para afirmar que en la época del virreinato existían APP institucionales, al menos para desarrollar la minería y las mitas.

Esto último se puede probar de lo que PIMIENTO ECHEVERRI¹⁶⁹ desarrolla sobre la teoría general de los bienes públicos, sobre todo cuando se explaya en precisiones preliminares respecto a Estado, propiedad y bienes de uso público partiendo de señalar que el rol del Estado de Derecho clásico era permitir a los particulares ejercer sus derechos sin una intervención fuerte, debiendo solo intervenir cuando esos derechos eran lesionados de cualquier manera por los otros ciudadanos.

Sin embargo, siguiendo al citado autor¹⁷⁰, la evolución de la sociedad llevó a las autoridades públicas a intervenir de manera directa en la creación de ciertas condiciones de vida de los ciudadanos al no ser suficiente que el Estado actúe como un simple árbitro, por lo que a partir de ello tendría a su cargo obligaciones positivas frente a los ciudadanos, de manera que ya no se hablaría más de policía, sino de gestión y de servicio público (en el Perú se necesitaba gestionar la actividad minera y las mitas que se crearon durante el virreinato en favor de la Corona española).

En ese sentido, como señala el autor¹⁷¹, en diferentes países, el usuario común de los bienes de uso público será considerado como titular de una libertad pública, un derecho fundamental, o bien, teniendo un simple interés frente a los mismos. Por su parte, el usuario privativo sería poco a poco considerado como un colaborador de la Administración, pero también como un inversionista pues su estabilidad se convertirá en un objetivo, por lo que

¹⁶⁹ PIMIENTO ECHEVERRI, Julián. *Derecho Administrativo de bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación, régimen jurídico*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2015; p. 17.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 17-19.

finalmente, el reconocimiento de la dimensión económica de los bienes de uso público permitiría una evolución en la concepción de las técnicas de gestión al resultar ser necesario no solo conservar sino también explotar aquellos bienes de uso público que vendría a ser, en el caso de la CPP, las infraestructuras.





Capítulo 3

Las concesiones y las Asociaciones Público-Privadas dentro del marco teórico de la colaboración público-privada

1. Breve revisión a la clasificación de los contratos públicos

Una vez delimitado en gran parte el concepto de colaboración público-privada en la doctrina comparada, corresponde conocer cómo existe la CPP en el ordenamiento jurídico peruano respecto a las contrataciones estatales considerando que se trata de un concepto común en la doctrina, resultando útil echar un vistazo a la clasificación de los contratos públicos en el Perú que plantea el profesor BACA ONETO.¹⁷²

En primer lugar, el citado autor distingue a los contratos de cooperación de los contratos de subordinación. Los primeros se celebran entre entidades públicas (estos no serán relevante su desarrollo para el tema que aquí se trata), mientras que los segundos se pueden celebrar entre dos Administraciones Públicas pero también entre una Administración Pública y un particular estando la Administración en una posición de superioridad jurídica respecto al particular o a otra Administración, según sea el caso.¹⁷³ Los contratos en donde participa la Administración Pública y el particular son los que aquí interesan.

Por otro lado, dentro de los contratos de subordinación se encuentran los contratos de compromiso y los contratos de intercambio caracterizados porque quien contrata con la Administración se obliga a una contraprestación. En los contratos de intercambio se hallan los acuerdos procedimentales o contratos sobre actos y potestades que incluye a los convenios urbanísticos y a los acuerdos o contratos prestacionales. En los acuerdos o contratos prestacionales se distinguen dos supuestos: las concesiones y los contratos de gestión patrimonial. En los primeros, la Administración distribuye bienes que son excluidos del comercio de los hombres, mientras que en los segundos, la Administración obtiene bienes o servicios o hace realizar trabajos mediante el pago de un precio.¹⁷⁴

Finalmente, BACA ONETO y ORTEGA SARCO¹⁷⁵ coinciden en incluir en los contratos de gestión patrimonial la tradicional clasificación de ZWALEN¹⁷⁶ de los contratos públicos, según la cual distingue entre los contratos de colaboración y los contratos de atribución,

¹⁷² BACA, V. *El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano*. Lima-Perú: Revista Ius et Veritas N° 48, julio 2014; p. 279-283.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 279-280.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 281-282.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 283; y BACA, V. y ORTEGA, E. *Op. Cit.*, p. 36.

¹⁷⁶ ZWAHLEN, H. *Le contrat de droit administratif*. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1958-II, p. 611a y ss. Citado por BACA ONETO, V. y ORTEGA SARCO, E. *Ibidem*.

caracterizando a los primeros porque la prestación de aquel servía para alcanzar el interés general como sucede en los contratos de gestión patrimonial como se puede apreciar en los contratos de obra y de servicios pero también sucede esto en los contratos de concesión.

En síntesis, existen los contratos prestacionales y dentro de ellos se hallan los contratos de gestión patrimonial, los mismos que pueden ser de colaboración como lo son los contratos de obra y los contratos de servicios que, aunque pueden tener el mismo objetivo, llegan a diferenciarse de los contratos de concesión que son una categoría separada de los contratos de gestión patrimonial sin que ambos dejen de ser contratos prestacionales. Por lo tanto, surge la duda sobre qué los diferencia si ambos llegan a tener aspectos de colaboración y se encuentran incluidos en los contratos prestacionales.

A ello se le suma la aparición de una novedad incorporada a las contrataciones en los últimos años conocida como la Asociación Público-Privada o bajo el acrónimo de APP que, al no incluirse en una de las categorías de contratos desarrollado en los párrafos precedentes trae a colación la duda del lugar donde entraría a tallar si también tiene aspectos de colaboración pero también está el antecedente en la doctrina de los contratos de CPP.

Es por ello que en el presente capítulo se tratará de resolver dichas cuestiones considerando lo que en el ordenamiento jurídico peruano se regula actualmente sobre la concesión y sobre la APP en relación a lo que la doctrina ha aportado sobre ello.

2. La concesión

Cada vez es menos frecuente que el Estado utilice sus propios recursos para brindar servicios y/o para invertir en la construcción y mantenimiento de infraestructuras a pesar de estar en la obligación de hacerlo, incluso sin la participación del mercado, mediante mecanismos de ejecución directa o mediante contratos de obra pública¹⁷⁷, considerando además que el fundamento de la intervención directa del Estado se encontraría en la condición de bienes públicos. Por ello, y como ya se ha explicado en el capítulo anterior cuando se explicaba acerca de la subsidiariedad y la participación del privado como colaborador del Estado, es que resulta justificable apartarse de la idea de que el papel del Estado es necesariamente la provisión directa de los servicios e infraestructuras, sino que debe el Estado

¹⁷⁷ TAMAMES, R. *Si el Estado ya no construye, podría preguntarse, entonces, ¿para qué está?* En *Estructura económica de España*. Vol. II. Madrid-España: 1973; p. 394-395. Citado por RUIZ OJEDA, A. *La concesión de obra pública*. Navarra-España: Editorial Aranzadi, 2006; p. 46. Citado por BACA ONETO, V. y ORTEGA SARCO, E. *Ibidem*, p. 35.

garantizar su existencia: así en el caso de los servicios públicos, el rol prestador del Estado había sido reemplazado por su papel de regulador.¹⁷⁸

Es por ello que, siendo la concesión una de esas formas en las que el Estado no presta servicios públicos o construye infraestructuras de manera directa, sino que se vale de un privado para hacerlo, es momento de iniciar su estudio, la misma que existe desde hace muchos años atrás considerándose así como una figura que presente en la práctica incluso antes de su regulación normativa y la cual puede llegar a ser muy amplia pero que se desarrollará en cuanto aquí interesa como forma de CPP.

Antes de pasar al desarrollo de la concesión, es preciso regresar al Capítulo 1 cuando se mencionaba las normas que se han ido dando en el Perú sobre APP encontrando el D. Leg. N° 1224 de setiembre de 2015 que derogaba parcialmente al TUO de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos aprobado por el D.S. N° 059-96-PCM, en adelante TUO de Concesiones. Sin embargo, y es donde cabe hacer hincapié, su uso ha continuado dentro de la práctica jurídica en el Perú ya que las APP y concesiones se utilizan para infraestructura y/o para servicios aunque ya incluidos a través de una categoría funcional llamada Proyectos, pero en el fondo de ese proyecto sigue versando en su objeto o bien sobre la construcción de una infraestructura, o bien sobre la prestación de un servicio.

2.1. Concepto de concesión. Al igual como se ha hecho con conceptos presentados anteriormente, es preciso partir en primer lugar de la definición que ofrece la RAE¹⁷⁹ sobre concesión, la misma que la define como aquel “negocio jurídico por el cual la Administración cede a una persona facultades de uso privativo de una pertenencia de dominio público o la gestión de un servicio público en plazo determinado bajo ciertas condiciones.”

En ese sentido, para el Libro Verde [COM (2004)] y con arreglo al Derecho comunitario derivado, la concesión será un contrato con las mismas características de un contrato público, es decir, que sea a título oneroso, celebrado por escrito entre un organismo adjudicador y un operador, que tenga por objeto la ejecución de obras, la realización de una obra o la prestación de un servicio; pero sumándole el hecho de que la contrapartida de las obras efectuadas o los servicios prestados consiste bien únicamente en el derecho a explotar la obra o el servicio o bien en dicho derecho acompañado de un precio (apartado 9).

¹⁷⁸ BACA, V. y ORTEGA, E. *Ibidem*.

¹⁷⁹ Diccionario de la Lengua Española: <https://dle.rae.es/> (Visitado el 06 de setiembre de 2019).

Por su parte, BÉJAR RIVERA¹⁸⁰ considera que “la concesión consiste en el acto administrativo mediante el cual se otorga a un particular, por un tiempo determinado, la posibilidad de prestar, en sustitución del Estado, un servicio público, o bien, aprovechar y explotar un bien para sí, cuya titularidad corresponde al Estado.” Esto se daría tomando en cuenta, como bien lo explica SANTOFIMIO GAMBOA¹⁸¹, que el Estado autónoma y discrecionalmente decide no asumir directamente la explotación económica, la prestación del servicio, o la ejecución de la obra trasladándola a particulares escindiendo de sus facultades como titular de bienes, servicios, o ejecutor de obras, las de explotación o gestión económica de los mismos, desprendiéndose de ellas en favor de terceros pero manteniendo su titularidad, control y vigilancia de manera que el particular obtendría, por esta vía, autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público.

En el Perú, aunque se nota el uso de la concesión desde tiempos antiguos, esta recién es definida en 1996 mediante el Reglamento del TUO de las normas con rango de ley que regulan entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, D.S. N° 060-96-PCM (en adelante Reglamento de Concesiones), el mismo que en su artículo 3° la entiende como el “acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos”.

Por su parte, el Reglamento del D. Leg. N° 1362 aprobado por el D.S. N° 240-2018-EF, en el que se desarrolla la APP, define en su artículo 5° a la concesión como “el acto administrativo por el cual las entidades públicas titulares de proyectos otorgan a un inversionista la ejecución y explotación de infraestructura pública o la prestación de servicios públicos, por un plazo determinado”.

En definitiva, se podría afirmar que la concesión tiene dos formas de ser y que pueden llegar a estar perfectamente vinculadas, estas son: como acto administrativo y como negocio jurídico (contrato) celebrado entre una Administración Pública y un privado que vendría a ser el contratista o actuará bajo la forma de un consorcio. La concesión como acto administrativo se refiere a la concesión entendida como el permiso necesario para ejercer una actividad con fines de exploración y explotación como por ejemplo sucede con la minería¹⁸².

¹⁸⁰ BÉJAR RIVERA, Luis. *La concesión en México*. En *Estudios Latinoamericanos...* CAVALCANTI, B. y MATILLA, A. (coord.) *Op. Cit.*, p. 22.

¹⁸¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. *El contrato de concesión de servicios públicos: reglas para su debida estructuración*. En *Ibidem*, p. 74.

¹⁸² *Vid.* BELAUNDE MOREYRA, M. *Derecho minero y concesión*. Lima-Perú: Editorial San Marcos, cuarta edición, 2011; p. 3, 70 y 260.

Expuesta la concesión desde esa perspectiva, se encontrará por ende en relación al otorgamiento de derechos respecto a los recursos naturales cuando existe un contrato del Estado que se convierte en el título habilitante específico que permite, mediante leyes sectoriales, “otorgar derechos de aprovechamiento privado como la explotación, la exploración, el uso, la venta, etc., de recursos que conforman el patrimonio de la nación”, dando lugar a distintas y conocidas concesiones como el contrato de concesión única de servicios de telecomunicaciones, contrato de concesión para la distribución de gas natural por ductos, contrato de concesión para el aprovechamiento de flora y fauna silvestre (concesiones de fines maderables, para otros productos forestales, de conservación, para ecoturismo, de fauna silvestre), incluso el contrato de concesión de patrimonio cultural de la nación para su aprovechamiento turístico sostenible.¹⁸³

Sin embargo, en esta tesis se desarrollará la concesión como el ser contrato que nace a partir de un acuerdo entre la Administración Pública que debe satisfacer una necesidad colectiva y el privado que pretende desarrollar, con ánimo de lucro propio de la actividad empresarial aunque limitado por el propio concedente, una actividad estatal¹⁸⁴ o bien que construya una infraestructura de interés general. Además, siguiendo a BACA ONETO y ORTEGA SARCO¹⁸⁵, esta presenta dos rasgos que la definirían: a) que exista un vínculo directo entre el concesionario y el usuario final del bien o servicio (que puede no ser la Administración concedente) y, b) que el concesionario obtenga su remuneración o al menos parte de ella del usuario final, ya sea directa o indirectamente.

Considerando esto último se puede resolver aquello que se planteaba en el punto anterior referido a los denominados contratos de colaboración que incluye a los contratos de gestión patrimonial como el contrato de obra y el de servicios públicos ya que estos se ejecutan con el fin de alcanzar el interés general, lo mismo que ocurre con el contrato de concesión. Sin embargo, así como la semejanza entre ellos es su carácter prestacional, la diferencia entre ellos se esboza en tanto que en los primeros, la Administración actúa como cliente y paga un precio para obtener del particular (empresario) la prestación principal¹⁸⁶ que definirá al contrato, de manera que la colaboración que en ellos se ejerce se nota en la sola realización de la obra o en la prestación del servicio. En cambio, la colaboración en la concesión se advierte en cuanto a que el privado asume riesgos propios de la obra y/o servicios prestados pero

¹⁸³ Cfr. AGUILERA B., Zita y MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Lima-Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017; p. 46.

¹⁸⁴ Cfr. GARRIDO FALLA, F. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen II, 11^o edición. Madrid-España: Tecnos, 2002; p. 93 y ss. Citado por BÉJAR RIVERA, L. *Op. Cit.*, p. 17.

¹⁸⁵ BACA, V. y ORTEGA, E. *Op. Cit.*, p. 42.

¹⁸⁶ BACA, V. *Op. Cit.*, p. 282.

también de algunos otros que no tengan que ver con ello pero que el privado empresario se encuentra en capacidad de asumirlo, sobre todo en la financiación de ellos ya que interviene un tercero que sería el usuario de la obra y/o servicio convirtiéndose en el beneficiario directo e inmediato¹⁸⁷, quien además contribuye en el pago de la remuneración del privado y ya no solo será la Administración quien lo asuma.

2.2. Las concesiones como CCPP. Del acápite anterior queda claro que existen varias formas de encontrar a la concesión pero a lo que aquí interesa es aquella concesión que tiene por objeto la prestación de un servicio público por el privado o la construcción de infraestructura con relevancia de interés general puesto que coincide en tanto con el objeto de la CPP como sucede en Reino Unido y en Francia, en donde la CPP se ha empleado como regla general para llevar a cabo obras públicas o la prestación de servicios públicos desarrollándose en sectores de salud, educación, ocio, tratamiento de residuos, transporte por carretera y por ferrocarril, de defensa, las telecomunicaciones, los servicios de emergencia y bomberos, alumbrado público o incluso las prisiones.¹⁸⁸

2.2.1. La concesión de obras públicas. Antes de iniciar, es preciso aclarar que se tratará indistintamente a la obra pública y a la infraestructura cuando se hable de la concesión de obras públicas, aunque en el capítulo anterior al hacer referencia a conceptos que estarían vinculados a la CPP se desarrolló en puntos diferentes la obra pública y la infraestructura. Ese tratamiento indistinto de ambos conceptos se deberá principalmente a que la norma peruana así lo refiere cuando en el artículo 3° del Reglamento de Concesiones señala como objeto de la concesión “la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura”, la misma que llega a ser necesario su uso frente a la carencia de la construcción y/o el mantenimiento de obras públicas, apareciendo la concesión como sistema de financiación privada¹⁸⁹, de manera que le sirve como instrumento para que la Administración avance en el desarrollo de obras e infraestructuras.¹⁹⁰

¹⁸⁷ BLANQUER, D. *El concepto de concesión de servicio público*. En *Los contratos del sector público*. Valencia-España: Tirant Lo Blanch, 2013; p. 922.

¹⁸⁸ MENÉNDEZ, A. en MENÉNDEZ, A. (dir.) *Op. Cit.*, p. 32 y 46.

¹⁸⁹ Cfr. FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael y MENÉNDEZ GARCÍA, Pablo. *Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública*. En *Ibidem*, p. 67.

¹⁹⁰ Cfr. BOMBILLAR SÁENZ, Francisco. *Contratos de obras, concesión de obras, concesión de servicios, servicios y contratos mixtos*. Segunda edición. En *Nociones básicas de contratación pública*. ARANA GARCÍA, Estanislao, et al. (dir.) VILLALBA PÉREZ, Francisca (coord.) Madrid-España: Editorial Tecnos, 2018; p. 121.

Siendo así, la concesión de obras públicas es considerada la figura tradicional y la que ha sido utilizada durante al menos los últimos siglos¹⁹¹, tanto así que hasta ahora sigue resultando útil para obtener financiación en pos de obras de carreteras y ejes viales conteniendo normalmente en el contrato la redacción del proyecto constructivo (anteproyecto de construcción y explotación de la obra y en el proyecto de trazado aprobados por la Administración), la construcción de la infraestructura, la explotación y conservación. Todo ello en base de las características relevantes de dicho contrato como son: i) la construcción y la financiación a riesgo y ventura del concesionario, y que, ii) los contratos deben incluir cláusulas de progreso tecnológico.¹⁹²

Sin embargo, al existir la *publicatio* (cuyas consecuencias inmediatas serían la atribución a los particulares de la construcción y explotación de la obra con finalidad comercial, esto es, con un fin de lucro debidamente adaptado al modelo concesional, garantizando por ende la publicidad y concurrencia, además de salvaguardar el interés general) determinadas obras de titularidad pública no pueden realizarse, como sí pudiera suceder con las obras de titularidad privada por la simple iniciativa o voluntad de los ciudadanos, por lo que habrán de ser programadas y proyectadas por la Administración, de manera que no podría pensarse en infraestructuras ferroviarias o carreteras, por ejemplo de uso público concebidas y ejecutadas por los particulares al margen de la decisión pública y ello porque la obra pública, como ya se ha desarrollado en el capítulo precedente, es el soporte instrumental por el cual se llegan a ejecutar actividades y servicios de interés general.¹⁹³

Ahora bien, la concesión de obra pública como concepto puede considerarse que, como señala MENÉNDEZ MENÉNDEZ¹⁹⁴, termina siendo una institución característica del Derecho económico puesto que hoy en día no solo se emplea para la construcción de una nueva obra pública o el transporte como sucede con las autopistas, ferrocarriles, puertos, aeropuertos, etc., sino que también suele incluirse en una concesión el mantenimiento de esa infraestructura o de otras ya construidas, además que no solo se utiliza para el tipo de obras mencionadas sino también para sectores en actividad como podría ser la construcción y/o mantenimiento de un hospital.

¹⁹¹ Vid. FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y MENÉNDEZ GARCÍA, P. en MENÉNDEZ, A. (dir.) *Op. Cit.*, p. 51 y ss. Citado por BACA ONETO, V. y ORTEGA SARCO, E. *Op. Cit.*, p. 41.

¹⁹² RIDAO, J. *Op. Cit.*, p. 46-47.

¹⁹³ SANZ GANDASEGUI, Francisco. *El concepto de contrato de concesión de obras públicas*. En MENÉNDEZ, A. (dir.) *Op. Cit.*, p. 117-118.

¹⁹⁴ RIDAO, J. *Op. Cit.*, p. 21.

Por su parte, RUIZ OJEDA¹⁹⁵ conceptualiza a la concesión como “un negocio relacional o asociativo por el cual se estructura un régimen de compartición de riesgos del proyecto entre las partes y en virtud del cual estas ponen en común dinero, bienes e industria para la realización de un fin y la compartición de beneficios”, sin que eso signifique que se trate de un contrato sinalagmático al no existir equivalencia de prestaciones¹⁹⁶, algo que no es posible encontrarlo en la contratación estatal considerando que, como parte del contrato está la Administración Pública y que esta actúa con ciertas prerrogativas frente a un privado.

En cuanto al objeto administrativo de la concesión de obras públicas, como bien señalan autores como BLANQUER CRIADO¹⁹⁷ y URUETA ROJAS¹⁹⁸, se puede explicar a partir de dos fases o etapas bien diferenciadas en ella: i) la construcción de un inmueble y la posterior conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y ii) la gestión del inmueble para explotarlo de forma rentable como sería el cobro de peaje a los viajeros que utilizan la autopista construida mediante concesión, por lo que este tipo de concesión resultaría ser una operación compleja y que por ello se diferenciaría de un contrato de obra que se limita a la sola ejecución de la obra contratada y cuya prestación consiste en un precio unitario¹⁹⁹ pagado por la Administración.

Asimismo, puede considerarse al sector de los transporte como el ámbito natural para la utilización de la concesión de obras públicas, pero que ya en la práctica concesional ofrece una gama de sectores y actividades respecto de las cuales se ha aplicado este modelo: desde las infraestructuras deportivas hasta las hospitalarias, incluso los complejos funerarios.²⁰⁰

Por tanto y a la vista de lo que hasta aquí se ha desarrollado, la finalidad u objetivo central de la concesión de obras públicas es dar entrada al sector público en la financiación de las obras públicas, lo que deviene en considerar a esta como un esquema de colaboración o participación público-privada en la provisión de infraestructuras públicas, siendo esto así la esencia clásica de una institución con años de vigencia en su uso.²⁰¹

¹⁹⁵ RUIZ, A. *La concesión de obra pública*. *Op. Cit.*; p. 264. Citado por MATTOS MENA, G. *Un estudio de las Asociaciones Público Privadas como mecanismo de colaboración público privada*. En *III Convención de Derecho Público UDEP*. GARCÍA RIVERA, Paola (coord.) Lima-Perú: Palestra Editores, 2016; p. 119.

¹⁹⁶ MATTOS, G. *Ibidem*.

¹⁹⁷ BLANQUER, D. *El contrato administrativo de concesión de obras públicas*. En *Los contratos del sector público*. *Op. Cit.*, p. 697.

¹⁹⁸ URUETA ROJAS, Juan Manuel. *El contrato de concesión de obras públicas*. Bogotá-Colombia: Editorial Universidad del Rosario, noviembre 2006; p. 34.

¹⁹⁹ T. R. FERNÁNDEZ, *Las obras públicas*. En RAP N° 100-103, vol. III, enero-diciembre 1983; p. 2462. Citado por FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y MENÉNDEZ GARCÍA, P. en MENÉNDEZ, A. (dir.) *Op. Cit.*, p. 88.

²⁰⁰ BERNAL, M. *Op. Cit.*, p. 76.

²⁰¹ MENÉNDEZ, A. en MENÉNDEZ, A. (dir.) *Ibidem*, p. 18.

Entonces, en relación a la CPP se puede ver cómo el contrato de concesión de obra pública pretende concretar la colaboración del sector privado en la construcción y explotación de obras públicas, las mismas que en la actualidad han pasado a concentrarse en la ejecución de redes infraestructuras en el sentido ya desarrollado en el capítulo anterior, buscando siempre un punto de equilibrio que permita salvaguardar el interés público con especial atención a los derechos del usuario, además del respeto a la seguridad jurídica y los legítimos intereses empresariales de quienes comprometen su capital en este tipo de proyectos²⁰², de manera que se ve también en ello la participación de tres actores dentro de este tipo de contrato: la Administración Pública concedente, la empresa concesionaria y el usuario o beneficiario de la obra que incluso interviene en el pago de ella como se ha visto líneas arriba cuando se hablaba de la concesión.

2.2.2. La concesión de servicios públicos. Es una de las modalidades y la más utilizada para llevar a cabo la gestión indirecta del servicio público²⁰³ que se encuentra frente a una gestión directa por la Administración o frente a una actividad de titularidad privada. En ella se les otorga un papel importante a los particulares para que sean ellos quien presten esa actividad pública pero sin que el Estado se despoje de la titularidad del servicio²⁰⁴ pues consiste en encomendar la gestión del servicio por la Administración titular a una empresa privada²⁰⁵, siendo esta una actividad de prestación existente al margen de toda actividad constructiva, es decir que no necesita de construir infraestructura alguna o que esta ya exista con anterioridad a dicha gestión.²⁰⁶

En España, a inicios del siglo XX, la concesión se había consolidado como la técnica más importante en la prestación de los servicios públicos.²⁰⁷ Algo similar ocurrió en el Perú durante estos años que, como se ha visto en el desarrollo del primer capítulo del presente

²⁰² SANZ, F. en MENÉNDEZ, A. (dir.) *Ibidem*, p. 103.

²⁰³ Por gestión indirecta, la Administración titular del servicio puede gestionarlo y prestarlo de forma indirecta o mediata, transfiriendo y encomendando estas funciones a un privado por medio de un contrato administrativo de gestión. Las modalidades más comunes son la concesión, el concierto y la gestión interesada. *Vid.* NAVARRO MEDAL, Karlos. *La concesión administrativa y otros modos de gestión de los servicios públicos*. En *Estudios Latinoamericanos...* CAVALCANTI, B. y MATILLA, A. (coord.) *Op. Cit.*, p. 45 y ss.

²⁰⁴ *Cfr.* SANZ RUBIALES, Íñigo. *Poder de autoridad y concesiones de servicios públicos locales*. Valladolid-España: Secretariado de publicaciones e intercambio editorial. Universidad de Valladolid, 2004; p. 47.

²⁰⁵ BUENO, A., *et al.* en REBOLLO, M. y VERA, D. (dir.) LÓPEZ, M. e IZQUIERDO, M. (coord.) *Op. Cit.*, p. 166.

²⁰⁶ T. R. FERNÁNDEZ. *Op. Cit.* Citado por FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y MENÉNDEZ GARCÍA, P. en MENÉNDEZ, A. (dir.) *Op. Cit.*, p. 88.

²⁰⁷ *Cfr.* HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco. *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*. España: Editorial Aranzadi, 2018; p. 54. Este autor realiza un estudio de la concesión de servicios públicos dentro del ordenamiento jurídico español en base a la modificación en la tipificación de los contratos públicos que se ha introducido con la Ley 9/2017.

trabajo, al lado del boom de la construcción de ferrocarriles, los servicios de agua potable, alumbrado público, telégrafo, entre otros, se expandían en su prestación aunque con ciertas dificultades que podía deberse a la falta de técnica en el uso de la concesión.

Es así que en los años 90, en el ordenamiento jurídico peruano se tiene el TUO de Concesiones que, en su artículo 3° admite el hecho que sea objeto de una concesión la prestación de servicios públicos, cuyo objeto de esta podría considerarse al otorgamiento de derechos para ejercer una actividad de interés general, que comúnmente se encuentra en manos del Estado, cuyo contenido económico lo haga susceptible de explotación por el empresario privado.²⁰⁸ Dicho ejercicio de la actividad debe ser conforme a un desarrollo profesionalizado y habitual de una empresa organizada consistente en la gestión de una compañía o persona jurídica dedicada a la explotación lucrativa de un servicio público asumiendo así el concesionario una obligación de resultado, por lo que este deberá cumplir con la efectiva prestación a los usuarios del servicio en las condiciones cuantitativas y cualitativas pactadas con la Administración Pública.²⁰⁹

Todo ello sin perjuicio de la existencia de normativa especial que regulan las concesiones servicios públicos enmarcados dentro de los sectores económicos como el caso de las telecomunicaciones (D.S. N° 013-93-TCC, TUO de la Ley de Telecomunicaciones) o las concesiones eléctricas (Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas).

Además, por su parte, el TC se ha referido a la concesión de servicios públicos cuando en una sentencia emitida por él conceptúa a los servicios públicos. En ella señala que “mediante la concesión se organiza de la manera más adecuada la prestación de un servicio público por un determinado tiempo, actuando el concesionario por su propia cuenta y riesgo, y su labor o prestación será retribuida con el pago que realizan los usuarios”.²¹⁰

Aun así y en el afán de llegar a un concepto sobre la concesión de servicios públicos, NAVARRO MEDAL²¹¹ la define partiendo de la concesión misma señalando que esta consiste en la transferencia al gestor indirecto (una persona física o jurídica) de la gestión de un servicio, asumiendo este el riesgo económico de la actividad concedida pudiendo comprender la construcción de una obra o instalación, el soporte físico del servicio a prestar o la pura gestión del servicio cuando este no exija obras de instalaciones. A lo que

²⁰⁸ PARADA, R. *Derecho administrativo I (Parte General)*. Decimoquinta edición. Madrid-España: Marcial Pons, 2004; p. 340. Citado por URUETA ROJAS, J. *Op. Cit.*, p. 31.

²⁰⁹ BLANQUER, D. *El concepto de concesión de servicio público*. En *Los contratos del sector público*. *Op. Cit.*, p. 919.

²¹⁰ Fundamento jurídico 41 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 005-2003-AI/TC, 3 de octubre de 2003.

²¹¹ NAVARRO, K. En *Estudios Latinoamericanos...* CAVALCANTI, B. y MATILLA, A. (coord.) *Op. Cit.*, p. 45.

SANTOFIMIO GAMBOA²¹² se le suma y llega a calificarla como un contrato pluricomprendido a través del cual el Estado, diseña para el interés público proyectos trascendentes como los de infraestructura. Sin embargo, al admitir ello se estaría hablando de la existencia de una concesión mixta tomando como base la concesión de servicios públicos, sin considerar que la concesión de obra pública es la figura más antigua en su uso como ya se ha señalado líneas arriba. De igual modo, sobre la concesión mixta se retomará en el punto que sigue.

Ahora bien, en cuanto a lo que aquí interesa conocer en relación con la CPP, la concesión de servicios públicos termina siendo una figura jurídica que se enmarca dentro de la colaboración²¹³ que brinda el sector privado al público y en tanto que por ejemplo, al igual que la concesión de obras públicas, intervienen tres actores en una concesión de servicios públicos siendo una relación trilateral, a saber: i) el concesionario que es un gestor de un negocio y quien prestará el servicio que sigue de titularidad de la Administración Pública, ii) el usuario que se beneficia de la prestación de manera directa a cambio del pago de una tarifa, y iii) la Administración titular del servicio y que por ello recae en él la responsabilidad de satisfacer el interés general pues sigue siendo garante de la correcta prestación del servicio público que realiza el concesionario en pos del usuario.²¹⁴

Finalmente, es preciso incidir en que todo lo desarrollado sobre la concesión de servicios públicos ha de ser entendido en el sentido de entender en lugar de servicio público al servicio público compartido puesto que hace referencia a las tareas y emprendimientos en ciertos sectores (salud por ejemplo) que pueden ser asumidas tanto por la Administración Pública como por ciertos privados, siendo esta la figura que se da en el ordenamiento jurídico peruano como ya se ha desarrollado en el capítulo anterior cuando se ha explicado la noción de servicios públicos.

2.2.3. La concesión mixta. La posibilidad de contratación mixta es propia del ordenamiento jurídico español, en donde se admite la posibilidad de existencia de contratos mixtos, los que reciben ese nombre en razón de que, como lo señalaba la LCSP y el posterior TRLCSP en el artículo 12° de ambas normas, lo que luego se vuelve a indicar lo mismo en el artículo 18° de la NLCSP, estos contienen “prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase.” Por tanto, una concesión puede ser de naturaleza mixta cuando por ejemplo, en

²¹² SANTOFIMIO, J. *El contrato de concesión de servicios públicos...* En *Ibidem*, p. 75.

²¹³ BLANQUER, D. *El concepto de concesión administrativa de servicios públicos.* En *La concesión de servicio público. Op. Cit.*, p. 179.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 220-221.

una sola se incluya prestaciones correspondientes a una obra pública y otras propias de los servicios públicos.

Sin embargo, hay autores²¹⁵ que consideran que la concesión de servicios públicos es distinta de la concesión de obras, aunque resulte usual que la concesión de servicio público vaya acompañada de la obligación de realizar ciertas obras. Sin embargo, la diferencia entre la concesión de obras y la concesión de servicio con obligación de realizar anteriormente a esta ciertas obras parte de que en la primera, la prestación fundamental consiste en la construcción y mantenimiento de la obra, mientras que en la segunda, la obra es solo instrumental y secundaria para prestar el servicio que es lo esencial, a pesar de que muchas veces la obra resulte necesaria para que el contratista preste el servicio público en óptimas condiciones.

Para BLANQUER CRIADO²¹⁶ también existe diferencia entre el contrato de concesión de obra y el contrato de gestión de un servicio público en el sentido de que el objeto del primero es la sola explotación o gestión económica de un inmueble de titularidad pública como sucedería en la concesión de obra de un hospital que no lleva aparejada en sí la prestación de los servicios médicos y sanitarios que seguirá siendo gestionada por la Administración Pública, aunque lo que sí podría pasar a manos de la gestión de otro privado es la limpieza del edificio, el servicio de lavandería o el de restauración o *catering*; similar ejemplo estaría en la concesión de obra pública de una cárcel: el contratista podrá intervenir en la conservación de las medidas de seguridad y de vigilancia del inmueble, pero no atribuirse potestades públicas propias de las autoridades penitenciarias sobre el régimen de internamiento o rehabilitación social de los reos. Además, la diferencia entre ambas se advierte en tanto que en la concesión de servicio público existe el contacto directo entre el usuario del servicio y el concesionario, lo que no sucede necesariamente en el contrato de concesión de obra pública.

No obstante e incluso BLANQUER CRIADO²¹⁷ también llega a afirmar, además que así se reconoce en la NLCSP como se ha mencionado líneas arriba, que existe la concesión de obra pública de naturaleza mixta que se da bajo un criterio de combinación de prestaciones en tanto que en ese contrato participarían los regímenes jurídicos del contrato de obra y el de la concesión de servicios públicos aun cuando se encuentran plenamente identificados y

²¹⁵ BUENO, A., *et al.* en REBOLLO, M. y VERA, D. (dir.) LÓPEZ, M. e IZQUIERDO, M. (coord.) *Op. Cit.*, p. 168.

²¹⁶ BLANQUER, D. *El contrato administrativo de concesión de obras públicas*. En *Los contratos del sector público*. *Op. Cit.*, p. 701-702.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 703.

separados en dos etapas contractuales diferentes²¹⁸, de manera que deberá construirse una infraestructura para que, en base a ella, se preste el servicio público encomendado.

Por su parte, y retomando la idea de que el contrato base es el de la concesión de obras públicas, BERNAL BLAY²¹⁹ también considera que la concesión de obras públicas debería ser calificada como un contrato mixto de obra y gestión de servicio público, en el que las prestaciones de los dos contratos se realizan sucesivamente pero sin llegar a coexistir entendiendo así que la naturaleza mixta del contrato de concesión de obras públicas se debe a que la explotación de la obra construida comporta una actividad prestacional pero ello mismo traería la duda de que “toda actividad de este tipo constituya un servicio público en sentido estricto.”²²⁰ Por ello y como lo reitera la norma, se atenderá “al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.”²²¹

Así la NLCSP española ha dispuesto ciertos parámetros para construir este tipo de contratos mixtos dentro de un modelo concesional, a saber en el artículo 18º de la norma se establece que cuando el contrato mixto contenga prestaciones de los contratos de obras, suministros o servicios por una parte, y contratos de concesiones de obra o concesiones de servicios de otra, se actuará del siguiente modo: i) si las distintas prestaciones no son separables se atenderá al carácter de la prestación principal, o, ii) si las distintas prestaciones son separables y se decide adjudicar un contrato único, se aplicarán las normas relativas a los contratos de obras, suministros o servicios cuando el valor estimado de las prestaciones correspondientes a estos contratos supere las cuantías establecidas por ley. En otro caso, se aplicarán las normas relativas a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios.

No obstante, GÓMEZ-FERRER²²² considera, lo único que el legislador ha logrado con ello es que se “esta concesión sea una concesión traslativa mixta de obra y de servicio con distinción entre la fase de ejecución y explotación”, de manera que, como podría verse en el caso de una autopista, “el usuario no recibe el resultado de una actividad sino simplemente recibe el beneficio que le supone la utilización de un bien de dominio público de uso general predominando así la utilización de la obra y no de una actividad.”

²¹⁸ URUETA, J. *Op. Cit.*, p. 33-34.

²¹⁹ BERNAL, M. *Op. Cit.*, p. 80-81.

²²⁰ FERNÁNDEZ MONTALVO, R. *Art. 7. Contrato de concesión de obras públicas*. En *Comentarios a la legislación de contratación pública*. JIMÉNEZ APARICIO (coord.) España: Aranzadi, Cizur Menor, 2009; p. 277. Citado por BERNAL BLAY, M. *Ibidem*, p. 81.

²²¹ LAZO VITORIA, X. *Los contratos mixtos*. En RAP 179, 2009, p.143-165. Citada por BERNAL BLAY, M. *Ibidem*.

²²² GÓMEZ-FERRER MORANT, R. *En torno a la ley de autopistas de peaje*. Revista de Administración Pública N° 68, p. 325 y ss. Citado por SANZ GANDASEGUI, F. en MENÉNDEZ, A. (dir.) *Op. Cit.*, p. 118-119.

Sobre esa misma idea llega a convencerse BLANQUER CRIADO²²³ cuando señala que el hecho que la concesión de obras públicas haya perdido importancia, haría pensar que dentro del objeto contrato de concesión de servicios se incluye una fase de originario establecimiento o implantación del servicio que exigiría la ejecución de unas obras de infraestructura que resultarían necesarias para la prestación de este, a la que le seguiría un fase posterior de explotación o gestión del servicio público, aunque esto podría verse particularmente en el suministro de agua potable pues después de construir la red de abastecimiento, se explota el servicio, pero esto no se manifiesta cuando se trata de un servicio de transporte por ejemplo, en la que el contrato se reduce a la gestión del servicio dejando al margen la infraestructura que resulta precisa y necesaria para la prestación. Por lo que será necesario distinguir la prestación de servicios públicos de la simple explotación del dominio público que se da en la concesión de obras públicas.

Por tanto, se habrá de entender como también concluye BERNAL BLAY²²⁴ que, en los contratos de concesión de obras públicas, la adición de otras prestaciones complementarias o accesorias y así las denomina MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ²²⁵, la que vendría a ser la explotación de la obra que en realidad será una consecuencia de facto de la configuración del contrato, en concreto, de la fórmula de retribución del contratista/concesionario que consiste en el reconocimiento del derecho de explotación de la obra. Incluso, el mismo autor considera que el único contrato de concesión que siempre ha existido es el de obras públicas, cuyo contenido ha estado sujeto siempre a una evolución histórico-normativa, de manera que el contrato de concesión de servicios termina siendo una figura contractual que surge “junto a” o “al lado de” la concesión de obras públicas, la misma que BERNAL BLAY²²⁶ denomina como una de las técnicas “paraconcesionales”, sobre lo que se volverá más adelante.

En el Perú, no existe en la LCE alusión alguna a regular un contrato mixto pero sí se encuentra en el artículo 3° del TUO de Concesiones que se habla de que “la concesión de obra implica la explotación del servicio”, y luego en el artículo 3° del Reglamento de Concesiones también se encuentra una aproximación a lo que podría tratarse como una concesión mixta en el sentido de que señala que “la explotación de la obra o la prestación del servicio comprende”, entre otras, “la prestación del servicio básico y los servicios complementarios

²²³ BLANQUER, D. *La diversidad de concesiones administrativas*. En *La concesión de servicio público*. *Op. Cit.*, p. 78-79.

²²⁴ BERNAL, M. *Op. Cit.*, p. 84.

²²⁵ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. *El contrato de obras públicas ante el Derecho comunitario*. En *Contratación Pública, Jornadas de Valladolid, 27-29 de enero de 1993*. España-Madrid: Marcial Pons, 1996; p. 207-208. Citado por BERNAL BLAY, M. *Ibidem*.

²²⁶ BERNAL, M. *Ibidem*, p. 87.

para los que fue entregada la concesión”, de manera que puede suceder que una obra lleve consigo, como parte de la explotación de ella, la prestación de servicios convirtiéndose en una concesión de servicios públicos.

Por ello, la concesión mixta surge a partir de considerar como base a la concesión de obra pública dejando de lado aquellas propuestas vistas en el punto anterior que consideraban llegar a una definición de concesión en base a la concesión de servicios públicos llegando incluso a otorgarle elementos que solo originaría confundírsele y dando pie a entender una concesión mixta a partir de la concesión de servicios públicos, lo cual no es posible.

Además, hablar de contratos de concesión mixta sería posible solo en la medida en que se refiera ella teóricamente pues en la práctica sucede lo siguiente: o es que existe una concesión de servicios públicos donde prevalece una prestación que necesite de la construcción de una obra de manera previa para ejecutarla; o es que existe una concesión de obra pública, en la que la se preste un servicio determinado pero que no termina siendo otra cosa que la explotación de la obra construida. De allí que sea necesario analizar qué contrato se tiene en frente para determinar la prestación principal y con ella el régimen jurídico aplicable.

3. La Asociación Público-Privada

Como ya se ha mencionado anteriormente, la adopción de Asociación Público-Privada, en adelante APP, fue propia del ordenamiento jurídico peruano en un intento por regular la CPP o PPP adoptada en ordenamientos jurídicos extranjeros, dejando de lado lo que se tenía acerca de la concesión y que, como ya se ha dejado en claro, es la forma contractual más antigua que existe dentro de las contrataciones estatales.

Bajo esas circunstancias es que surge así en mayo de 2008 el D. Leg. N° 1012 por el que se aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, que tras varias modificaciones, en julio de 2018 se promulga el D. Leg. N° 1362 por el que se regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público-Privadas y proyectos en activos. En base a estas dos normas se desarrollará el tema de las APP puesto que la primera de ellas significa el origen de la APP dentro del ordenamiento jurídico peruano y la última es la reciente modificación que se ha tenido respecto a ello derogando a las anteriores teniendo en cuenta además que los cambios podrían considerarse como mínimos.

3.1. Concepto de APP. Como ya se ha adelantado, hablar de APP es propio del ordenamiento jurídico peruano en tanto que así es como se le conoce en el Perú de manera

que es preciso conocer dentro de este marco normativo qué se entiende por APP y cómo ha de ser la mejor manera de concebirla reconociendo a la vez sus limitaciones o deficiencias que ella misma muestra.

Un concepto base de APP, si es que se le quiere considerar, se le encuentra en el D. Leg. N° 1012 que señalaba en su artículo 3° que serán APP todas aquellas “modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública, proveer servicios públicos y/o prestar los servicios vinculados a estos que requiera brindar el Estado, así como desarrollar proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica”.

Este concepto se mantuvo vigente en el D. Leg. N° 1224 que fue derogado por la actual norma del D. Leg. N° 1362, aunque con algunas diferencias en cuanto a la redacción y también añadidos como se puede notar que en este último en su artículo 20° se especifica dentro de la definición que se da que dichas modalidades de participación de la inversión privada se habrán de constituir “mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados”; además de señalar que las APP se podrán originar “por iniciativa estatal o por iniciativa privada.”

En ese sentido y como bien llega a señalar HUAPAYA TAPIA²²⁷, la APP es un régimen legal que, sobre la base de diferentes contratos públicos de colaboración entre el Estado y los particulares, busca aprovechar mejor la participación conjunta en la gestión de infraestructura para el desarrollo, de manera además que “dicho marco legal es un vehículo de procedimientos, metodologías y establecimiento de pautas orientativas”, es decir que, como se encuentra recogida en el ordenamiento peruano “es un marco normativo que fija grandes pautas para la realización de APP.”

El mismo autor, junto a VERGARAY D'ARRIGO²²⁸, consideran que la APP alude a acuerdos de cooperación que a su vez harán referencia “a una serie de relaciones entre el sector privado y público, generalmente de tipo contractual, que se establecen para el desarrollo de infraestructura pública y que se materializan en relaciones jurídicas por la cuales se reconoce que ambas partes tienen ciertas ventajas para asumir determinadas tareas”, las mismas que tenderán a ser realizables a largo plazo.

²²⁷ HUAPAYA, R. *Diez Tesis... Op. Cit.*, p. 19.

²²⁸ HUAPAYA, R. y VERGARAY D'ARRIGO, Giuliana. *Algunos apuntes en relación con la “participación público-privada” y su vinculación con el derecho administrativo y la inversión en infraestructura y servicios públicos*. Lima-Perú: Revista del Círculo de Derecho Administrativo N° 3, p. 105.

Por su parte, FELICES SAAVEDRA²²⁹ define a la PPP como los “modelos de inversión que asocian a los sectores públicos y privados en la provisión de infraestructura pública o en la prestación de servicios públicos”, ampliando así una acepción restrictiva del término que hace pensar que PPP “se refiere únicamente a ciertas clases de proyectos de infraestructura que cuentan con un cofinanciamiento público y privado.”

Por último, AGUILERA B. y MORÓN URBINA²³⁰ se refieren a la APP como un concepto sin un *numerus clausus*, es decir, sin una tipología, de manera que será “una categoría abierta de acuerdos” que puedan darse entre el sector público y el privado, lo que llevará a comprender en ella “una amplia variedad de contratos en los cuales se incorpora la participación de la inversión privada mediante su experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objetivo de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública, proveer servicios o prestar los servicios vinculados a estos que requiera brindar el Estado.”

En resumen, 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, lo que llevaría a concluir que la APP es lo que se definía anteriormente como CPP, es decir que una APP será considerada como una técnica contractual que necesita de otros contratos para existir o como mero envoltorio en el que se halla una serie de modalidades contractuales preexistentes en el ordenamiento jurídico que tienen como característica en común la intervención del sector privado como colaborador de la Administración Pública considerando que, como bien señala FELICES SAAVEDRA²³¹, el privado se encuentra en mejor posición que el Estado para realizar eficientemente ciertas tareas debido a las ventajas que tiene en el acceso a la innovación, a mayores y mejores fuentes de financiamiento, a tecnología más avanzada y a una capacidad gerencial mejor desarrollada.

Además, la necesidad de la APP de definirse considerando la técnica de otros contratos se halla en el Reglamento del D. Leg. N° 1362 cuando en su artículo 29° apartado 29.1 incluye en su definición que “la titularidad de las inversiones desarrolladas pueden mantenerse, revertirse o ser transferidas al Estado, según la naturaleza y alcances del proyecto y a lo dispuesto en el respectivo contrato”. Esto se complementa con el artículo 20° apartado 20.1

²²⁹ FELICES SAAVEDRA, Enrique. *Asociaciones Público-Privadas para el financiamiento de infraestructura: el nuevo rostro del Project Finance*. Lima-Perú: Revista de Derecho Themis 50, 2005; p. 140-141. Desarrolla a la PPP como figura contractual propia de Reino Unido y esta la considera como sinónimo de APP, de ahí que las trate indistintamente teniendo en cuenta además que la publicación que él hace data de 2005, cuando aún no se encontraba regulada la APP dentro del ordenamiento jurídico peruano.

²³⁰ AGUILERA, Z. y MORÓN, J. *Op. Cit.*, p. 47-48.

²³¹ FELICES, E. *Op. Cit.*, p. 145.

del D. Leg. N° 1362 que determina que las APP se construyen mediante contratos de largo plazo, con lo cual se deduce que será necesario de otros contratos para constituir una APP.

3.2. Características de la APP. Ya se ha señalado las semejanzas de la CPP a la APP y por ende sería posible que ambas compartan las mismas características desarrolladas en el capítulo anterior, por lo que será necesario volver a analizarlos pero buscando rasgos específicos que delimiten a la APP dentro del ordenamiento jurídico peruano.

Antes de continuar, cabe señalar que las características presentes en una APP que serán expuestas en los que sigue son solo orientativas, en el sentido de ser una ayuda para entender cuándo es que se aplica una APP²³², de manera que lo que aquí se ha tratado es resumir en tres características generales, es decir, a grandes rasgos, entre todas las que los distintos autores consideran como propias de la APP. Estas serán: i) que el objeto de una APP sea variable, ii) que la relación establecida entre las partes en una APP sea de larga en el tiempo, y iii) que exista una distribución de riesgos.

3.2.1. El objeto es variable. Si se habla de una APP, no hay un objeto específico como si sucede en las concesiones ya vistas, sino que este se determinará de acuerdo al contrato específico que se realice, esto es que pueda ser que se busque construir una infraestructura, el prestar un servicio público o incluso en algunos casos la combinación de ambos.

En cuanto a la normativa, se encuentra el artículo 4° del D.S. N° 127-2014-EF, Reglamento del D. Leg. N° 1012, se establecía que la APP podía comprender bajo su ámbito, “la infraestructura pública en general, incluyendo redes viales, aeropuertos, puertos, plataformas logísticas, la infraestructura urbana y de recreación, la infraestructura penitenciaria, de riego, de salud y de educación; los servicios públicos como los de telecomunicaciones, de energía y alumbrado, de agua y saneamiento, u otros de interés social, relacionados a la salud y el ambiente, como el tratamiento y procesamiento de desechos, la educación, los proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica, entre otros. Asimismo, puede incluir la prestación de servicios vinculados a la infraestructura, como sistemas de recaudación de peajes y tarifas, y otros servicios públicos que requiera brindar el Estado.” En ello se puede identificar lo que normalmente sería objeto de una concesión.

En ese sentido, también el reciente D. Leg. N° 1362 señala en su artículo 20° apartado 20.2 y así lo remarca el artículo 29° apartado 29.2 en su Reglamento que, por medio de APP

²³² Cfr. HARMAN VARGAS, Diego, *et al. Aspectos teóricos y prácticos de las asociaciones público-privadas en el Perú*. MARAVÍ SUMAR, Milagros (coord.) Lima-Perú: ECB Ediciones, 2012; p. 27.

se podrán desarrollar “proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o innovación tecnológica”.

Con todo ello, queda claro que no existe un solo objeto que sea de una APP sino que hay una diversidad, incluso cabe la combinación de ellos como ya se había mencionado líneas arriba. Adicionalmente, será también necesario que el Estado por su parte determine anticipadamente los fines o resultados esperados de la ejecución de una APP (*output*), así como que el privado tendrá la obligación de encontrar los medios que resulten ser los más eficientes para alcanzar dichos resultados exigidos por el Estado (*input*).²³³ Y además, el contrato que se suscriba deberá contener delimitados con claridad los papeles que le habrán de corresponder a cada una de las partes.²³⁴

3.2.2. De larga duración. Al igual que la CPP, la APP en el Perú también se trata de una relación entre el sector público y el privado a largo plazo debido a la complejidad misma de una APP considerando que pueden coexistir en un mismo proyecto más de un objeto, en tanto que estos proyectos suelen estar diseñados para durar en el tiempo de manera estable como sucedería durante la construcción y operación rentable de una infraestructura, para lo cual requieren de una financiación que habrá de ser compleja, en la que participa esencialmente el empresario privado que colabora con la Administración.²³⁵

Además, otro motivo por el cual la relación entre ambas partes suelen ser duradera a lo largo del tiempo porque el sector público le exige al colaborador privado de la relación un nivel considerable en los servicios que este habrá de brindar incluyendo así características de desempeño cualitativo y cuantitativo en tanto que se le exigirá un resultado deseado de producción y a desempeños específicos, aunque el establecer los medios para lograr dichos resultados le corresponderá al privado.²³⁶

En ese sentido, la complejidad y las exigencias que habría de cumplir el proyecto realizado mediante una APP, que originan la necesidad de que la relación entre las partes sea larga en el tiempo, se debe a los objetivos que una APP debe cumplir como son²³⁷ algunas de ellas:

²³³ FELICES, E. *Op. Cit.*, p. 144.

²³⁴ HARMAN, D., *et al.* en MARAVÍ, M. (coord.) *Op. Cit.*, p. 26.

²³⁵ *Vid.* GONZÁLEZ, J. *Op. Cit.*, p. 25. Citado por HUAPAYA, R. y VERGARAY, G. *Op. Cit.*, p. 108-109.

²³⁶ *Cfr.* RONCEROS NECIOSUP, Miguel Ángel. *Concesiones cofinanciadas y PPPS*. Lima-Perú: Revista de Derecho Themis 50, 2006; p. 234.

²³⁷ ARIÑO, G. *Op. Cit.*, p. 5-7.

- La construcción y explotación de nuevas y complejas infraestructuras de transporte como puertos, aeropuertos o centros intercambiadores de transporte, que requieren importante inversión a largo plazo.
- Grandes instalaciones hospitalarias con toda clase de prestaciones.
- Proyectos ferroviarios de alta velocidad con acceso al centro de las ciudades y conexión con otros medios de transporte.
- Ciudades universitarias con unidades residenciales, aulas, laboratorios, instalaciones deportivas y servicios varios para los estudiantes.
- Proyectos de investigación, desarrollo e innovación en determinados sectores de actividad.
- Diseño, instalación, mantenimiento y gestión de un sistema completo de comunicaciones informáticas para una Administración Pública o de telecomunicaciones avanzadas.
- Proyectos de rehabilitación urbana de las ciudades.
- Desarrollo e implementación de un plan de transporte urbano.
- Construcción de un sistema integrado de abastecimiento y depuración de aguas para una gran ciudad, con aguas superficiales, subterráneas y de ser el caso que sea desaladas.

Para finalizar, la larga duración de una APP se advierte en el ordenamiento jurídico peruano cuando en el artículo 20° apartado 20.2 del D. Leg. N° 1362 y en el artículo 29° apartado 29.2 de su Reglamento se señala que, por medio de APP se podrán desarrollar “proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o innovación tecnológica”, lo que significa que el objeto sobre el que puede versar una APP al ser variable y extenso, será necesario que la relación entre las partes se prolongue en el tiempo.

Además, la misma norma del D. Leg. N° 1362 señala en su artículo 20° apartado 20.1 y en el artículo 29° apartado 29.1 de su Reglamento que las APP se llevan a cabo mediante contratos de largo plazo (considerando lo ya se ha señalado al conceptualizar a la APP como la técnica contractual que necesitará de otros contratos para existir tomando la forma de ellos), y luego en el artículo 38° apartado 38.1 del Reglamento señala que el plazo de vigencia de los contratos que se suscriban bajo la modalidad de APP siendo esta contada a partir de la fecha de su suscripción no debiendo superar los 60 años.

3.2.3. Distribución de riesgos. Esta característica parte de la idea de que en una APP lo principal que se nota es la asociación de capitales públicos y privados durante ese largo plazo que se ha mencionado con el fin de obtener un óptimo resultado en la infraestructura y/o en los servicios públicos, aportando cada uno sus cualidades para afrontar los riesgos que se presenten en el camino considerando quien se encuentra en mejor posición para asumirlos a un menor costo.²³⁸

En otras palabras, la asociación de ambos participantes tendrá por objetivo que cada uno de ellos aporte y usen sus mejores capacidades, destrezas, conocimientos y recursos disponibles en beneficio del proyecto a ese menor costo que sería lo conocido como “Valor por Dinero”. Todo ello se manifiesta en el mismo contrato que se suscribe en la distribución de riesgos que se establece entre ambas partes, la misma que se hará de manera colaborativa en pos de la existencia de un interés mutuo y un compromiso unívoco del sector público con el privado hacia el éxito del proyecto.²³⁹

Así es posible notar la distribución de riesgos cuando el Estado establece los estándares mínimos de calidad a ser cumplidos por el agente privado asumiendo este el riesgo de diseño, para lo cual decidirá los activos y procesos que utilizará para la provisión del servicios en las condiciones que el Estado ha establecido previamente en uso de sus prerrogativas como tal.²⁴⁰

La “Asignación adecuada de riesgos” y el “Valor por Dinero” se hallan como principios que han de tenerse en cuenta en todas las etapas vinculadas a la provisión de infraestructura y/o prestación de servicios públicos cuando se adopte una APP para ello siendo por tanto aplicables a ellas²⁴¹. El primero de ellos, en el artículo 5° del D. Leg. N° 1012 y luego en el artículo 4° del D. Leg. N° 1362, estando este último vigente señalando así que por medio este principio “deberá existir una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de manera que sean asignados a aquella parte con mayor capacidad para administrarlos, considerando el perfil de riesgos del proyecto.”

Finalmente, sobre el principio del Valor por Dinero, primero el D. Leg. N° 1012 en su artículo 5° lo señalaba como el principio que habrá de establecer que un servicio público debe ser suministrado por aquel privado que pueda ofrecer una mayor calidad a un determinado costo o los mismos resultados de calidad a un menor costo buscando maximizar la satisfacción de los usuarios del servicio así como la optimización del valor del dinero proveniente de los recursos públicos. Pero luego en el artículo 4° del D. Leg. 1362 se

²³⁸ FELICES, E. *Op. Cit.*

²³⁹ RONCEROS, M. *Op. Cit.*

²⁴⁰ HARMAN, D., *et al.* en MARAVÍ, M. (coord.) *Op. Cit.*

²⁴¹ *Cfr.* introducción del artículo 5° D. Leg. 1012 y del artículo 4 apartado 4.2 del D. Leg. N° 1362.

resumiría señalando que dicho principio se ha de respetar en todas las fases de los proyectos de APP considerando que “las entidades públicas titulares de proyectos buscan la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios.”

3.3. Clasificación de la APP. Se pueden distinguir dos formas de clasificar a la APP: la primera de ellas definida por la forma en la que se materializa la APP que llega a ser similar a la forma en que clasifica la CPP (la contractual y la institucional), lo que en APP pasará a denominarse de tipo colaborativo y de tipo asociativo; y la segunda clasificación por la forma de financiamiento que se desprende de la normativa peruana sobre APP que señala en el D. Leg. 1362 en su artículo 22° y en el artículo 30° de su Reglamento que las APP han de ser autofinanciadas y cofinanciadas.

3.3.1. Por la forma en que se materializa la APP. Como se ha mencionado en el párrafo precedente, existe una clasificación de las APP que distingue las de tipo colaborativo de las de tipo asociativo como así se refiere HUAPAYA TAPIA y VERGARAY D'ARRIGO²⁴², quienes señalan que esta es la clasificación que más se cumple y se ha sido utilizada por la doctrina latinoamericana. Así, la APP de tipo colaborativo o también conocida como modalidad cooperativa hace referencia a aquellas modalidades en las cuales el sector público celebra contratos con el sector privado para el diseño, construcción, operación, gestión, mantenimiento, reparación, entre otros, de obras, servicios o infraestructuras públicas.

En ese sentido, si se dice que será APP de tipo colaborativo cuando se celebren contratos, HUAPAYA TAPIA²⁴³ hace hincapié por otro lado que “una APP puede tomar cualquier forma contractual” considerando que de por sí misma la APP en el Perú resulta ser un contrato atípico como ya se ha señalado líneas en tanto que no hay normas que regulen la forma específica que debe tomar un contrato de APP para que sea válido.

En cambio, a diferencia de ese tipo colaborativo de APP, existen las APP de tipo asociativo en las que en estas el sector público no es adquirente de los servicios o infraestructuras que realiza el privado por encargo de él sino que pasarán a ser socios generalmente materializada en la creación de una sociedad, cuyo objeto exclusivo será el desarrollo y mantenimiento de una infraestructura, obra o servicios en beneficio del público.²⁴⁴

²⁴² HUAPAYA, R. y VERGARAY, G. *Op. Cit.*, p. 109.

²⁴³ HUAPAYA, R. *Diez Tesis... Op. Cit.*, p. 20.

²⁴⁴ HUAPAYA, R. y VERGARAY, G. *Op. Cit.*

A modo de ejemplificar estos dos tipos de APP dentro del ordenamiento jurídico peruano, se puede considerar como una APP de tipo colaborativo a la concesión, ya sea de obra pública, de servicios públicos o incluso su forma mixta combinando los objetos de ambas; y como APP de tipo asociativo podría considerarse las otras formas en las que, si bien no se forma una sociedad de economía mixta como sucede en el ordenamiento español, cabe calificarlas como contratos en los que el público no participa solo como parte de un contrato sino como un socio, a saber: el *joint venture*²⁴⁵, asociación en participación²⁴⁶, entre otras, las mismas que son figuras propias del Derecho Mercantil pero que en este trabajo no serán materia de estudio, salvo su mención como formas que adopta la Administración Pública en sus contrataciones.

3.3.2. Por la forma de financiamiento. Otra forma de clasificar a las APP es la que ofrece la normativa peruana a lo largo de su regulación sobre APP. Así, en el reciente D. Leg. 1362 en su artículo 22° y en el artículo 30° de su Reglamento se hallan las APP autofinanciadas y cofinanciadas. Las primeras según lo señala el D. Leg. N° 1362 “son aquellas con capacidad propia de generación de ingresos que no requieren cofinanciamiento y que cumplen las siguientes condiciones: a) demanda mínima o nula de garantía financiera por parte del Estado, b) las garantías no financieras²⁴⁷ tienen una probabilidad nula o mínima de demandar cofinanciamiento”, de manera que podrán considerarse por ser APP de rápida gestión y procedimiento que aparentemente no demandarían significativamente recursos del Estado.²⁴⁸

Por su parte, en el mismo D. Leg. se señala que las APP cofinanciadas “son aquellas que requieren cofinanciamiento²⁴⁹, u otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tienen probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento”,

²⁴⁵ Desde un punto de vista jurídico-mercantil, existe una clasificación de esta considerada la más importante al distinguir dos modalidades: a) la *joint-venture corporation*, a veces denominada sociedad conjunta, y 2) el *unincorporated joint venture*, o simple empresa conjunta. Vid. ZEGARRA MULÁNOVICH, A. *Notas de contratos mercantiles (Derecho Mercantil IV)*. Perú: Universidad de Piura, julio 2017; p. 260.

²⁴⁶ El artículo 440° de la Ley General de Sociedades la define como “el contrato por el cual una persona, denominada asociante, concede a otra u otras personas, denominadas asociados, una participación en el resultado o en las utilidades de uno o de varios negocios o empresas del asociante, a cambio de determinada contribución”.

²⁴⁷ Se ha de entender por garantías no financieras aquellas estipulaciones en el contrato derivados de riesgos propios de una APP como la garantía de ingreso mínimo, la cobertura de tasa de interés, la garantía por tipo de cambio, entre otras. Vid. HARMAN VARGAS, D., et al. en MARAVÍ, M. (coord.) *Op. Cit.*, p. 62.

²⁴⁸ HUAPAYA, R. *Diez Tesis... Op. Cit.*, p. 21.

²⁴⁹ Art. 31° del Reglamento del D. Leg. N° 1362. Cofinanciamiento en cualquier pago que utiliza fondos públicos, total o parcialmente, a cargo de la entidad pública titular del proyecto para cubrir las obligaciones establecidas en el respectivo Contrato (...) incluye sin limitarse, a los recursos ordinarios, recursos provenientes de operaciones oficiales de crédito, recursos determinados así como recursos directamente recaudados, tales como arbitrios, tasas, contribuciones, multas.

es decir que este tipo de proyectos demandarán con alta probabilidad de los recursos del Estado sujetándose por tanto a una mayor evaluación y requisitos procedimentales.²⁵⁰



²⁵⁰ HUAPAYA, R. *Diez Tesis... Op. Cit.*

Capítulo 4

La realidad de la Asociación Público-Privada dentro del ordenamiento jurídico peruano

Si el principal problema que se halla de las contrataciones estatales en el Perú se debe a la tan dispersa regulación que termina complicando la correcta aplicación de ella, no es para menos que lo mismo suceda con respecto a lo que se tiene en el Perú como CPP, muestra de ello son las constantes modificaciones que se han dado en cuanto a la regulación de APP desde el año 2008 cuando se dio la primera norma sobre ella con el D. Leg. N° 1012.

Es así que este capítulo desarrollará la APP en el Perú normativamente, que tantas deficiencias se le puede encontrar como por ejemplo el que necesite de otros contratos para aplicarse puesto que, como ya se ha adelantado en el capítulo anterior, la APP se trata de una técnica contractual o un mero envoltorio de otras formas contractuales, además que puede llegarse a ser similar con la concesión cofinanciada cuando también se tiene una APP de tipo cofinanciada.

1. Las modalidades de APP

El reciente D. Leg. N° 1362, en su Reglamento en el artículo 29° apartado 29.4 se señala que, “de manera enunciativa, las APP pueden implementarse a través de contratos de concesión, operación y mantenimiento, gerencia, así como cualquier otra modalidad permitida por la normativa vigente.” Así, cabe remitirse primero al TUO de Concesiones que en el artículo 2° establece que “la modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos es la concesión.”

Además, cabe la remisión a la LMPID en su artículo 6° cuando señala las modalidades de participación de la inversión privada en proyectos públicos, a saber: venta en activos, concesión, asociación en participación, contrato de gerencia, *joint venture*²⁵¹, especialización de servicios (*outsourcing*)²⁵² y otras permitidas por ley.

Las mismas modalidades de concretar una APP en el Perú son reconocidas por ProInversión cuando afirma que “las APP se ejecutan bajo la modalidad de concesión, operación, gerencia, *joint venture* u otra permitida por la ley”²⁵³, lo que puede llegar a verse

²⁵¹ Es una fórmula propia de los PFI son de origen británico, en los cuales el coste derivado de la ejecución del proyecto se financia parcialmente con fondos públicos y con los ingresos que se obtienen por la gestión del servicio o infraestructura. *Vid.* MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. en MENÉNDEZ, A. (dir.) *Op. Cit.*, p. 31.

²⁵² Hace alusión a la contratación de servicios terceros por parte de una empresa que se produce en aquellos casos en los que una empresa contrata a otra para que desarrolle actividades complementarias a la de su actividad o dedicación principal para así mejorar los servicios, incidir en la especialización empresarial y el ahorro de tiempo, además de evitar una fuerte inversión en el capital social. *Vid.* [economiasimple.net https://www.economiasimple.net/glosario/outsourcing](https://www.economiasimple.net/glosario/outsourcing) (Consultada el 22 de octubre de 2019).

²⁵³ Las APP en el Perú, en Portal institucional de ProInversión:

como una exhaustiva regulación sobre lo mismo cuando ya existe desde el año 2003, tiempo atrás de la aparición de la primera norma respecto a las APP, con la LMPID y su Reglamento “el reconocimiento de una modalidad general de contratos de participación de la inversión privada que no se limitan a la concesión.”²⁵⁴

Por ello y a excepción de la concesión, de la que se tratará en el siguiente punto, podría considerárseles a las demás modalidades mencionadas como “modernos mecanismos de la APP con el objetivo de compartir espacios de beneficio y riesgo entre el particular y el Estado para obtener a prestación de mejores servicios públicos e infraestructura en beneficio de la sociedad”²⁵⁵, sin perjuicio de hacer la salvedad de que, a pesar de que el Estado las ha acogido para realizar contrataciones con el inversionista privado en proyectos públicos, se tratan de figuras contractuales propias del Derecho Mercantil y que como tales no corresponde hacer su estudio en la presente tesis que limita al tema de las APP y las concesiones.

2. Similitudes entre la concesión y la APP en la normativa peruana como expresiones de la CPP del Derecho comunitario

La concesión al ser “una institución clásica del Derecho Público que tiene como fundamento la necesidad de articular la contribución de los recursos privados a la creación de infraestructuras mediante una retribución equitativa del esfuerzo empresarial”²⁵⁶, además que como señala el TUO de Concesiones en su artículo 2°, es “la modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos”, corresponde que sea estudiada aquí considerando también que es la modalidad por la que se concreta una APP con la que incluso comparte rasgos en común, las mismas que pueden ser analizadas y comparadas encontrando similitudes desde las cuatro características de la CPP que se establecían en el Capítulo 2.

2.1. La duración del contrato. En el mencionado capítulo se decía que la CPP tiene una duración a largo plazo debido a la complejidad que esta implica, sucediendo así en el ordenamiento peruano por un lado se halla el contrato de concesión que, según el TUO de Concesiones en su artículo 16°, el plazo de vigencia de la concesión otorgada será el que se

<https://www.proyectosapp.pe/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?are=0&prf=2&jer=5902&sec=22>
(Consultado el 23 de setiembre de 2019).

²⁵⁴ BACA, V. y ORTEGA, E. *Op. Cit.*, p. 45.

²⁵⁵ HUAPAYA, R. *Diez Tesis... Op. Cit.*, p. 19.

²⁵⁶ *Vid.* DE ANDRÉS GUIJARRO, F. y HERRERO PRIETO, A. *Contrato de concesión de Obra Pública: análisis de su actual regulación*. Revista Jurídica de Castilla y León N° 3, p. 79 y 87. Citado por MÉNDEZ VÁSQUEZ, D. *El fideicomiso en los contratos de obras o infraestructuras públicas*. En BECERRA, A. y CASTILLO, L. (coord.) *Op. Cit.*; p. 156-157.

indique en el respectivo contrato, no excediendo este a los 60 años contados a partir de la fecha en que se celebró el contrato; y por otro lado se encuentra el Reglamento del D. Leg. N° 1362 en el que se señala en el artículo 38° apartado 38.1 que “el plazo de vigencia de los contratos de APP se cuenta a partir de la fecha de suscripción y no debe superar los 60 años.”

Así, se podrá afirmar que al otorgarse la concesión por un largo periodo y siendo en este caso la figura que le daría forma a la APP considerando su naturaleza jurídica de ser una técnica contractual, por ende, esta última tendría que también ser otorgada por una duración prolongada en el tiempo.

Además, puede verse una primera característica de la CPP que comparte tanto la concesión como la APP considerando la complejidad que podría ser vista en el procedimiento o cuando se trata de utilizar la forma cofinanciada para llevar a cabo un proyecto de infraestructura puesto que al demandar recursos del Estado será necesario que se realice una mayor evaluación y a la par se incrementen los requisitos procedimentales.²⁵⁷

Sin embargo, si bien eso se podría decir que es la complejidad que conlleva antes de iniciado el proyecto, también se logra percibir la complejidad en el mismo desarrollo del proyecto puesto que, por lo general, se trata de grandes obras o proyectos que van más de una arquitectura tradicional y que por ende se opta por realizarlo por medio de una concesión o de una APP que hace necesaria que la relación entre las partes permanezca por un amplio periodo de tiempo, pero sin que llegue a tener el carácter de ser perpetua puesto que no implica la privatización del servicio que mantiene su titularidad pública.

Por otro lado y como sucede en el caso de la concesión de servicios públicos, se exige para la prestación de este que el privado realice importantes inversiones, las mismas que para amortizarlas y rentabilizar hará falta un amplio espacio de tiempo, lo que en cuestiones financieras vendría a significar que, para que la Administración llegue a devolver al concesionario el préstamo realizado, será necesario que la concesión mantenga vigencia por un suficiente y prolongado tiempo.²⁵⁸

Un ejemplo de una concesión a largo plazo dada en el Perú es el contrato de concesión de del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez suscrita en agosto del año 2000 otorgándosele por el plazo de 30 años a *Lima Airport Partners* (LAP) y en el que se otorgaba al concesionario,

²⁵⁷ HUAPAYA, R. *Diez Tesis... Op. Cit.*, p. 21.

²⁵⁸ BLANQUER, D. *El concepto de concesión administrativa de servicios públicos*. En *La concesión de servicio público*. *Op. Cit.*, p. 234.

entre otras obligaciones, la operación del Aeropuerto, la prestación de los servicios aeroportuarios y de aquellos servicios de aeronavegación.²⁵⁹

Y siguiendo la línea en materia de aeroportuaria, en APP se tiene el ejemplo del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco, suscrita en junio de 2014 con la Sociedad Concesionaria Aeroportuaria *Kuntur Wasi S.A.*, en el que se estipula mediante la Cláusula Segunda apartado 2.3 que la modalidad bajo la cual se otorga la concesión es cofinanciada por el Estado, siendo esta una APP, el mismo que, como señala la Cláusula Cuarta apartado 4.1, se otorga por 40 años, salvo se resuelva anticipadamente o se prorrogue conforme lo señala mismo contrato.²⁶⁰

2.2. La financiación compartida. En el Perú sucedió, como ya se ha explicado a mayor detalle en el Capítulo 1, que en la década de los 90 se expandió el fenómeno de las privatizaciones generado por la crisis que acaecía en el país durante esos años, lo que llevó a que en esos años se originara por la regulación de las concesiones mediante el TUO de Concesiones y su Reglamento, y más adelante de las APP originándose en el D. Leg. N° 1012 hasta el D. Leg. N° 1362 promulgado en el 2018, lo cual llegó a ser una novedad dentro del ordenamiento jurídico peruano.

Respecto a la concesión, siguiendo lo que considera BLANQUER CRIADO²⁶¹, esta es una fórmula jurídica que sirve para financiar al Estado, aliviándolo de una inversión que se externaliza al sector privado evitando así el coste social que implicaría la demora en la ejecución de una infraestructura o equipamiento público hasta que se disponga de recursos presupuestarios suficientes para pagarlas.

Así también, en una concesión cuando toca referirse a la retribución que el concesionario habrá de recibir por la ejecución de la obra o por la prestación del servicio público, en ocasiones puede suceder que la Administración no le realice ningún pago al privado y que el funcionamiento de la obra o la prestación del servicio no conlleven gasto alguno para el

²⁵⁹ Vid. Contrato de concesión de del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez suscrito en Lima-Perú, agosto 2000: <https://portal.mtc.gob.pe/transportes/concesiones/documentos/contratos/CONTRATO-AJCH.pdf> (Consultado el 2 de octubre de 2019).

²⁶⁰ Vid. Contrato de concesión del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco, junio 2014: https://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/2/JER/PC_AEROPUERTO_CHINCHERO/CONTRATO_AEROPUERTO_CHINCHERO_CUSCO.pdf (Visitado el 2 de octubre de 2019).

²⁶¹ BLANQUER, D. *La diversidad de concesiones administrativas*. En *La concesión de servicio público*. Op. Cit., p. 76.

presupuesto público. Sin embargo, habrá ocasiones en donde la Administración asumirá parte del coste de la construcción de una obra o la prestación del servicio fijándosele una tarifa.²⁶²

En el Perú, ocurre exactamente lo mismo en cuanto a la finalidad de la concesión descrita en el párrafo precedente, además que en el TUO de Concesiones en el artículo 14° literal c) se recoge que puede darse una concesión cofinanciada por el Estado, la que ha de consistir en “una entrega inicial durante la etapa de construcción o con entregas en la etapa de la explotación, reintegrables o no”, es decir, se requerirá que el Estado otorgue aportes que permitan cubrir como mínimo parcialmente los costos de construcción, operación y/o mantenimiento del proyecto que por sí solo no resulta completamente rentable para justificar la inversión privada en su 100%, de manera que el sector privado tendría así un incentivo para ejecutar dicho proyecto.²⁶³

Respecto de la APP, esta también tiene una forma cofinanciada contemplada en el artículo 22° numeral 1 del D. Leg. N° 1362 y en el artículo 30° de su Reglamento, es decir, en la que, al igual que la concesión cofinanciada, el Estado interviene económicamente como ocurre en el mencionado ejemplo del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco, en el que se ve que la modalidad de ejecución es una concesión cofinanciada pero que, como el mismo contrato lo señala, esta a su vez que se desarrolla tomando en cuenta además lo que se norma regula como APP cofinanciada considerando así lo que señala el artículo 31° del citado Reglamento sobre APP.

En esa perspectiva, se puede apreciar la promoción de la APP a través de concesiones cofinanciadas, las mismas que necesitan ser reglamentadas en detalle pero sin llegar a la sobre-regulación o a una regulación ineficiente, además de una debida capacitación sobre ella a los diferentes organismos estatales al ser una parte importante en el desarrollo efectivo de proyectos bajo esta modalidad.²⁶⁴

Sin embargo, en ambos tipos de proyectos, autosostenibles o cofinanciados, se demanda un interés o preocupación de Estado considerando que, siguiendo a HUAPAYA TAPIA²⁶⁵, un proyecto de APP es en el fondo uno de inversión pública en el sentido de que involucra por lo menos potencialmente recursos del Estado, además que, siendo la provisión de servicios públicos e infraestructura, que son comúnmente objeto de los contratos firmados bajo APP, la responsabilidad primaria del Estado, el hecho que exista un privado que los lleve a cabo no

²⁶² BLANQUER, D. *El régimen jurídico de la concesión de servicio público*. En *Los contratos del sector público*. Op. Cit., p. 1027.

²⁶³ Cfr. ZUÑIGA, Laura. *El diseño legal de las concesiones cofinanciadas en el Perú*. Lima-Perú: Revista del Círculo de Derecho Administrativo N° 16, 2016; p. 109.

²⁶⁴ RONCEROS, M. Op. Cit., p. 236.

²⁶⁵ HUAPAYA, R. *Diez Tesis... Op. Cit.*

habrá de significar que el Estado se desentienda de dicha responsabilidad, por lo que habrá de participar siempre activamente en él.

2.3. La participación del privado como colaborador. La figura de un privado siempre ha estado presente cuando se trata de Derecho Administrativo, incluyendo el supuesto cuando el privado obtiene un título habilitante para desarrollar una actividad que, anteriormente, se encuentra regulada como actividades vinculadas al interés general o económico y del interés propio de los bienes sobre los que puede recaer esa habilitación al privado como podría suceder con las concesiones permitidas por leyes sectoriales, lo que vendría a ser más una gestión de los bienes públicos.²⁶⁶

Sin embargo, subrayando lo señalado en el Capítulo 3 cuando se delimitaba el concepto de concesión que en este trabajo resulta relevante, la concesión será aquel contrato que nace entre la Administración Pública obligado a satisfacer una necesidad colectiva y el privado que pretende desarrollar una actividad estatal²⁶⁷ o bien que construya una infraestructura de interés general, de manera que el privado, a diferencia del primer caso descrito en el párrafo precedente donde sobre él recae un título habilitante para realizar una actividad; actuará como parte de un acuerdo que viene a ser un contrato suscrito con la Administración Pública, en el que no solo se comprometerá a ejecutar una obra o prestar un servicio determinado sino que además responderá por su mantenimiento, ejecución y todo lo adicional que ello implique puesto que se ha de tratar de un proyecto de mayor complejidad.

Esto último se habrá de ver cumplido aun cuando se está frente al desarrollo de la modalidad cofinanciada que es propia tanto en la concesión como en la APP como ya se ha mencionado líneas arriba, a la que se le reconoce como aquella forma en la que el Estado también interviene económicamente en un proyecto de inversión debido a diversas razones como por ejemplo que el proyecto no sea tan económica rentable como ya se ha señalado al hablar de la financiación compartida, en el que baste con la sola inversión por parte del privado, a diferencia de cómo sucede generalmente en los demás contratos que suscribe con la Administración Pública.

Por ende, se puede apreciar una coparticipación de ambos sectores generada por el cofinanciamiento que puede darse cuando el proyecto así lo requiera, el mismo que ha sido desarrollado a su vez por el artículo 31° del Reglamento del D. Leg. N° 1362 y en el artículo 30° cuando admite que puede darse la forma cofinanciada en una APP y así ha sucedido en la

²⁶⁶ PIMIENTO, J. *Op. Cit.*, p. 384.

²⁶⁷ GARRIDO, F. *Op. Cit.* Citado por BÉJAR RIVERA, L. *Op. Cit.*

suscripción del Contrato de concesión del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco, de manera que se verifica la posibilidad de realizar una APP bajo la modalidad de concesión cofinanciada.

Por tanto, en la concesión y en la APP, se encuentra presente la figura de un privado como un colaborador de la Administración Pública debido a que es no solo participa de la inversión sino también del proyecto mismo como su diseño, la elaboración de estudios, entre otros; y más aún cuando se está frente a una forma cofinanciada que, como admite en el artículo 32° de la misma norma referida en el párrafo precedente, existe la posibilidad de cambio en la clasificación de los proyectos y así poder determinar que un proyecto autofinanciado se convierta en un proyecto cofinanciado.

2.4. La distribución de riesgos. Este punto llevará a referirse al riesgo y ventura en las contrataciones que, como ya se ha adelantado en el Capítulo 2 siguiendo al Libro Verde [COM (2004)] sobre la CPP, le corresponde asumir al privado riesgos que propios de la actividad empresarial que este realiza pero también, en este tipo de contratos, asumirá riesgos que normalmente le corresponderían al Estado asumir derivados del propio funcionamiento de la infraestructura que ha ejecutado o del servicio que se le ha encomendado prestar.

Esta característica podría considerarse como la más importante de la CPP y por ende las concesiones y APP puesto que podría en ella resumirse las tres características anteriores partiendo de la complejidad del proyecto del que se trata, de manera que al asumirse mayores riesgos será necesario una relación que permanezca en el tiempo por un largo periodo, en la misma donde habrá que compartirse el financiamiento entre ambas partes del dicho contrato y visto así el privado actuará como un colaborador del sector público encontrándose en ello también la asunción de riesgos de acuerdo a la capacidad de cada una de las partes.

Ahora bien, el principio del riesgo y ventura, considerando al primero como una contingencia o la proximidad de un daño que podría devenir de la ejecución de la obra y/o servicio público, y a la segunda expresa que algo se expone a un mal o a un bien²⁶⁸; y estos son comunes en la contratación privada como en la administrativa y este aplicado en el desarrollo de una concesión vendría a ser de la siguiente manera: primero se tiene el elemento estructural como objeto que será la obra pública o la prestación de un determinado servicio, cuya financiación y explotación corresponderá al concesionario, lo que llevará a que este asuma el compromiso de ejecutar y explotar la obra o prestar el servicio público generándole

²⁶⁸ GARCÍA ALCORTA, José. *La ejecución de las obras*. En MENÉNDEZ, A. (dir.) *Op. Cit.*, p. 196.

el llamado riesgo concesional, que son los peligros, a la par de la ventura que ha de conllevar la ejecución del contrato.²⁶⁹

Para el empresario concesionario, la retribución que le habrá de corresponder será el otorgamiento del derecho exclusivo de explotación de infraestructura construida asumiendo así el contratista el riesgo y ventura de la obra, además de que por la construcción de la obra recibirá el pago efectuado por los usuarios al usar la infraestructura²⁷⁰, por lo que el privado recompensará así su inversión y obtendrá un beneficio por los resultados obtenidos de la explotación de la obra²⁷¹ o la prestación del servicio, cual sea el caso considerando así que el riesgo y ventura significa que el concesionario dependerá en gran parte de los ingresos que se obtengan por las tarifas que se establezcan de cobro a los usuarios al utilizar las infraestructuras²⁷² o el servicio público que se brinda y así lo habilita el artículo 13° del TUO de Concesiones cuando señala que el concesionario podrá “cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de inversiones”.

Finalmente, es preciso ver cómo el riesgo y ventura se encuentran presentes en la forma cofinanciada bajo la que puede realizarse una concesión o una APP, la cual podrá considerarse su uso, como lo señala el artículo 15° del TUO de Concesiones, dependiendo de “la necesidad de la obra y del servicio, su rentabilidad, la amortización de sus costos y de los gastos de conservación y de explotación”, además de ser reconocido como principio que habrá de regir a las APP conforme al artículo 4° del D. Leg. N° 1362 apartado 4.2 numeral 2 cuando señala que se habrá de cumplir con una adecuada distribución de riesgos, la misma que se ha de efectuar “entre las partes, de manera que sean asignados a aquella parte con mayor capacidad para administrarlos, considerando el perfil de riesgos del proyecto.”

En definitiva, esta característica sobre la distribución de los riesgos llega a ser esencial en el sentido de que, en primer lugar, distingue y hace la diferencia entre tener un contrato que se realiza por él mismo (que sea autosostenible) o que necesite del privado para realizarse en las mejores condiciones. Y si se opta por esta segunda opción, se habrá de tener en cuenta siempre que los riesgos han de existir en todo proyecto de inversión pero que de manera compartida en proyectos donde tanto el sector público como el privado participan (cofinanciamiento), es preciso que, como indica la norma, estos se distribuyan entre ambas partes teniendo en consideración la capacidad de cada uno para asumirlos, no existiendo así una regla general y más bien dependiendo de cada proyecto, aunque sí de manera general

²⁶⁹ SANZ, F. en MENÉNDEZ, A. (dir.) *Op. Cit.*, p. 124-125.

²⁷⁰ MÉNDEZ, D. *Op. Cit.*, p. 157.

²⁷¹ SANZ, F. en MENÉNDEZ, A. (dir.) *Op. Cit.*, p. 125.

²⁷² *Ibidem*, p. 127.

podría establecerse que el empresario soporte el riesgo y ventura de la operación misma que desarrolla, mientras que la Administración asuma los riesgos derivados de los cambios de las coyunturas políticas y económicas.²⁷³

3. La correcta aplicación de la Asociación Público-Privada

De todo lo desarrollado hasta aquí se puede apreciar que existe una evidente incorrecta aplicación de la APP o es que esta ha sido mal planteada desde sus inicios en la normativa generando confusión entre los operadores jurídicos, aun cuando en la normativa peruana existan matices que hagan pensar que la APP se trata de una técnica contractual como su puede advertir en el D. Leg. N° 1362 en el artículo 21° apartado 21.1 que da a entender que existen contratos (haciendo alusión a figuras contractuales como la concesión) que se celebran para desarrollar un contrato y que ello se dará bajo la modalidad de APP; y luego en el artículo 29° apartado 29.1 del Reglamento del D. Leg. N° 1362 que lleva a entender que la APP se habrá de desarrollar de acuerdo a la naturaleza y alcances del proyecto, es decir que si el proyecto tiene forma y objeto de una concesión, lo que una concesión conlleve ha de ser tomado en cuenta para efectuar la APP en el caso concreto.

Por ello, en lo que se seguirá en este apartado es necesario que se continúe delimitando lo que en la normativa peruana se entiende por APP y así llegar a un concepto sobre ella y que, si fuera el caso, lleve a darle un tratamiento jurídico dentro del ordenamiento peruano, lo que podría ir llevando a una solución viable al problema de regulación tan dispersa que se tiene actualmente sobre las contrataciones estatales.

3.1. Las técnicas paraconcesionales. Para entender de donde nacen las llamadas técnicas paraconcesionales por BERNAL BLAY²⁷⁴ se habrá de partir de la idea que el mismo autor plantea al señalar que el contrato de concesión de obras públicas es la fórmula más antigua para llevar a cabo proyectos de inversión y sucede que a lo largo de su evolución histórica-normativa ha llegado a estar acompañada de la aparición de otras figuras que nace “al lado de” este o es que están “junto al” original contrato de concesión de obras públicas, siendo esas nuevas figuras afines a él debido a su función o a las circunstancias.²⁷⁵

²⁷³ ACHA, B. y DE ÁLVARO, A. en PALOMAR, A. (dir.) y DE ÁLVARO, A (coord.) *Op. Cit.*, p. 50.

²⁷⁴ BERNAL, M. *Op. Cit.*, p. 87.

²⁷⁵ *Ibidem.*

Ahora bien, para entender mejor la postura del citado autor es considerable reconocer previamente que, como lo concibe BLANQUER CRIADO²⁷⁶, la concesión es una figura jurídica *sui generis*, lo que conlleva a que dogmáticamente sería incorrecto subsumirla en el modelo de otras figuras jurídicas pues no se trata de un simple contrato administrativo, lo que por ende llevaría a afirmar que la concesión de servicios públicos no resulta de una combinación de otros conceptos, sino que es una técnica autónoma y distinta con propia identidad y naturaleza jurídica.

En ese sentido, se podrá afirmar la independencia de dichas figuras y de ahí que BERNAL BLAY²⁷⁷ considere que esas dos técnicas paraconcesionales que nacen junto al contrato de concesión de obras públicas son la concesión de servicios y el contrato de colaboración entre el sector público y sector privado, pero sin llegar a equipararlas entre sí. Sobre este último interesa en el tema que se desarrolla en este trabajo ya que se hace referencia a la CPP que en el Perú toma el nombre de APP considerando el análisis precedente de las características de la CPP que en una APP también se aprecian como lo señala el punto 2 de este capítulo.

Respecto a la CPP o APP, tratándolas indistintamente por la razón ya expuesta en el párrafo precedente, puede notarse que es distinta de otros contratos desde un punto de vista formal, siendo por ende una figura autónoma del resto. Sin embargo, desde un punto de vista material, la generalidad y amplitud con la que se concibe ese concepto dificulta y hasta imposibilita diferenciarlos de esos otros contratos tipificados en la norma.²⁷⁸

En el Perú, como ya se ha adelantado líneas arriba, se intenta desarrollar en el artículo 21° del D. Leg. N° 1362 los contratos de APP limitándose a señalar los derechos que otorga al inversionista un contrato celebrado para desarrollar un proyecto bajo la modalidad de APP. Aun así, de ello se puede concluir que en el ordenamiento jurídico peruano no existe una APP que esté al lado de un contrato de concesión de obras públicas como lo propone BERNAL BLAY, sino que más bien la APP es una modalidad que actúa como técnica contractual (adelantando así lo que se desarrollará en el siguiente punto), de manera que se podría desarrollar cualquier contrato en el que intervenga el privado como un colaborador de la Administración Pública y así en algunos casos lo ha venido haciendo el Estado peruano como por ejemplo con el contrato del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco, en el que se combinaba la concesión cofinanciada con lo que la norma señalaba sobre la APP.

²⁷⁶ BLANQUER, D. *El régimen jurídico de la concesión de servicio público y el estatuto del usuario*. En *La concesión de servicio público*. Op. Cit., p. 654.

²⁷⁷ BERNAL, M. Op. Cit., p. 87-88.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 122.

3.2. La APP como técnica contractual. Antes de iniciar con este punto, es preciso hacer hincapié en delimitar qué se habrá de entender por técnica contractual. En primer lugar, la palabra “técnica” sirve para describir a acciones regidas por normas o un cierto protocolo que tiene el propósito de arribar a un resultado específico, es decir que sea un conjunto de procedimientos reglamentados y pautas que habrán de utilizarse como medio para llegar a un determinado fin que bien podrían llegar a ser repetitivos cuando se presenten situaciones similares produciendo por tanto el mismo efecto²⁷⁹ o al menos equivalente.

En segundo lugar, añadiéndole a la definición de “técnica” la calificación de “contractual”, que conforme a la RAE²⁸⁰ ello quiere decir que procede del contrato o deviene de él, por lo que técnica contractual hará referencia a que, para determinados contratos que bien podrían ser en los que intervenga tanto inversión privada como pública, se utilizará un mismo procedimiento y pautas normadas como serán las que señala del D. Leg. N° 1362 y su respectivo Reglamento.

Ahora bien, corresponde determinar cómo es que el concebir que la APP sea una técnica contractual hallaría cabida dentro del ordenamiento jurídico peruano, para lo cual será necesario dejar de lado el pensar que la celebración de una APP o CPP ha de estar condicionada a que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en la normativa sobre contratos públicos o en normas administrativas especiales²⁸¹; y más bien se debe considerar que se deberá partir del objeto y finalidad en relación con el contrato de concesión de obras públicas o el de servicios públicos que son los que se han venido desarrollando a lo largo del trabajo.

En esa línea argumentativa, la CPP es un contrato complejo que comprenderá siempre una operación financiera además de la prestación principal que será objeto de la financiación como podría ser la ejecución de una obra, el suministro de unos bienes que incorporen tecnología desarrollada o la gestión integral del mantenimiento de instalaciones administrativas complejas, llegando incluso a apreciarse en el caso de desarrollo de una infraestructura de transporte combinado o intermodal o una red de telecomunicaciones.²⁸²

Siguiendo esa lógica, ¿cuál es el objeto de una concesión de obras públicas o de servicios públicos? Pues es la ejecución de una obra o una infraestructura, o la prestación de un servicio, respectivamente, incluyendo si se requiere el uso de mejores tecnologías para la

²⁷⁹ Vid. <https://definicion.de/tecnica/> (Visitada el 9 de octubre de 2019).

²⁸⁰ Diccionario de la Lengua Española: <https://dle.rae.es/> (Visitado el 9 de octubre de 2019).

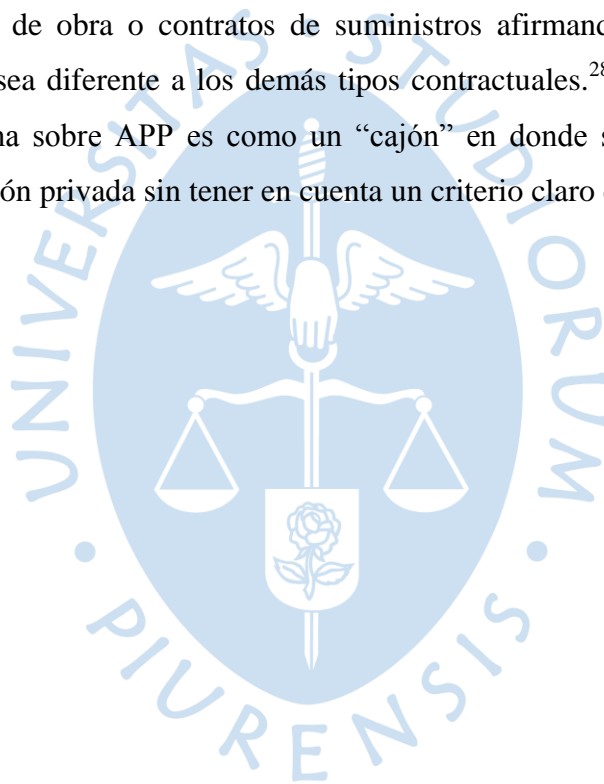
²⁸¹ BERNAL, M. *Op. Cit.*, p. 112.

²⁸² BLANQUER, D. *El contrato administrativo de colaboración del sector público con el sector privado*. En *Los contratos del sector público*. *Op. Cit.*, p. 745.

óptima realización del proyecto, lo que llega a coincidir con el objeto que se señala de la CPP en el párrafo anterior.

Por tanto, la CPP o APP no se trata de un nuevo contrato, sino que será esa técnica contractual por la cual la Administración acuerda con el sector privado la realización de cualquier objeto propio de los demás contratos presentes en el ordenamiento jurídico, siempre y cuando existan razones justificadas para ello²⁸³, de manera que se ampliaría la concepción de CPP llevándola a un ámbito de aplicación en obras o en gestión de servicios públicos, es decir, a todos los contratos posibles.²⁸⁴

Finalmente y en cuanto lo visto hasta aquí, es posible calificar a la CPP o APP como un “mero envoltorio” puesto que dentro de ella podrán aparecer contratos de gestión de servicios públicos, concesiones de obra o contratos de suministros afirmando así que no existe un contrato de CPP que sea diferente a los demás tipos contractuales.²⁸⁵ En el caso peruano se afirmarían que la norma sobre APP es como un “cajón” en donde se ha incluido cualquier modalidad de promoción privada sin tener en cuenta un criterio claro de distinción.²⁸⁶



²⁸³ Vid. JIMÉNEZ DÍAZ, A. *Op. Cit.* DORREGO y MARTÍNEZ *Op. Cit.* Citado por BERNAL BLAY, M. *Op. Cit.*, p. 124.

²⁸⁴ BERNAL, M. *Ibidem*.

²⁸⁵ Vid. VILLAR EZCURRA, J. *Op. Cit.* Citado por BERNAL BLAY, M. *Ibidem*, p. 124-125.

²⁸⁶ MATTOS, G. *Op. Cit.*, p. 131.

Capítulo 5

La viabilidad de derogación de la normativa peruana sobre las Asociaciones Público-Privadas a partir del caso español de la Ley 9/2017

En lo estudiado hasta el momento, se ha llegado a la consideración de la APP como técnica contractual utilizada para llevar a cabo otros contratos que incluyen inversión por parte del sector privado y por ende suponen la participación a través de una colaboración de esta en el contrato, los mismos que además se encuentran tipificados en la norma como sucede con las concesiones, asociación en participación, contrato de gerencia, *joint venture*, especialización de servicios (*outsourcing*), entre otras permitidas por ley. Sin embargo, la figura contractual de la concesión se ha de considerar de mayor relevancia debido a las similitudes que comparte con la CPP o APP (ambos términos tratados como sinónimos).

Ahora bien, al haber tomado como referencia, en la mayor parte del trabajo realizado, lo que el Derecho comunitario y español ha desarrollado sobre la CPP, en este capítulo se sigue con ello, en particular, tomar como modelo la forma en la que la norma española ha acogido y evolucionado en los últimos años respecto a la figura de la CPP para ver su posibilidad de aplicación en el ordenamiento jurídico peruano, de manera que en lo que sigue de este capítulo se desarrollará el modelo español pero siempre haciendo el paralelo con lo que ocurre en el ordenamiento jurídico peruano.

1. Breve repaso a los antecedentes en la legislación española sobre los CCPP²⁸⁷

Mucho antes de la llegada de la LCSP, en el siglo XVIII, el ordenamiento jurídico español se preocupó por su tendencia a la mejora de las infraestructuras y de las obras públicas mediante distintas ordenanzas sobre correos, postas, caminos y posadas²⁸⁸; para que luego, a partir del siglo XIX y lo que se sigue hasta la actualidad, se diera entrada a la iniciativa privada para participar en la provisión de infraestructuras y la realización de obras públicas, recibiendo a cambio compensaciones.²⁸⁹

En el año de 1877 se publicó la Ley General de Obras Públicas, la misma que llegó a reorganizar las obras públicas y regular detalladamente el contrato de obra²⁹⁰ pero ya antes, en 1845 se aprobó una nueva Instrucción de Obras Públicas por el Real Decreto del 10 de octubre de dicho año, en el que se distinguían tres formas de ejecución de estas: las obras de

²⁸⁷ Vid. ACHA BESGA, B. y DE ÁLVARO MONTERO, A. en PALOMAR, A. (dir.) y DE ÁLVARO, A (coord.) *Op. Cit.*, p. 35 y ss.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 35.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 36.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 38.

empresa que representan un hito en el proceso de examen de la colaboración entre lo público y lo privado al consistir en que la Administración contrataba empresas para que ejecutaran determinadas obras y a cambio de ello les cedía rendimientos producto de ellas. Las otras dos formas son las obras por contrata y obras por administración.²⁹¹

Para el siglo XX se va acercando la legislación aún más a la regulación de la CPP, siendo en el Real Decreto-ley del 28 de julio de 1928 que se le vuelve a atribuir un papel importante a las propuestas e iniciativas de los particulares aludiendo la EM de dicha norma a la existencia de “nuevas formas de cooperación más intensa y eficaz, estimando así el importante papel de colaboración y aun de estímulo a iniciativas que a los usuarios industriales les corresponda realiza”; y ya en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales se ve un paso más adelante en lo que viene a ser la naturaleza de la CPP encontrándose una primera mención a ella, al menos negativamente, en la Ley de Contratos del Estado de 1965 dejando fuera del ámbito de aplicación a los convenios de colaboración que se celebraran entre la Administración y particulares, los mismos que tuvieran como objeto fomentar la realización de actividades económicas privadas o de interés público.²⁹²

Más adelante, se siguieron dando cambios en la normativa con el fin de continuar en la construcción de obras e infraestructuras, los que se aprecian en tres vías: a) la modificación de las fórmulas concesionales para atraer el capital privado; b) la creación de sociedades públicas instrumentales proyectadas a la promoción de obras públicas; y c) fomentando nuevas fórmulas de financiación²⁹³, las mismas que llegan a escapar de las clásicas figuras de préstamo dinerario que ha de ser devuelto a cambio de intereses, pudiendo incluso conciliar dichas financiaciones privadas con otras fórmulas llevando a ligar a las CPP con los PFI, los que consisten en financiar una CPP a través de los flujos de caja y de los activos que genere la iniciativa exigiendo un exhausto análisis de los costes y de los retornos teniendo en cuenta siempre los riesgos de disponibilidad y demanda.²⁹⁴

Teniendo en cuenta los llamados PPP que vendrían a no ser otros que la misma CPP, estos podrían distinguirse a su vez en dos grandes categorías, los PFI que sería el modelo anglosajón o más particularmente británico de PPP, y la concesión de obras públicas que sería el modelo continental o más singularmente español de PPP o CPP.²⁹⁵

²⁹¹ *Ibidem*, p. 37.

²⁹² *Ibidem*, p. 39.

²⁹³ *Ibidem*, p. 42.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 50.

²⁹⁵ MENÉNDEZ, A. en MENÉNDEZ, A. (dir.) *Op. Cit.*, p. 20.

En síntesis, la experiencia española muestra cómo la CPP ha ido evolucionando con el paso de los años, lo cual se ve manifestado en cada avance normativo como se ha podido apreciar en este punto: en un inicio, la CPP no se conocía como tal pero se llegaba a aplicar con los conocidos convenios de colaboración celebrados entre la Administración y particulares que tuvieran como objeto fomentar la realización de actividades económicas privadas o de interés público que se excluían del ámbito de aplicación del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, lo que después fue modificándose para dar paso a la inclusión de vías que admitan la inversión privada.

Por tanto, al contrastar esta experiencia con la peruana se aprecia cierta similitud entre ambas en cuanto a la evolución de los contratos ya existentes, a los que se les ha ido observando nuevos rasgos que podían contener que ya no calzaban en los modelos que se tenían, sobre todo en la financiación de estos.

No obstante, a diferencia del ordenamiento jurídico español que sí había hecho mención a la CPP antes de su inclusión en una norma como sería la LCSP, en el Perú aparece la APP en la normativa en el 2008 de manera repentina al no hallarse mención alguna anteriormente a este tipo de participación del sector público con el privado en la ejecución de un servicio, obra o infraestructura pública, solamente existiendo normativamente la figura de las concesiones y las formas de inclusión de la inversión privada señaladas en la LMPID.

1.1. La Ley de Contratos del Sector Público española, Ley 30/2007, y el TRLCSP/2011. Tras idas y venidas en la regulación española sobre contrataciones en lo poco que se ha podido apreciar en el punto anterior, se dio una nueva norma como es la LCSP que, como en ella misma se señala en el expositivo IV de su EM, entre las novedades que traía en su contenido se encontraba “la tipificación legal de una nueva figura, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado” incorporando así a su ordenamiento jurídico las Directivas dadas por la el Parlamento Europeo sobre contratación pública²⁹⁶, además de lo que el Libro Verde [COM (2004)] había desarrollado sobre la CPP.

La entrada en vigencia de esta norma supuso en primer lugar que la CPP sea concebida como el instrumento idóneo para impulsar la economía mediante un nuevo tipo de tejido industrial e innovador²⁹⁷, además de dejar de ser solo una expresión general y omnicompreensiva para convertirse en un contrato administrativo típico como sería el contrato

²⁹⁶ ACHA, B. y DE ÁLVARO, A. en PALOMAR, A. (dir.) y DE ÁLVARO, A (coord.) *Op. Cit.*, p. 51.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 58.

de colaboración entre el sector público y el sector privado²⁹⁸. Dicha tipificación legal se le reconoce en el artículo 19° de la LCSP y del TRLCSP cuando le otorga a este contrato el carácter administrativo siempre y cuando sea celebrado por una Administración Pública y con ciertas características o notas esenciales que salten a la vista cuando se utilice en prestaciones complejas o en aquellas que en un inicio cuentan con cierta indeterminación.²⁹⁹

Sin embargo, eso mismo conlleva a ciertas limitaciones como sería en primer lugar, el tratamiento que se le ha de dar a este contrato que sería el de tener carácter residual³⁰⁰ o lo que es lo mismo decir que es una fórmula supletoria cuando no existan otros cauces contractuales³⁰¹, lo que se puede deducir de la misma norma, la LCSP y el TRLCSP, cuando en su artículo 11° señala que “solo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas”, de manera que, de acuerdo a artículo 118° y 134° de la LCSP y del TRLCSP, respectivamente, previamente será necesario realizar un estudio para determinar cuál habrá de ser el contrato que más se ajusta al objeto del proyecto que se tiene y si ninguna de las otras formas resulta aplicable, se procederá a iniciar el expediente bajo un CCPP atendiendo además así a la complejidad del proyecto.

Una segunda limitación se refiere a que apenas se aprecian algunos elementos diferenciadores en relación al contenido del contrato de concesión de obra pública, no teniendo razón de ser tampoco el señalar que cuando una obra no sea susceptible de explotación económica no se utilizará la concesión de obra, sino que habrá de acudir a al CCPP³⁰² puesto que se admite que las prestaciones objeto de los CCPP puedan tratarse incluso de aquellas prestaciones que son susceptibles de financiamiento por el sector privado³⁰³, esto es, de aquellas que son económicamente rentables.

Ello ocurre en el Perú con la aplicación de la APP: cuando no resulta rentable económicamente un proyecto de inversión, el Estado interviene e incentiva así al privado mediante la modalidad del cofinanciamiento recogida en los artículos 30° y 31° del Reglamento del D. Leg. N° 1362 como se ha detallado ya anteriormente cuando se ha hablado en el capítulo precedente sobre la financiación compartida como característica similar de la

²⁹⁸ MENÉNDEZ, A. en MENÉNDEZ, A. (dir.) *Op. Cit.*, p. 21.

²⁹⁹ ACHA, B. y DE ÁLVARO, A. en PALOMAR, A. (dir.) y DE ÁLVARO, A (coord.) *Op. Cit.*, p. 55.

³⁰⁰ Cfr. ESPERÓN LÁZARO, José. *Los diferentes modelos de colaboración público-privada y su control*. Revista española de control externo N° 28, vol. 10, N° 28, 2008; p. 187.

³⁰¹ SANZ, F. en MENÉNDEZ, A. (dir.) *Op. Cit.*, p. 123.

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ ACHA, B. y DE ÁLVARO, A. en PALOMAR, A. (dir.) y DE ÁLVARO, A (coord.) *Op. Cit.*

concesión y la APP en el Perú con el modelo de CPP del Derecho comunitario (apartado 2, punto 2.2).

En ese mismo sentido cabe hablar de la tercera limitación, la misma que ha de estar en relación con la concesión de servicios públicos, de manera que también son pocos o casi nulos los elementos diferenciadores respecto al contenido de un CCPP, existiendo coincidencia entre el objeto que pueda tener el CCPP con el objeto de la concesión de obra pública y la concesión de servicios públicos. Sobre el objeto de la primera, este se encuentra en el artículo 7° y 6° de la LCSP y del TRLCSP: realizar una obra o la ejecución de algún trabajo, la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la Administración Pública contratante, además de la restauración y reparación de construcciones existentes, así como conservación y mantenimiento de los elementos construidos.

En consecuencia, el objeto de la concesión de servicios públicos será básicamente el de gestionar un servicio por encomienda de una Administración Pública como se halla previsto en el artículo 8° de la LCSP y del TRLCSP, el mismo que se refiere a la gestión de servicios públicos pero que se habrá de considerar el hecho de que una de las modalidades de esta es la concesión como lo señala el literal a) de los artículos 253° y 277° de la LCSP y del TRLCSP, respectivamente.

Por su parte, el CCPP, como lo señala el artículo 11° de la LCSP y del TRLCSP, comprenderá como objeto del mismo a) la construcción, instalación o transformación de obras, además de su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión; b) gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; c) fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada; y d) otras prestaciones, de manera que efectivamente esos contratos coincidirían en su objeto. Así, el supuesto del literal a) referido a las obras públicas coincide con el objeto del contrato de concesión, además de coincidir con el precepto de apelar a la iniciativa privada para la construcción, explotación y financiación de una obra pública, en el que la Administración encarga al adjudicatario incluso el diseño de la obra;³⁰⁴ y el literal c) coincidirá con el objeto de la concesión de servicios públicos.

De ello se puede ver una última deficiencia que se desprendería del contenido de las estipulaciones que habrán de contenerse en un CCPP, siendo el literal a) de los artículos 120° y 136° de la LCSP y del TRLCSP, respectivamente, los que señalen que será necesaria la

³⁰⁴ SANZ, F. en MENÉNDEZ, A. (dir.) *Op. Cit.*

identificación previa de las prestaciones principales que constituyen su objeto, puesto que ello condicionará el régimen sustantivo aplicable al contrato, reincidiendo así en lo que ya se ha señalado como primera limitación de esta norma que es el de considerar al CCPP como un contrato residual al carecer de evidentes elementos que lo distinguan de los demás contratos típicos.

Paralelamente, en el Perú se da un similar supuesto de la coincidencia de objeto en los contratos: según los artículos 20 apartado 20.2 y 29 apartado 29.3 del D. Leg. N° 1362 y su Reglamento, respectivamente, por medio de una APP (o lo que sería una CPP) se pueden desarrollar proyectos de infraestructura pública en general y servicios públicos en general, incluyendo los vinculados a la infraestructura pública y los que requiere brindar el Estado.

Finalmente, por su parte, los artículos 3° del TUO de Concesiones y el Reglamento del mismo señalan que las concesiones se pueden dar “para la construcción, reparación, conservación y explotación de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos”, por lo que se puede afirmar que la concesión está contenida dentro de una APP siendo por ende la primera una forma de APP o CPP.

1.2. Las novedades de la Nueva Ley 9/2017. En noviembre de 2017 se publicó la nueva norma de contrataciones estatales y, como ella misma lo señala en su Disposición derogatoria, se derogaba así el TRLCSP a la par de las disposiciones de igual o inferior rango que se le opongan, incluyendo por tanto a la LCSP. El modelo regulatorio adoptado en ella debía contribuir a simplificar y facilitar la trasposición de las Directivas³⁰⁵ dictadas por el Parlamento Europeo.

Asimismo, esta nueva norma traería novedades, entre ellas la más importante sería la supresión del CCPP como parte del objetivo principal de esta nueva norma referida a buscar la mejor relación calidad-precio, contenido en el expositivo II del Preámbulo de esta NLCSP, contribuyendo además en apostar por una única ley que regule la contratación pública general y la mayor parte de las concesiones.³⁰⁶

Otra novedad más que aporta la NLCSP y que se señala también en el expositivo IV de su Preámbulo es la desaparición de la figura del contrato de gestión de servicio público y con ella cambiaría la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos surgiendo así la nueva figura de la concesión de servicios, la misma que se incluirá

³⁰⁵ HERNÁNDEZ, F. *Op. Cit.*, p. 294.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 293.

dentro de la categoría de las concesiones y en la mayor parte a la figura de la concesión de obras.

Respecto a esta última novedad sobre la concesión de servicios públicos, en primer lugar cabe destacar su ámbito de aplicación que, de acuerdo al artículo 284° de la NLCSP, mediante ella la Administración podrá gestionar indirectamente los servicios de su titularidad o competencia siempre y cuando sean susceptibles de explotación económica por particulares. Además, es preciso señalar también que el contenido del Capítulo III de la NLCSP sobre el contrato de concesión de servicios es conjuntamente aplicable con el Capítulo II de la Ley sobre el contrato de concesión de obras y así se incluye en la concesión de servicios la transferencia al concesionario del riesgo operacional en la explotación de los servicios remitiéndose para ello a la concesión de obras tal como se puede deducir de la lectura del numeral 2 del artículo 15° junto con al numeral 4 del artículo 14° de la NLCSP.

De acuerdo a ello, el riesgo operacional que implica el derecho de explotación de los servicios al transferirlos al concesionario abarca el riesgo de demanda y el riesgo de suministro: el primero de ellos se refiere a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato; mientras que el riesgo de suministro es relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, sobre todo el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda, terminando por no ser rentable para el empresario. Sin embargo, con ello tendría el concesionario manera de excluirse de responsabilidad por tener que soportar todos los riesgos que aparezcan en el desarrollo del contrato.³⁰⁷

Por su parte, en el ordenamiento jurídico peruano, la concesión de servicios públicos no goza de autonomía normativa en el sentido que no hay ningún artículo dentro del TUO de Concesiones o en su Reglamento que la desarrolle independientemente de la concesión de obras públicas, sino más bien se les llega a asemejar en el tratamiento que se les habrá de darse en tanto que se incluye hablar de obras de infraestructura y de servicios públicos como aparece en el artículo 3° del TUO de Concesiones y su Reglamento, ocurriendo algo similar con los artículos 20° apartado 2 y 29° apartado 3 del D. Leg. N° 1362 y su Reglamento, respectivamente, en donde estas formas de concesión se encuentran incluidas en una APP como ya se ha determinado en líneas arriba.

Finalmente, respecto a la novedad principal de esta NLCSP como es la supresión del CCPP, esto fue a consecuencia de la escasa utilidad que tenía esta figura en la práctica española al comprobarse que el objeto de este contrato es realizable por medio de otras

³⁰⁷ Cfr. GARCÍA RUBIO, Fernando. *La contratación pública tras la crisis económica y la nueva LCSP. Un estudio jurídico*. Madrid-España: Editorial Dykinson S.L., 2018; p. 49.

modalidades contractuales, sobre todo mediante el contrato de concesión, tal como se señala en el expositivo IV del Preámbulo de la NLCSP.

Es así que, al suprimirse este contrato de la normativa se le excluirá de la calificación de contrato administrativo quedando únicamente bajo dicha denominación “los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios” conforme al literal a) del artículo 25° de la NLCSP, así mismo en ella se excluye a los llamados contratos de gestión de servicio público que aún se encontraban en la regulación de la LCSP y el TRLCSP pero que en la NLCSP se limitaba a regular a la concesión de servicios.

2. La posibilidad de acoger el nuevo modelo español en el ordenamiento peruano

El haber desarrollado estas últimas normas propias de ordenamiento español como son la LCSP, el TRLCSP y la NLCSP, ha servido para apreciar el parecido que tiene con el ordenamiento jurídico peruano, sobre todo con la LCSP y el TRLCSP en el sentido de que ambos sistemas normativos presentan normas con contenido semejante en cuanto a las concesiones y la APP, aunque España lo ha superado con la publicación de la NLCSP, como ya se ha determinado en lo que precede a este punto.

Es así que siguiendo con tomar como patrón al modelo español actual en contrataciones que viene a ser la NLCSP, es que este último punto se referirá a las modificaciones que pudieran plantearse dentro del ordenamiento jurídico peruano tanto respecto de las concesiones como de las APP considerando que estas han sido el objeto de estudio del presente trabajo.

2.1. Respecto a las concesiones. En el ordenamiento jurídico español se encuentra actualmente desarrollado normativamente en su NLCSP tanto lo que corresponde a la concesión de obras públicas como a la concesión de servicios públicos, lo mismo que ya se ha venido desarrollando líneas arriba señalando así su objeto y delimitándolo, por lo que podría considerarse que esta figura contractual se encuentra suficientemente regulada, inexistiendo vacíos legales en ella y como consecuencia de ello es que en España, el régimen concesional sea la fórmula preferentemente utilizada.³⁰⁸

Además, la legislación española ha incluido en su normativa sobre contrataciones a las que ella denominada zonas complementarias de explotación comercial dentro de una concesión, las mismas que son desarrolladas tanto en la LCSP y el TRLCSP como en la NLCSP en sus

³⁰⁸ RIDAO, J. *Op. Cit.*, p. 33.

artículos 231°, 248° y 260°, respectivamente, señalando la viabilidad de incluir zonas o terrenos para la ejecución de actividades complementarias o industriales susceptibles de aprovechamiento económico como zonas de ocio, estacionamiento, locales comerciales, establecimientos de hostelería, entre otros, pero siempre que estén en relación con la finalidad de la obra principal. Ello por ejemplo podría darse en el en la ejecución de un aeropuerto, donde podría incluirse zonas complementarias como locales comerciales, estaciones de servicios para los pasajeros, estacionamiento, entre otros que, como indica la norma, sean acorde a la obra principal que en este caso sería la construcción del aeropuerto.

Por el contrario, en el Perú, en primer lugar la normativa respecto a las contrataciones estatales es dispersa y a la vez resulta exhaustiva, lo que incluye al parecer a las concesiones en el sentido de que estas no se encontrarían detalladamente desarrolladas en el TUO y Reglamento respectivo como sucede en el caso español, necesitando acudir a la normas sobre APP cuando por ejemplo un proyecto requiere de cofinanciamiento y entonces concurren al artículo 14° literal c) del TUO de Concesiones el artículo 22° apartado 22.1 del D. Leg. N° 1362 y los artículos 30° y 31° de su Reglamento considerando además que, al igual como sucede en España, en el Perú también es la concesión la figura preferida en su uso dentro de las contrataciones que la Administración realiza con un privado cuando se está frente a proyectos que requieren de gran inversión.

2.2. La APP como concepto abstracto, no normado. Es necesario reiterar la precisión previa de tratar a la APP como sinónimo de la CPP, de manera que así se podrá partir de lo desarrollado a lo largo del presente trabajo que en un primer momento resultaría factible que la CPP se individualice como una especie dentro del género que vendrían a ser los contratos del sector público, dando a entender que los demás contratos no son exponentes de dicha colaboración³⁰⁹, aun cuando compartan características como se ha notado con respecto a la concesión ya desarrollada, por lo que lo anterior resultaría estar lejos de la realidad considerando además que la colaboración de un privado aparece siempre intrínseca en todo contrato en el que una parte sea el sector público y la otra un privado³¹⁰, de manera que

³⁰⁹ Cfr. PEÑA OCHOA, A. *El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público*. En *El Derecho de los contratos del sector público*. GIMENO FELIÚ, J. (ed.) Zaragoza-España: Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública N° 10, 2008; p. 88. Citado por BERNAL BLAY, M. *Op. Cit.*, p. 120.

³¹⁰ BERNAL, M. *Ibidem*, p. 187-188.

incluso cuando la Administración contrata un bien, servicio u obra con un particular, lo que lo que se solicita es su colaboración, directa o indirecta, para cumplir una finalidad pública.³¹¹

Sin embargo, es preciso considerar el papel de colaborador de la Administración Pública que se le ha otorgado al privado cuando participa conjuntamente con ella para lograr objetivos públicos como son la construcción de infraestructuras y/o la prestación de servicios, indiferentemente de si se trata de un proyecto de inversión económicamente rentable o no y más bien lo sea desde una perspectiva social. Por lo que, cuando se hable de una CPP o APP se hará referencia a esta como un concepto abstracto y abierto, sin que esté necesariamente regulado en normas sin que la doctrina se excluya de desarrollarlo, en el que cabe diferentes posibilidades y formas en la que un privado interviene en un contrato con la Administración Pública colaborando con ella aportando económicamente y asumiendo también riesgos a la par que la Administración: cada parte de acuerdo a sus capacidades.

Así, cabría pensar en ello aun cuando el artículo 21° del D. Leg. N° 1362 desarrolla a los contratos de APP limitándose a señalar para qué se celebra este tipo de contratos que será el desarrollo de proyectos de inversión, además de indicar algunos de los derechos, obligaciones y prohibiciones que habrán de tener los inversionistas cuando participen en una APP. Sin embargo, con este artículo no puede ser considerarse a la APP como un contrato típico puesto que carece de elementos que lo distinguen del resto, de manera que como lo único que funciona hablar de APP es para hacer referencia a todas las formas contractuales como si para hablar de ella se necesita de un contrato que llegue a darle forma en la realidad, lo que sucede en particular con la concesión, que al igual que otras fórmulas incluye a un privado como colaborador de la Administración Pública para alcanzar un fin público.

En cuanto al paralelo entre el ordenamiento jurídico español con el peruano tomando al primero como referencia, como ya se ha señalado en el punto 1.2 cuando se desarrolló la NLCSP, en España se optó por eliminar los CCPP de su normativa sobre contrataciones estatales debido al escaso uso que se le daba en la práctica a dicha figura contractual, además de que el régimen concesional era el más usado llegando a ser considerado como una de las fórmulas de tipo puramente contractual que podían verse como un modelo de CPP.³¹²

Ahora bien, el problema que se aprecia en el Perú respecto a la aplicación de la normativa sobre APP resulta verse en cuanto a que se utiliza la normativa APP para calificar a un proyecto cuando en realidad lo que hay detrás es una concesión como ocurre con el contrato

³¹¹ Cfr. CARLÓN RUIZ, M. *El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*. REDA N° 140, 2008; p. 655. Citado por BERNAL BLAY, M. *Ibidem*, p. 121.

³¹² RIDAO, J. *Op. Cit.*

del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco, en el que se utiliza la modalidad cofinanciada para darle forma a la concesión bajo la cual se contrataba, de manera que ello reafirmaría lo que ya se ha señalado líneas arriba de que la APP se sirve de otras fórmulas contractuales y mayormente de la concesión para subsistir siendo esta la mayor deficiencia de la normativa peruana y la razón principal por la cual esta tesis presenta como propuesta de solución la derogación parcial de la normativa sobre APP, además que en la práctica se nota cómo se ha llegado a entorpecer los contratos puesto que es difícil su calificación, esto es, determinar si se trata de un supuesto contrato de APP o es solo un contrato de concesión.

Sin embargo, al margen de la derogación parcial propuesta de lo que sería el D. Leg. N° 1362 y su Reglamento, esta tesis considera que es necesario adecuar la normativa que quedaría sobre las concesiones, estos serían principalmente el TUO y su Reglamento, en el sentido de salvaguardar algunos artículos como se detallará en lo que sigue teniendo en cuenta que se ha de considerar aquellos relacionados a los aspectos que a lo largo del trabajo se han ido desarrollando como lo referente a la naturaleza jurídica de ellos y al financiamiento, dejando de lado por ejemplo lo referido a procedimientos y a las instituciones que participan de ellos al no haber sido materia de estudio en este trabajo, sin que ello signifique que no se haga una revisión sobre ello con el mismo fin de amparar ciertos artículos dentro de la normativa sobre concesiones.

Así, conviene mantener del D. Leg. N° 1362 el artículo 4° referido a los principios al verse que no existen estos que rijan a las concesiones que al tratarse de una forma de CPP podrían llegar a ser aplicables los principios señalados en el citado artículo. Luego, otro artículo que debería pasar a ser parte de la regulación de las concesiones es el 22°, en especial el numeral 1 referido a la modalidad cofinanciada, por la que se puede llevar a cabo una concesión como se reconoce en el artículo 14° literal c) del TUO de Concesiones.

Por último, en cuanto a su Reglamento, resultaría preciso mantener el artículo 3° sobre la aplicación de los principios en todo cuanto se ajuste al contrato de concesión, los artículos 30° y 31° en lo que se refiere al cofinanciamiento siendo esto necesario de incluir en el Reglamento de Concesiones al no existir reglamentación sobre las modalidades en las que se puede ejecutar un proyecto bajo concesión.



Conclusiones

Primero. En el Perú en el siglo XIX se desarrollaron las concesiones en pos de lo que en el momento era el boom en la construcción ferroviaria llegando incluso a promulgarse la Ley General de Ferrocarriles para su promoción.

Segundo. A fines del siglo XIX, se advierten obras sobre ferrocarriles ejecutadas por el gobierno y/o con participación privada. Sin embargo, el avance que había tenido ello desde que empezó decayó debido, en gran parte, a la corrupción de aquellos tiempos apreciándose en ello una primera visión de la necesidad que existía de regular más a las concesiones considerando además que se expandió el desarrollo de ese mecanismo de contratación hacia otros sectores propios a los servicios públicos.

Tercero. La segunda visión de la necesidad de regular las formas de privatización como lo es la concesión se advierte a partir de la década de los años 90 cuando el Perú entró en un periodo de crisis económica y política dentro del gobierno que hacía necesaria la trasposición de las obras a entidades privadas promoviendo su inversión mediante normas como son el D. Leg. N° 758 y el D. Leg. N° 839 hasta llegar al D.S. N° 059-96-PCM, TUO de Concesiones y su respectivo Reglamento. Años más tarde, en el 2008, se promulgó el Leg. N° 1012 que aportaba la novedad de una figura contractual llamada Asociación Público-Privada definida en esa misma norma como una modalidad de participación de la inversión privada y bajo la cual se ha venido desarrollando grandes proyectos de infraestructura.

Cuarto. El Estado peruano ha percibido siempre el problema de tener un déficit en el presupuesto público y por otro lado que exista una gran demanda en obras y prestación de servicios públicos en sectores vulnerables que requieren atención, de manera que para contrarrestar ese panorama se acepta que intervenga el sector privado con el fin de llegar a un acuerdo entre ambos para poder ejecutar proyectos de inversión en beneficio del interés general como consecuencia además de la aplicación del principio de subsidiariedad recogido en el artículo 60° de la Constitución Política vigente.

Quinto. La CPP, por un lado, encuentra su fundamento en el principio de subsidiariedad, el mismo que se complementa en otros principios como el de participación, colaboración y eficiencia. Y por otro lado, ella necesita de otros conceptos que se hallan dentro de ella como el interés general puesto que es el fin público que busca garantizar el Estado de la manera más óptima y para lo cual es que acude al privado como colaborador; también necesita de conceptos como servicios públicos y obra pública considerando por ende a la infraestructura al poder ser objeto de los contratos que se celebren como una CPP; y a ello se le suma el

concepto de proyecto de inversión pública al ser la base en la cual se plasma todo lo antes señalado, el mismo que puede ser desarrollado por inversión pública y/o con el fomento de la inversión privada.

Sexto. La CPP como concepto, además y en mayor medida en sus características y en su clasificación: la CPP contractual y la institucional, ha sido desarrollada en el Libro Verde [COM (2004)] del Derecho comunitario y es posible encontrarla en otros ordenamientos jurídicos como el británico o el francés bajo el acrónimo de PPP; y en el Perú se encuentra bajo la denominación de APP. Así, ella se presenta como la denominación a las diferentes formas de coparticipación o cooperación entre el sector público y el sector privado, quienes han de actuar de acuerdo a sus capacidades que puedan brindarle a un proyecto de inversión y que este cumpla con el objetivo público de satisfacer el interés general.

Séptimo. La concesión puede ser considerada como un CCPP ya que al desarrollar la clasificación de los contratos públicos, esta se encuentra dentro de los contratos prestacionales que incluye a los contratos de gestión patrimonial y a las concesiones, y aunque a primera vista resulte que ambos tipos de contratos comparten características similares como es la colaboración para lograr su carácter prestacional en pos del interés general, la diferencia entre ambos ha de notarse cuando en los primeros la Administración actúa como cliente y paga un precio para obtener del particular la prestación habiendo colaboración en el momento de la sola realización de la obra o en la prestación del servicio, mientras que la colaboración en la concesión se advierte cuando el privado participa en el contrato asumiendo riesgos propios de la obra y/o servicios prestados, pero también aquellos riesgos como el de percibir su contraprestación no solo por parte de la Administración Pública sino también, en la mayoría de casos, de los usuarios de la obra y/o del servicio que se presta.

Octavo. La APP es en el fondo una CPP dentro del ordenamiento jurídico peruano al compartir con ella, incluso con la concesión, las características que el Libro Verde [COM (2004)] del Derecho comunitario como son la duración larga de este tipo de contratos al subsistir por un prolongado periodo de tiempo, la distribución de riesgos entre ambas partes como son el sector público y el privado conforme a sus capacidades, la participación del privado como colaborador de la Administración Pública. Por ende, comparte la calificación de ser una técnica contractual que se sirve de otras figuras contractuales, en particular de la concesión, para que se llegue a plasmar en una realidad contractual.

Noveno. Entre la concesión y la APP se aprecian similitudes como en las características ya mencionadas, además de asemejarse en cuanto a su objeto sobre el cual se pueden tratar ellas: la concesión puede ser para ejecutar una obra pública, para prestar un servicio público o

incluso para ejecutar un proyecto en donde se necesite primero la construcción de una obra para luego prestar el servicio público, lo que sería una concesión mixta aunque de igual manera será necesario distinguir la prestación principal para que ese sea el régimen a seguir en el proyecto; y la APP también puede ser utilizada como mecanismo de inversión privada para promover la ejecución de cualquiera de los mencionados objetos. Asimismo, existirá similitud entre ambas en cuanto al financiamiento de ellas considerando que tanto para ejecutar una concesión como para llevar a cabo una APP existe la modalidad del cofinanciamiento, es decir que el proyecto demande de recursos públicos además de los recursos privados.

Décimo. En el mismo camino de tomar como referencia al Derecho comunitario es que se ve cómo el ordenamiento jurídico español, a pesar de ser el Libro Verde [COM (2004)] un documento de consulta más no vinculante, decidió incluir en su LCSP a la CPP bajo la tipificación legal de una nueva figura como lo sería el CCPP, lo que continuaría en el TRLCSP. Sin embargo, su uso en la práctica es muy escasa debido en gran parte a la similitud que se halla entre el objeto de un contrato de concesión, ya sea de obra o servicio público, y el objeto de un CCPP que también se utiliza, según la norma para ese fin. Esto mismo se puede ver en el ordenamiento jurídico peruano que siendo más osado ha optado por regular independientemente a las concesiones y a la APP de la LCE.

Décimo primero. Debido al problema encontrado en la LCSP y en el TRLCSP de los años 2007 y 2011, respectivamente, es que se optó por derogar dichas normas y promulgar una NLCSP en noviembre de 2017 en el que suprimía los contratos de gestión indirecta de los servicios públicos subsistiendo el contrato de concesión de servicios al lado del contrato de concesión de obras, pero también se resolvía por suprimir al CCPP quedando como formas de colaboración entre el sector público y el privado la figura contractual de la concesión, tanto la de obras como la de servicios.

Décimo segundo. En el Perú, el problema principal de tener una normativa sobre APP que no es más que la CPP es que, al tener características en común con otros contratos, en particular con la concesión, se ha llegado porque en muchas ocasiones la aplicación de estos regímenes muy parecidos se entorpezca generando dificultad cuando sea necesario calificarlos de una u otra manera, ya sea como concesión o como APP, lo que en muchos casos se soluciona señalando que se trata de una APP bajo la modalidad de concesión cofinanciada, pero ello no ha de ser la solución más práctica. Vista así la realidad es que en este trabajo de tesis se ha planteado la posibilidad de la derogación parcial del D. Leg. N° 1362 y su Reglamento, normas en las que se ha desarrollado deficientemente a la APP.

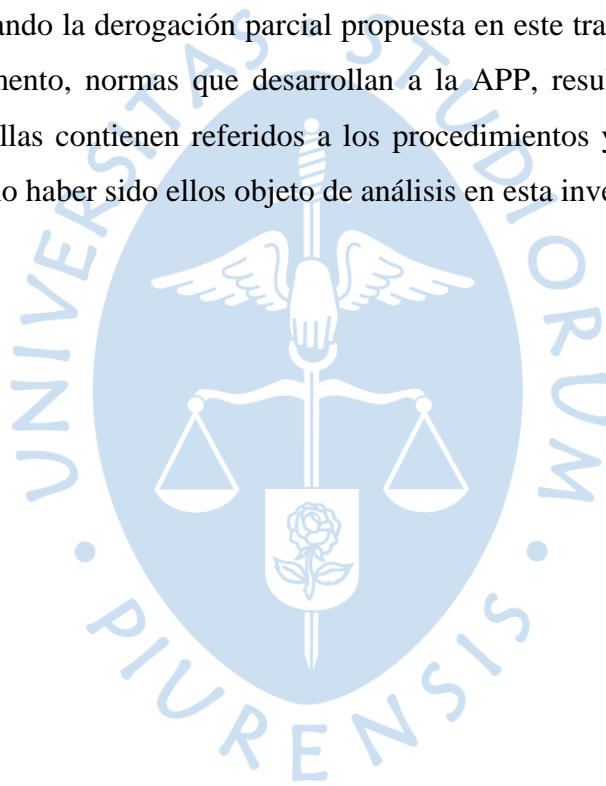


Recomendaciones

Primero. Revisar la LCE, además de la normativa, doctrina y jurisprudencia sobre concesiones para conceptualizar de la mejor manera a las obras públicas, los servicios públicos y los proyectos de inversión desde la perspectiva del Derecho puesto que se necesita de conceptos debidamente delimitados y claros para hacer el uso correcto de ellos.

Segundo. Resulta imprescindible que en la práctica jurídica peruana se le dé a las concesiones mayor promoción en su uso, además de reglamentar aspectos como el cofinanciamiento sin que ello se encuentre en otra norma innecesariamente como se ve en las referidas a APP.

Tercero. Considerando la derogación parcial propuesta en este trabajo de tesis del D. Leg. N° 1362 y su Reglamento, normas que desarrollan a la APP, resulta necesario revisar los demás artículos que ellas contienen referidos a los procedimientos y a las instituciones que participan de ellos al no haber sido ellos objeto de análisis en esta investigación.





Referencias Bibliográficas

- ACHA, B. / DE ÁLVARO, A. *Análisis diacrónico de las formas de colaboración entre los Estados y el Sector Privado y, en particular, la colaboración público privada en el ámbito de Defensa*. En PALOMAR, A. / DE ÁLVARO, A. *La Colaboración Público Privada: análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*. España: Editorial Aranzadi, Thomson Reuters. Primera edición, 2011.
- AGUILERA, Z. / MORÓN, J. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Lima-Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.
- ALEMANY, J. *La colaboración público-privada institucionalizada en el ámbito urbanístico local*. En CAVALCANTI, B. / MATILLA, A. Madrid: Reus Editorial, 2018.
- ÁLVAREZ, E. et al. *Servicios de interés general y protección de los usuarios*. En GONZÁLEZ, I. Madrid-España: Dykinson, S.L., 2018.
- ARIÑO, G. *El contrato de colaboración público-privada*. XI Jornadas sobre Administración Local. España: Colegio de Secretarios e Inventores de Santa Cruz de Tenerife, Puerto de la Cruz, 8-10 de octubre de 2008.
- BACA, V. *Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el Derecho peruano*. En VIGNOLO, O. *Teoría de los Servicios Públicos*. Perú: Grijley E.I.R.L., 2009.
- _____ *El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano*. Lima-Perú: Revista Ius et Veritas N° 48, julio 2014
- BACA, V. / ORTEGA, E. *Los esquemas contractuales de colaboración público-privada y su recepción por el Derecho peruano*. Lima-Perú: Círculo de Derecho Administrativo, RDA 13: Asociaciones Público-Privadas, 2013.
- BASADRE, J. *Historia de la república del Perú 1822-1933 Tomo IV*. Lima-Perú: Editorial Universitaria, 1983.
- _____ *Historia de la república del Perú 1822-1933 Tomo V*. Lima-Perú: Editorial Universitaria, 1983.
- BÉJAR RIVERA, Luis. *La concesión en México*. En CAVALCANTI, B. / MATILLA, A. *Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP*. España: Ratio Legis, 2013.
- BELAUNDE, M. *Derecho minero y concesión*. Lima-Perú: Editorial San Marcos, cuarta edición, 2011.
- BERMEJO, J. *El sistema jurídico del transporte por ferrocarril. Consideraciones jurídicas sobre la aplicación en España de la normativa Ferroviaria de la Unión Europea*. En VIGNOLO, O. *Teoría de los Servicios Públicos*. Perú: Grijley E.I.R.L., 2009.
- BERNAL, M. *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas «paraconcesionales»*. España: Thomson Reuters, Civitas 2010.
- BLANQUER, D. *La concesión de servicio público*. Valencia-España: Tirant Lo Blanch, 2012.
- _____ *Los contratos del sector público*. Valencia-España: Tirant Lo Blanch, 2013.

- BOMBILLAR, F. *Contratos de obras, concesión de obras, concesión de servicios, servicios y contratos mixtos*. Segunda edición. En ARANA, E. et al. / VILLALBA, F. *Nociones básicas de contratación pública*. Madrid-España: Editorial Tecnos, 2018.
- BUENO, A. et al. *Derecho Administrativo Tomo III: modos y medios de la actividad administrativa*. REBOLLO, M. / VERA, D. / LÓPEZ, M. / IZQUIERDO, M. España: Tecnos, 2017.
- CARLÓN, M. *El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*. REDA N° 140, 2008.
- CHANG, G. *Regulación e intervención del Estado en la Economía*. Piura-Perú: Universidad de Piura, 2014.
- _____. *La subsidiariedad del Estado en materia económica. Un comentario al precedente de observancia obligatoria Res. N° 3134/2010/SC1-INDECOPI*. En BECERRA, A. / CASTILLO, L. *II Convención Estudiantil de Derecho Público UDEP*. Lima-Perú: Palestra Editores, 2015.
- CHÁVEZ, I. *Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP): análisis normativo y casos*. Lima-Perú: Gaceta Jurídica, setiembre 2016.
- DANÓS, J. *El régimen de los contratos estatales en el Perú*, en Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo.
- _____. *El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana*. En VIGNOLO, O. *Teoría de los Servicios Públicos*. Perú: Grijley E.I.R.L., 2009.
- DE ALVEAR, I. *Marco contractual de la colaboración público-privada. Algunas referencias a su idoneidad para programas de defensa y seguridad*. En PALOMAR, A. / DE ÁLVARO, A. *La Colaboración Público Privada: análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*. España: Editorial Aranzadi, Thomson Reuters. Primera edición, 2011.
- DE ANDRÉS, F. / HERRERO, A. *Contrato de concesión de Obra Pública: análisis de su actual regulación*. Revista Jurídica de Castilla y León N° 3.
- DELPIAZZO, C. *PPP y concesiones en Uruguay*. En CAVALCANTI, B. / MATILLA, A. *Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP*. España: Ratio Legis, 2013.
- DEUSTUA, J. *El embrujo de la plata, la economía de la minería en el Perú del siglo XIX*. Lima-Perú: Instituto de Estudios Peruanos y Banco Central de Reserva del Perú, 2009.
- ESPERÓN, J. *Los diferentes modelos de colaboración público-privada y su control*. Revista española de control externo N° 28, vol. 10, N° 28, 2008.
- ESTEVE, J. *Los servicios de interés general en el tránsito del Estado prestacional al Estado garante*. En AGUADO, V. / NOGUERA DE LA MUELA, B. / PARISIO, V. *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*. Valencia-España: G. Giappichelli Editore, Tirant Lo Blanch, 2016.
- FELICES, E. *Asociaciones Público-Privadas para el financiamiento de infraestructura: el nuevo rostro del Project Finance*. Lima-Perú: Revista de Derecho Themis 50, 2005.

- FERNÁNDEZ, R. *Art. 7. Contrato de concesión de obras públicas*. En JIMÉNEZ. *Comentarios a la legislación de contratación pública*. España: Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- FERNÁNDEZ, R. / MENÉNDEZ, P. *Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública*. En MENÉNDEZ, A. *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*. España: Thomson Reuters, Civitas 2010, segunda edición.
- FERNÁNDEZ, T. *Las obras públicas*. En RAP N° 100-103, vol. III, enero-diciembre 1983
- FROSINI, T. *Subsidiariedad y Constitución*. Revista de Estudios Políticos 115, 7-25.
- GALÁN, R. *Obras públicas de interés general*. Sevilla-España: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2004.
- GARCÍA, F. *La contratación pública tras la crisis económica y la nueva LCSP. Un estudio jurídico*. Madrid-España: Editorial Dykinson S.L., 2018
- GARCÍA, J. *La ejecución de las obras*. En MENÉNDEZ, A. *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*. España: Thomson Reuters, Civitas 2010, segunda edición.
- GARRIDO, F. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen II, 11° edición. Madrid-España: Tecnos, 2002.
- GIMENO, J. *El principio de eficiencia*. En SANTAMARÍA, J. *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. España: La Ley, 2010.
- _____ et al. *Servicios públicos e ideología: el interés general en juego*. España: Profit Editorial I., S.L., 2017.
- GÓMEZ-FERRER, R. *En torno a la ley de autopistas de peaje*. Revista de Administración Pública N° 68.
- GONZÁLEZ, J. *Contrato de colaboración público-privada*. Madrid-España: Revista de Administración Pública N° 170, 2006.
- GUTIÉRREZ, W. *Del régimen económico*. En *La Constitución comentada* (I, p. 787-917). Lima-Perú: Gaceta Jurídica.
- HARMAN, D. et al. *Aspectos teóricos y prácticos de las asociaciones público-privadas en el Perú*. MARAVÍ, M. Lima-Perú: ECB Ediciones, 2012.
- HERNÁNDEZ, F. *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*. España: Editorial Aranzadi, 2018.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. *El valor de la Constitución*. Barcelona-España: Crítica, 2003.
- HUAPAYA, R. *Diez Tesis sobre las Asociaciones Público-Privadas (APP) en nuestro régimen legal*. Lima-Perú: Círculo de Derecho Administrativo, RDA 13: Asociaciones Público-Privadas, 2013.

- _____ *Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura*. Lima-Perú: Revista Ius et Veritas N° 46, julio 2013.
- HUAPAYA, R. / VERGARAY, G. *Algunos apuntes en relación con la “participación público-privada” y su vinculación con el derecho administrativo y la inversión en infraestructura y servicios públicos*. Lima-Perú: Revista del Círculo de Derecho Administrativo N° 3.
- JIMÉNEZ, A. *Técnicas contractuales de colaboración público-privada (II): el contrato de colaboración público-privada en la nueva Ley de contratos del Sector público*; p. 299. En DORREGO DE CARLOS / MARTÍNEZ. *La colaboración público-privada en la Ley de contratos del Sector público. Aspectos administrativos y financieros*. Madrid-España: La Ley, 2009.
- KRESALJA, B. *¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana*. Lima-Perú: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.
- LAGUNA DE PAZ, J. *Los servicios de interés general en la Unión Europea: su sujeción a las reglas de mercado*. En AGUADO, V. / NOGUERA, B. / PARISIO, V. *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*. Valencia-España: G. Giappichelli Editore, Tirant Lo Blanch, 2016.
- LAZO, X. *Los contratos mixtos*. En RAP 179, 2009, p.143-165.
- MARTIN, R. *El laberinto estatal: historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú*. Lima-Perú: Revista Arbitraje PUCP, 2013.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. *El sector eléctrico en España*. Revista del Instituto de Estudios Económicos 4, 1991; p. 318-319.
- _____ *El contrato de obras públicas ante el Derecho comunitario*. En *Contratación Pública, Jornadas de Valladolid, 27-29 de enero de 1993*. España-Madrid: Marcial Pons, 1996.
- _____ *El principio de subsidiariedad*. En SANTAMARÍA, J. *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. España: La Ley, 2010.
- MATTOS, G. *Un estudio de las Asociaciones Público Privadas como mecanismo de colaboración público privada*. En *III Convención de Derecho Público UDEP*. GARCÍA RIVERA, Paola (coord.) Lima-Perú: Palestra Editores, 2016.
- MÉNDEZ, D. *El fideicomiso en los contratos de obras o infraestructuras públicas*. En BECERRA, A. / CASTILLO, L. *II Convención Estudiantil de Derecho Público UDEP*. Lima-Perú: Palestra Editores, 2015.
- MENÉNDEZ, A. *El significado actual del contrato de concesión de obras*. En MENÉNDEZ, A. *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*. España: Thomson Reuters, Civitas 2010, segunda edición.
- MIGUEZ, L. *Las formas de colaboración público-privadas en el Derecho español*. Madrid-España: Revista de Administración Pública N° 175, 2008.

- MORÓN, J. *La generación por iniciativa privada de proyectos de inversión sobre recursos estatales: nueva perspectiva de colaboración público-privada y la revisión de la noción de interés público*. En CAVALCANTI, B. / MATILLA, A. *Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP*. España: Ratio Legis, 2013.
- NAVARRO, K. *La concesión administrativa y otros modos de gestión de los servicios públicos*. En CAVALCANTI, B. / MATILLA, A. *Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP*. España: Ratio Legis, 2013.
- PARADA, R. *Derecho administrativo I (Parte General)*. Decimoquinta edición. Madrid-España: Marcial Pons, 2004.
- PAREJO, L. *Eficacia y Administración*. Tres Estudios, MAP, 1995, p. 92.
- PEÑA, A. *El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público*. En GIMENO, J. *El Derecho de los contratos del sector público*. Zaragoza-España: Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública N° 10, 2008.
- PIMIENTO, J. *Derecho Administrativo de bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación, régimen jurídico*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- QUIROZ, A. *Historia de la corrupción en el Perú*. Lima-Perú: Instituto de Estudios Peruanos, 2013.
- RIDAO, J. *La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras*. Barcelona-España: Atelier Libros, 2012.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Interés general, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar*. Madrid-España: Iustel, 2012.
- ROJO, A. *Globalización, integración mundial y federalismo*. Revista de Estudios Políticos 109, 29-72, año 2000.
- RONCEROS, M. *Concesiones cofinanciadas y PPPs*. Lima-Perú: Revista de Derecho Themis 50, 2006.
- RUIZ, A. *La concesión de obra pública*. Navarra-España: Editorial Aranzadi, 2006.
- SÁNCHEZ, L. *Principio de Teoría Política*. Madrid-España, 1990.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. *El contrato de concesión de servicios públicos: reglas para su debida estructuración*. En CAVALCANTI, B. / MATILLA, A. *Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP*. España: Ratio Legis, 2013.
- SANZ, F. *El concepto de contrato de concesión de obras públicas*. En MENÉNDEZ, A. *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*. España: Thomson Reuters, Civitas 2010, segunda edición.
- SANZ, I. *Poder de autoridad y concesiones de servicios públicos locales*. Valladolid-España: Secretariado de publicaciones e intercambio editorial. Universidad de Valladolid, 2004.
- SU SANTIDAD PÍO XI. *Quadragesimo Anno*. Vaticano 15 de mayo de 1931.

- TAMAMES, R. *Si el Estado ya no construye, podría preguntarse, entonces, ¿para qué está?* En *Estructura económica de España*. Vol. II. Madrid-España: 1973.
- TOLIVAR, L. *Principio de participación*. En SANTAMARÍA, J. *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. España: La Ley, 2010.
- URUETA, J. *El contrato de concesión de obras públicas*. Bogotá-Colombia: Editorial Universidad del Rosario, noviembre 2006.
- VALCÁRCEL, P. *Jornadas sobre la iniciativa privada en la financiación de proyectos públicos*. España: Universidad de Burgos, 8 y 9 de febrero de 2007.
- VIGNOLO, O. *El principio de subsidiariedad (en su vertiente social) y los servicios públicos en el ordenamiento peruano*. En VIGNOLO, O. *Teoría de los Servicios Públicos*. Perú: Grijley E.I.R.L., 2009.
- _____. *Breves Reflexiones acerca de los servicios públicos en el Perú. Derecho y Sociedad 40 Asociación Civil. Derecho Comparado Aplicado. Lima-Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.*
- _____. *El principio de subsidiariedad social y sus principales consecuencias en el derecho peruano. Liberalización de sectores y surgimiento de la organización regulatoria*. Tesis doctoral. BERMEJO VERA, José (dir.) España: Universidad de Zaragoza, 2017.
- VILLAR, J. *El marco contractual adecuado para las concesiones de servicios urbanos de metro, metro ligero, tranvías y trenes ligeros*. Revista de Obras Públicas.
- _____. *Lecciones sobre contratación administrativa*. Secciones de Publicaciones Madrid-España, 1969.
- ZEGARRA, A. *Notas de contratos mercantiles (Derecho Mercantil IV)*. Perú: Universidad de Piura, julio 2017.
- ZEGARRA, D. *El servicio público, Fundamentos*. Lima-Perú: Palestra, 2005.
- ZÚÑIGA, L. *El diseño legal de las concesiones cofinanciadas en el Perú*. Lima-Perú: Revista del Círculo de Derecho Administrativo N° 16, 2016.
- ZWAHLEN, H. *Le contrat de droit administratif. Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1958-II.

Documentos Electrónicos

Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia. [Vaticano, 29 de junio de 2004]. Disponible en:

http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html [Consultado el 22 de julio de 2019].

Contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez suscrito en Lima-Perú, agosto 2000. Disponible en:

<https://portal.mtc.gob.pe/transportes/concesiones/documentos/contratos/CONTRATO-AJCH.pdf> [Visitado el 2 de octubre de 2019].

Contrato de concesión del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco, junio 2014:

https://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/2/JER/PC_AEROPUERTO_CHINCHERO/CONTRATO_AEROPUERTO_CHINCHERO_CUSCO.pdf [Consultado el 2 de octubre de 2019].

Definición.de. Véase en: <https://definicion.de/tecnica/> [Consultada el 9 de octubre de 2019].

Diccionario de la Lengua Española. Disponible en: <https://dle.rae.es/> [Consultado el 22 de julio de 2019].

Economíasimple.net. Véase en: <https://www.economiasimple.net/glosario/outsourcing> [Consultada el 22 de octubre de 2019].

Portal Institucional del MTC. Véase en Noticias de Prensa: El ferrocarril Lima-Ica se ejecutará como una Asociación Público Privada. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/mtc/noticias/51311-mtc-el-ferrocarril-lima-ica-se-ejecutara-como-una-asociacion-publico-privada> [Consultado el 26 de setiembre de 2019].

Portal Institucional de ProInversión. Véase: Las APP en el Perú. Disponible en: <https://www.proyectosapp.pe/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?are=0&prf=2&jer=5902&sec=22> [Consultado el 19 de junio y el 23 de setiembre de 2019].

Véase en Noticias de Prensa: Ferrocarril Huancayo-Huancavelica atrae a inversionistas coreanos. Disponible en:

https://www.proinversion.gob.pe/modulos/NOT/NOT_DetallarNoticia.aspx?ARE=0&PFL=1&NOT=4531 [Consultado el 19 de junio de 2019].

Normativa Nacional

- Constitución Política del Perú.
- D. Leg. N° 758, Dictan normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos (8 de noviembre de 1991).
- D. Leg. N° 839, Ley de promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (19 de agosto de 1996).
- D. Leg. N° 1012, Decreto Legislativo que aprueba la ley marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada (12 de mayo de 2008).
- D. Leg. N° 1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público-Privadas y proyectos en activos (21 julio de 2018).
- D.S. N° 059-96-PCM, TUO de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (26 de diciembre de 1996).
- D.S. N° 060-96-PCM, Reglamento del TUO de las normas con rango de ley que regulan entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (27 de diciembre de 1996).
- D.S. N° 240-2018-EF, Reglamento del D. Leg. N° 1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos (29 de octubre de 2018).
- Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225.
- Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.
- Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, Ley N° 27293.
- Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, D. Leg. N° 757.
- Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, Ley N° 28059.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional

- Sentencia recaída en el Exp. N° 1042-2002-AA/TC del 6 de diciembre de 2002. Recurso extraordinario presentado por Don Miguel Cabrera León, en representación del Sindicato Unitario de Trabajadores Municipales del Rímac, contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 67, de fecha 29 de enero de 2002,

que declaró improcedente la acción de amparo de autos al vulnerar su derecho constitucional de petición.

- Sentencia recaída en el Exp. N° 005-2003-AI/TC del 3 de octubre de 2003. Acción de inconstitucionalidad interpuesta por 64 Congresistas de la República, representados por el Congresista Jonhy Lescano Ancieta, solicitando que se declare inconstitucional el contrato–ley de concesión celebrado entre la Compañía Peruana de Teléfonos, hoy Telefónica del Perú S.A.A., y el Estado peruano.
- Sentencia recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003. Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos por considerar la vulneración a derechos fundamentales como la libertad de iniciativa privada, la libertad de empresa, consagrados en la CP.

Normativa Comparada

- Ley de Contratos del Sector Público, Ley 30/2007 (30 de octubre).
- Ley Orgánica 1/2002 (22 de marzo), reguladora del derecho de asociación.
- Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, Libro Verde [COM (2004)].
- Nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017 (8 de noviembre).
- Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo 3/2011 (14 de noviembre).