



INFORME ESPECIAL

AUTONOMÍA CONTRACTUAL DEL ESTADO Y SEGURIDAD JURÍDICA EN LAS ASOCIACIONES PÚBLICO- PRIVADAS (APP)

Informe especial

Autonomía contractual del Estado y seguridad jurídica en las Asociaciones Público-Privadas (APP)



POR:
RAFAELA OJEDA
**COORDINADORA DEL
ÁREA LEGAL - AFIN**

1. Intentar apagar un incendio con gasolina

Cerrar las brechas de infraestructura del Perú es uno de los principales objetivos de la actividad estatal. Cubrir el nivel deseado de inversión significa para el ciudadano poder acceder a infraestructura y a servicios públicos de calidad, y con ello, la oportunidad de desarrollarse plenamente. Sin embargo, todavía nos encontramos muy lejos de los resultados que deseamos. Y, situaciones como la ocurrida en la concesión del proyecto “Vías Nuevas de Lima”¹ solo generan una nociva desconfianza entre los inversionistas en el país.

En este contexto, ha entrado en vigencia el nuevo marco normativo

de las Asociaciones Público Privadas (APP), compuesto por la Ley N° 32441 y su Reglamento (Decreto Supremo N° 316-2025-EF), que incorpora reformas relevantes. No obstante, si no se comprende cuál debe ser la actitud del Estado en la ejecución de los contratos de APP, dichos cambios podrían resultar insuficientes.

En este sentido, si deseamos cerrar la brecha, es necesario que el Estado cambie de paradigma y reemplace la conducta del principio del derecho público por la del sujeto obligado a su propia manifestación de voluntad.

1. Operado por Rutas de Lima S.A.C. hasta diciembre de 2025.



2. La autonomía del Estado Peruano en los contratos de APP

La capacidad de crear derecho dentro de los límites de la ley -de la que son producto los contratos- es el poder normativo que la teoría del derecho ha denominado “autonomía”². Precisamente, cuando las partes celebran un contrato, determinan qué supuestos de hechos serán jurídicamente relevantes y les asignan consecuencias vinculantes, capaces de materializarse si se verifica la realización del evento³. En ese sentido, celebrar contratos es una forma de creación normativa⁴.

Naturalmente, estas normas, con contenido autónomo y original respecto del sistema de las leyes, son producto de la objetivación de las voluntades de las partes y tienden a responder a sus intereses subjetivos⁵. Ello es posible porque los sujetos se encuentran habilitados por la ley para contratar⁶⁷⁸.

El Estado también goza de esta capacidad para crear derecho autónomo y la ejerce para regular las complejas operaciones por las que se provee de la infraestructura y de los servicios públicos que necesita, como los contratos de APP. No obstante, no lo hace de forma unilateral, porque de ninguna manera impone su voluntad, sino que requiere de la libre manifestación de voluntad de su contraparte, el inversionista privado⁹. En consecuencia, el Estado también está facultado por ley para celebrar contratos¹⁰ dentro de los límites del principio de legalidad.



Esto es importante porque, en estas circunstancias, jamás es la voluntad de una de las partes la que obliga a la otra, pues ello significaría que la segunda se encuentra sometida a la primera¹². En cambio, solo la voluntad del derecho (la voluntad del contrato) puede colocarse por encima de las partes y obligarlas. Incluso el Estado debe respetar sus propias normas y los contratos han celebrado¹³.

2. Ferri, L. (1969) La autonomía privada. Traducción por L. Sancho. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. P. 200.

3. Betti, E. (1950) Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tomo I. Milán: Giuffrè. Pp. 100-101.

4. Ferri, L. (1969) La autonomía privada. Traducción por L. Sancho. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. P. 97

5. Ferri, L. (1969) La autonomía privada. Traducción por L. Sancho. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. P. 49; Morales, R (2003). Objeto y tipo en las teorías del negocio jurídico y del contrato a propósito de la reforma del Código civil. *Advocatus* (009) p. 241; y Betti, E. (1950) Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tomo I. Milán: Giuffrè. Pp. 102-104.

6. Artículo 62 de la Constitución (“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato [...]”)

7. Ferri, L. (1969) La autonomía privada. Traducción por L. Sancho. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. P. 35-36.

8. Betti, E. (1950) Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tomo I. Milán: Giuffrè. Pp. 145.

9. Esto es cierto incluso si se considera que los contratos de APP se asemejan en su creación a los contratos de adhesión, en los que el contenido ha sido prácticamente creado por una de las partes y actuación de la otra se limita a aceptar.

10. Artículo 7 de la Ley N° 32441 (“Proinversión, el Ministerio, el Gobierno Regional y el Gobierno Local asumen las funciones como entidad pública titular del proyecto y ejercen las siguientes funciones: 1. Gestionar y administrar los contratos que suscriban, derivados de las modalidades reguladas en la presente ley, y cumplir las obligaciones contractuales a su cargo [...]”)

11. Ferri, L. (1969) La autonomía privada. Traducción por L. Sancho. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. P. 45.

12. Ferri, L. (1969) La autonomía privada. Traducción por L. Sancho. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. P. 47.

3. La autonomía del Estado como antítesis de la conducta contractual arbitraria

La sujeción del Estado a los contratos es evidente en el control ex post de validez y eficacia que pueden ejercer los árbitros.

Precisamente, en recientes oportunidades hemos apreciado como el Estado peruano ha ejercido arbitrariamente sus “prerrogativas especiales” -fundadas en su *ius imperium*¹³- y ha sido castigado por ello.

Cabe recordar que dichas prerrogativas no existen fuera de los contratos ni vinculan de antemano a las partes¹⁴. Por el contrario, son facultades otorgadas al Estado como resultado de la evaluación de riesgos realizada por los inversionistas antes de contratar. Por lo que estas facultades se sujetan a las causales y condiciones para su ejercicio contenidas en el contrato¹⁵.



Caso Aeropuerto Internacional de Chinchero

Esta es una lección que tendría que haber quedado clara para el Estado peruano en virtud del arbitraje internacional generado por la resolución unilateral del contrato del Aeropuerto Internacional de Chinchero¹⁶.

En dicho caso, el ejercicio de esta prerrogativa fue desestimado por el Tribunal Arbitral al advertir que el Estado no pudo demostrar las razones de interés público alegadas, y se condenó al país a pagar una indemnización superior a los **US\$ 91 millones**.

13. Me refiero a prerrogativas especiales como las de interpretar, modificar unilateralmente o resolver el contrato por razones de interés público.

14. Es decir, solo existen en el universo jurídico abstracto.

15. Tribunal arbitral en Convia Callao S.A. y CCI-Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. vs República del Perú, 2013, p. 154.

16. Caso arbitral CIADI N° ARB/18/27, Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. vs. República del Perú.



Conclusión:

En conclusión, el Estado peruano celebra contratos de APP en ejercicio de la autonomía que la ley le confiere. Por lo tanto, durante su ejecución no puede ejercer arbitrariamente prerrogativas basadas en su ius imperium sin asumir las consecuencias jurídicas correspondientes. Respetar los contratos constituye una condición indispensable para restablecer la confianza de los inversionistas y avanzar en el cierre de las brechas de infraestructura de nuestro país.