

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



La autonomía negocial del Estado Peruano en los contratos de Asociación Público

Privada de infraestructura

Tesis para obtener el título profesional de Abogada presentada por

Rafaela Ojeda Villamar

Asesor:

Mg. Gilberto Mendoza del Maestro

Lima, 2025

Informe de Similitud

Yo, **Gilberto Mendoza Del Maestro**, docente de la **Facultad de Derecho** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis titulada:

La autonomía negocial del Estado Peruano en los contratos de Asociación Público Privada de infraestructura


De la autora:

Rafaela Ojeda Villamar

Dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 24%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **21/07/2025**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: Lima, 9 de octubre del 2025.

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: MENDOZA DEL MAESTRO, GILBERTO	
DNI: 40856192	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9549-9283	

Resumen

Este trabajo de investigación busca a delimitar y sustentar el concepto de la autonomía negocial del Estado peruano en los contratos de Asociación Público Privada desde la conceptualización de la Teoría Normativa del Negocio Jurídico. A través del análisis de casos arbitrales en los que el Perú ha participado se propone una construcción jurídica que permite explicar el cómo el Estado actúa en la celebración, modificación, ejecución y terminación de los contratos administrativos en materia de infraestructura pública que celebra.

Palabras clave

Autonomía negocial - Asociación Público Privada (APP) - contratos administrativos - Teoría Normativa del Negocio Jurídico - arbitraje.

Abstract

This research work seeks to delimit and support the concept of the Peruvian State's negotiating autonomy in Public-Private Partnership contracts from the conceptualization of the Normative Theory. Through an analysis of arbitration cases in which Peru has participated, a legal construction will be proposed to explain how the State acts in the conclusion, modification, execution and termination of the administrative contracts in the matter of public infrastructure.

Key words

Contractual autonomy - Public-Private Partnerships - administrative contracts - Normative Theory of Legal Acts - arbitration

Índice analítico

Resumen	1
I. Introducción	3
II. Los contratos administrativos en infraestructura pública en el Perú	7
1. ¿Qué son los contratos administrativos?	7
2. ¿Qué contratos administrativos de infraestructura pública celebra el Estado peruano?	28
3. Primeras conclusiones	56
III. La autonomía negocial del Estado Peruano en los contratos de infraestructura pública	58
1. La autonomía y la Teoría del Negocio Jurídico	59
2. El Estado-legislador y el Estado-regulado: las dos caras de la misma persona	71
3. Segundas conclusiones	83
IV. La autonomía negocial del Estado Peruano en los contratos de Asociación Público Privada en materia de infraestructura pública en nuestro país	84
1. Caso arbitral N° 0466-2021-CCL. Transvial Lima S.A.C., Lima Vías Express S.A., Perú Masivo S.A., Lima Bus Internacional 1 S.A., y ACS Solutions Perú S.A. vs. Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao (ATU).	85
2. Caso arbitral N° 2474-2012-CCL. Concesionaria Vial del Perú S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones.	93
3. Caso arbitral CIADI N° ARB/18/27. Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. vs. República del Perú	102
4. Inferencias prácticas de las construcciones teóricas	109
V. Conclusiones finales	115
VI. Bibliografía	119

I. Introducción

Soñamos con un futuro lleno de oportunidades de crecimiento, educación, salud e intercomunicación. Sin embargo, en el presente nos atormenta una pesadilla: la brecha de infraestructura. Este concepto se refiere a “la diferencia entre el nivel estimado de infraestructura que se necesita para sostener el crecimiento en los mercados emergentes y el nivel real de dicha inversión” (Levy, 2016). En otras palabras, cuánto necesitaría invertir el Perú en infraestructura pública de acuerdo con su posición económica en el mundo y las necesidades de la población. Y representa para nosotros el Goliat que debemos vencer para poder crecer al ritmo de la economía mundial. No obstante, y a pesar de todos nuestros esfuerzos, se estima que, en cálculo a largo plazo y sólo respecto del *acceso a la infraestructura*, en el 2025 este gigante medirá alrededor de 110 mil millones de dólares americanos y contando (Rivera y Carillo, 2022) (Bonifaz y otros, 2020, p. 60). Y, si queremos tener servicios públicos de agua y saneamiento, telecomunicaciones, carreteras y educación *de calidad*, será necesario invertir otros 170 mil millones de dólares más (Bonifaz y otros, 2020, p. 71).

No obstante, la magnitud de esta cifra solo puede ser entendida a través de la comparación del desarrollo de nuestro país con la de nuestros vecinos, en similares condiciones. Así pues, de acuerdo con Bonifaz y otros (2020, p. 33) a pesar de que un 96.4% de nuestra población puede acceder al servicio público de electricidad, el Perú tiene “el nivel de cobertura más bajo de los países de la Alianza del Pacífico y otros países de Latinoamérica (por ejemplo, Brasil, Argentina y Ecuador tienen un 100% de cobertura al año 2017)”, superando solo el nivel de cobertura de Bolivia. Incluso, otros sectores nos muestran realidades aún más complejas como el acceso a los servicios de agua y saneamiento, ya que en el año 2019 se detectó que tan solo

un 77% de nuestra población podía acceder a ellos, mientras que los países de la Alianza del Pacífico o de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) reportaban niveles de acceso del 90%, aproximadamente (Bonifaz y otros, 2020, p. 33). Y, menos del 47% de nuestra población tiene acceso a los servicios de agua con regularidad y adecuados niveles salubridad, a comparación del 87% reportado por países con similares niveles características de densidad poblacional y PBI per cápita como Turquía, Malasia, Argentina, Sudáfrica, Argelia y Colombia (Bonifaz y otros, 2020, p. 73).

En este sentido, para que un país pueda garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de sus ciudadanos y poder crecer y desarrollarse como nación, en los términos más igualitarios y justos posibles, es necesario que cierre esta brecha. Es decir, es absolutamente imperativo garantizar el acceso de todos los peruanos a servicios públicos de calidad, sin diferencias de condición, clase económica o ubicación geográfica. Este es un reto que no ha sido superado por nuestro país y el escenario es desalentador: no podemos dar por hecho que en cada localidad encontraremos una buena carretera, un centro de salud abastecido, o un colegio en funcionamiento. Esta es la situación de nuestro país, una dicotomía compleja: se necesita crecer económicamente para cerrar la brecha de infraestructura pues la generación, operación y mantenimiento de infraestructura pública es una actividad que requiere de la inversión intensiva de capitales económicos y, solo si se cierra la brecha de infraestructura pública podrá el país desarrollarse de manera sostenible e igualitaria, generar mayores oportunidades de empleo, y por último, crecimiento económico nacional.

En este sentido, el Estado peruano ha invertido millones de soles en su afán por construir infraestructura que sirva a todos los ciudadanos. Con ello, se han celebrado un sinnúmero de contratos y concesiones con regular éxito. Sin embargo, hoy las falencias del sistema se han

mostrado con mayor severidad: desde convocatorias declaradas desiertas, extensos casos de corrupción y mala gestión, hasta grandes obras de infraestructura paralizadas y amarradas en interminables litigios o peor aún, elefantes blancos. Por ello, deseo contribuir a la mejora de nuestro sistema de Asociaciones Público Privadas, con una mirada civilista que nos permita sistematizar y uniformizar los conceptos presentes en los contratos administrativos en materia de infraestructura, aprender de nuestras costosas lecciones y facilite el mejor diseño y ejecución de estos contratos a futuro.

La pregunta central de esta investigación versa sobre la naturaleza de la acción del Estado peruano en los contratos de Asociación Público Privada, dentro del universo de los contratos administrativos que celebra y las particularidades que aquello conlleva en su ejecución. Para ello, es importante identificar cómo el Estado, como sujeto de derecho público, se relaciona con otros sujetos de derecho privado a través de *contratos administrativos* y las diferentes connotaciones de cada uno de estos contratos en materia de infraestructura pública. Así, pretendo demostrar que no existe una definición unitaria de contrato administrativo y que los negocios jurídicos enmarcados en esta categoría comparten ciertas características, pero no de manera uniforme. Asimismo, se pretende explicar el poder normativo que ejerce el Estado al momento de celebrar estos contratos, en los espacios en los que por mandato imperativo de la ley se le pide concretar el reglamento contractual.

El presente trabajo de investigación es el resultado de la revisión de la doctrina administrativista y civilista nacional e internacional representativa de las materias abordadas, a fin de analizar los conceptos jurídicos abstractos que conforman la categoría de los contratos administrativos y se manifiestan en los contratos de Asociación Público Privada. En este sentido, se han reunido las posiciones de las principales tendencias doctrinarias y buscando consensos entre ellas, a fin

de ofrecer una mejor explicación a la naturaleza jurídica de los contratos de Asociación Público Privada. Asimismo, se ha complementado este análisis de la doctrina consultada con el análisis de procesos arbitrales en los que resultaron relevantes los conceptos que serán estudiados.

En este sentido, la presente investigación tiene por objetivo responder a la siguiente pregunta principal: ¿cómo actúa jurídicamente el Estado peruano durante la celebración y la ejecución de los contratos de Asociación Público Privada? Y para ello, las siguientes preguntas servirán de soporte:

- ¿Qué contratos celebra el Estado peruano en materia de infraestructura pública?
- ¿Cuál es el poder normativo que emplea el Estado peruano para poder celebrar los contratos administrativos?

A continuación, en el primer capítulo se explorará el concepto de contratos administrativos que celebra el Estado Peruano, específicamente en materia de infraestructura pública, los criterios comúnmente utilizados para su definición, y se ofrecerá una definición propia. Asimismo, se aplicará esta definición a los contratos más comunes del Estado peruano en materia de infraestructura pública, a fin de evaluar su adecuación. Luego, en el segundo capítulo se estudiará la autonomía negocial del Estado peruano desde la conceptualización de la teoría normativa del negocio jurídico para explicar cómo se vincula, crea, modifica, ejecuta y extingue los contratos administrativos en materia de infraestructura pública en los que participa. Finalmente, se expondrán casos reales en los que el Estado peruano ha participado y en los que los conceptos antes analizados tomaron una especial relevancia en su resolución, seguidos de las conclusiones de la investigación.

II. Los contratos administrativos en infraestructura pública en el Perú

1. ¿Qué son los contratos administrativos?

A grandes rasgos, los contratos que celebra el Estado se denominan contratos administrativos. En materia de infraestructura pública, estos adquieren diversas modalidades, como los de obra pública tradicional, de Asociación Público Privada (las que se suelen desarrollar a través de concesiones) o los que se celebran bajo las exigencias y procedimientos específicos de entidades internacionales financiadas por operaciones de endeudamiento externo o donaciones como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) o el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), entre otros. Como es evidente, los contratos administrativos que celebra el Estado en esta materia son complejos en sus aspectos económicos, técnicos y legales. Por ello, lograr suscribir y ejecutar con éxito cada uno de estos contratos implica la realización de enormes esfuerzos, tiempo y fuertes inversiones de capital, público y/o privado. Esfuerzos que podemos notar con mayor claridad cuando se materializan los riesgos asociados a estos contratos, como la pérdida de vidas humanas por errores estructurales, escándalos de corrupción, entre otros.

A pesar de la gran importancia de estos contratos para el desarrollo del país y el crecimiento de la economía, ni la ley ni la jurisprudencia se han tomado la labor de definirlos o establecer sus características principales. Así pues, no existe una definición legal en el Perú para ellos. Por su parte, la doctrina ha buscado suplir este vacío y múltiples autores han ofrecido clasificaciones y diagnósticos útiles, pero poco uniformes. Esto es de suma importancia porque, en este estado de las cosas, pareciera que todos los contratos administrativos comparten las mismas características, sin importar la modalidad de contratación elegida. En mi opinión, esto

está muy alejado de la realidad, como demostraré en las próximas líneas. Aunque, primero me parece necesario establecer una definición de estos contratos del derecho público que sistematice el parecer de la doctrina nacional y extranjera más autorizada. Para ello, a continuación, procederé a exponer las construcciones de los autores consultados, los tópicos comunes y, por último, ofreceré una definición, caracterización y clasificación de estos contratos, que refleje las apreciaciones más populares y coincidentes. El orden de los autores consultados es aleatorio.

En primer lugar, de acuerdo con Linares (2006, p. 286), para que un contrato administrativo pueda denominarse como tal, debe comprender un conjunto de potestades exclusivas de la Administración Pública, que la facultan a (i) interpretar y modificar unilateralmente el contrato, (ii) controlar y dirigir la ejecución del mismo, (iii) sancionar al contratista, y/o (iv) resolver unilateralmente el acuerdo. Es decir que, para este autor, el Estado siempre se encontrará en una posición general de ventaja sobre su contratante, esbozando así una relación vertical entre este y aquel que, debe cumplir con sus requerimientos debidamente motivados. Por su parte, Danós (2006, p. 27) (2008, p. 35) y Huapaya (2013, p. 749) coinciden en que es necesario que estas facultades se encuentren positivizadas en la ley o en el contrato para que puedan ser constitucionalmente legítimas, de modo que su ejercicio no afecte los principios de equilibrio, razonabilidad, proporcionalidad y prohibición de la arbitrariedad de la Administración.

Inclusive, para Linares (2006, p. 286) el origen de estas facultades exorbitantes se encontraría en el deber de velar por el interés público del Estado, por lo que los “dos contratantes [...] se reconocen en pie de desigualdad: uno representa al interés general, el servicio público; el otro, el interés privado del contratante”. En esta línea, Amado y Miranda (2000, p. 257) y Dromi (citado por Amado y Miranda, 2000, p. 257) han señalado que la libertad contractual y la

libertad de contratar se encuentran subordinadas al interés público, por lo que principios como el *pacta sunt servanda* cede ante el *ius variandi*, que facultaría exclusivamente al Estado a introducir modificaciones razonables e exigibles al contratista. Precisamente, los primeros señalan que, a diferencia de los negocios jurídicos del derecho privado, en los contratos administrativos las partes se encuentran en una desigualdad evidente y así querida por ellas, por los intereses disímiles que representan (Amado y Miranda, 2000, p. 257).

Por su parte, para Retamozo (2011, p. 193), los contratos administrativos se caracterizan por tener una composición dual: un primer elemento subjetivo, donde al menos una de las partes ejerce función administrativa y tiene mayores prerrogativas que su contratante; y, segundo elemento objetivo, porque el objeto del contrato es satisfacer el interés público. Es decir, que será un contrato administrativo todo aquel que tenga por objeto satisfacer algún aspecto del interés público y que sea celebrado por el Estado y un contratista privado. Evidentemente, la utilidad de esta definición está limitada a su amplitud y generalidad.

Por su parte, Ariño (2013, p. 86) presenta una concepción más compleja sobre estos contratos, señalando que este género se podrá calificar por su idealización del justo precio, interpretación teleológica, flexibilidad del principio *pacta sunt servanda*, extendida duración, aplicación común de la cláusula *rebus sic stantibus*, y la excepcional invocación a disposiciones y principios del derecho civil o mercantil. Esta opinión no solo comparte la posición de ventaja expresada por las anteriores, sino que invoca una supuesta justicia en el precio, motivada en la participación del interés público en su concreción. Con ello, de acuerdo con este autor, podrá lograrse una asignación equitativa y eficiente de los riesgos, de cara al interés público al momento de diseñar y ejecutar estos contratos (Ariño, 2013, p. 86). Es decir, que los contratos administrativos podrían ser identificados por contener prestaciones equivalentes para las

partes; ser interpretados en función del fin público al que asisten; estar abiertos a la posibilidad de ser modificados con mayor frecuencia; aplicar normas de derecho privado de manera supletoria; y por ser diseñados para una duración extensa.

Como se puede apreciar, empieza a surgir cierta tendencia compartida con los anteriores autores, pero no se emplean los mismos términos ni se resaltan los mismos aspectos. Sin embargo, discrepo de la referencia a la duración del contrato es, cuanto menos, equívoca pues muchos de los contratos administrativos en realidad son de cumplimiento instantáneo cuando no contemplan una fase de operación y mantenimiento, como lo son los de obra pública bajo el popular sistema de entrega de solo construcción, consistentes en realizar entregar una edificación o trabajos de ingeniería civil (Ojeda y otros, 2024, p. 401).

Inclusive, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión) (2025, pp. 10-12) ha tomado posición en el debate al señalar que las características que definen a un contrato administrativo son: (i) la carencia de autonomía de voluntad de las entidades ni libertad de contratar de las partes porque el procedimiento de su celebración se encuentra absolutamente regulado; (ii) porque su causa es el interés público; (iii) su ejecución está sujeta a las políticas públicas estatales; y (iv) las prerrogativas especiales o exorbitantes del Estado. Precisamente, sobre estas últimas, ProInversión (2025, p. 13) ha identificado a la capacidad de dirigir y controlar el cumplimiento del contrato, la modificación unilateral o *potestas variandi*, la potestad sancionatoria y la ejecución directa del contrato.

Por otro lado, en múltiples oportunidades, Cassagne ha elaborado una esquematización más precisa que ha sido compartida por la doctrina mayoritaria. Así pues, para él, la categoría de contrato administrativo o contrato público se caracteriza por (i) tener una finalidad pública,

basada en el interés público y la función administrativa; (ii) encontrarse bajo el régimen del derecho público; y (iii) por celebrarse con criterios de publicidad, igualdad y concurrencia. A estas características se le pueden adicionar (iv) la participación de una entidad pública con capacidad de dirección contractual; (v) contener prerrogativas especiales para dicha entidad que coloquen a las partes en posiciones desiguales; (vi) y que las controversias que puedan surgir sean resueltas por órganos jurisdiccionales facultados en derecho administrativo (Cassagne, 2002, p. 22) (Cassagne 2015, pp. 17-18). Esta opinión es secundada, en mayor o menor medida, por Fernández, (2015, p.77), Trelles de Belaúnde (2002, pp. 237-251), Morón y Aguilera (2017, pp. 21-22), Gordillo (2017), Moderne, (2013, p. 531), Sarmiento (2013, p. 46) y Baca (2009, pp. 69-70). En otras palabras, la doctrina mayoritaria coincide en que los contratos administrativos tienen las siguientes características, con mejor o menor uniformidad:

- a. Sean celebrados por el Estado, representado por el órgano facultado para tal fin, con prerrogativas especiales propias de su *ius imperium* (criterio subjetivo).
- b. Tengan por finalidad satisfacer alguna necesidad pública (criterio finalista).
- c. Se materialicen a través de un procedimiento administrativo basado en los principios de legalidad, libre competencia y transparencia (criterio formal).
- d. Las controversias que surjan durante su ejecución sean competencia de un órgano jurisdiccional facultado en aspectos contenciosos-administrativos (criterio jurisdiccional)

Sin embargo, un número menor de autores reclama que dicha categorización es errada, pues o los criterios empleados no serían correctos o los mismos no serían universalizables para todas las modalidades de contratación empleadas por la Administración. A continuación, se explorarán los criterios sostenidos por la doctrina mayoritaria y las contradicciones que le han sido hechas por los autores en desacuerdo.

a. El criterio subjetivo

Este primer criterio está compuesto por dos elementos: (a) que sea el Estado quien celebre el contrato, y que (b) cuente con prerrogativas especiales, exorbitantes al derecho privado que se justifiquen en su posición de prevalencia sobre el sujeto de derecho privado (Danós, 2006, p. 27). Estas son las facultades de resolver o modificar de manera unilateral el contrato por razones de interés público, imponer sanciones, y controlar o dirigir las prestaciones que este contiene.

Respecto del primer elemento, este es evidente, no estaríamos hablando de un contrato administrativo o de derecho público si no fuese el Estado quien participara de estos, a través de alguna entidad habilitada para representarlo. Es decir, que en todos los contratos administrativos siempre participa de ellos el Estado, en los términos expuestos en el acápite anterior. Es un elemento básico e ineludible de la categoría jurídica que se está construyendo.

Por otro lado, en cuanto a las prerrogativas especiales de las que gozaría el Estado, debe considerarse primero que, de acuerdo con Huapaya (2013, p. 749), Enrique (2013, pp. 4-5), Ariño, (2013, p. 81) y Travi (2014, pp. 553) en los contratos administrativos estas no existen solo por su condición de tal, sino que han sido libremente aceptadas por las partes y por ello, integran el contrato. Así pues, su fuente de conocimiento no es la ley, sino el negocio jurídico en específico, y vincula a ambas partes porque así lo indica este. Antes de la existencia del negocio jurídico, las prerrogativas especiales a favor del Estado únicamente existen en el universo jurídico abstracto y no pueden vincular a nadie porque no se ha configurado su supuesto de hecho particular que condiciona su existencia: la aceptación de los términos y

condiciones por parte de la contraparte privada, que manifiesta su voluntad y en conjunto con la del Estado, dan vida al negocio jurídico administrativo.

En consecuencia, es cuanto menos impreciso decir que son “prerrogativas especiales” y errado identificar su fuente en el mandato contenido en la ley. En realidad, son facultades otorgadas al Estado, el que dentro de relación jurídica contenida en la cláusula en específico asume la posición de situación jurídica subjetiva ventaja activa sobre el sujeto privado, en situación de sujeción (Danós, 2006, p. 35) (Morales, 2008 p. 330). Estos conceptos de derecho civil, tomados por el derecho público para la construcción de la institución jurídica de los contratos administrativos serán explicados con mayor detalle en el siguiente capítulo.

En este sentido, incluso si es la ley quien las impone en los contratos administrativos, estas adiciones mandatorias forman parte del marco normativo conocido por los sujetos que suscriben el contrato, libre y voluntariamente, conociendo de antemano las reglas del juego. En consecuencia, el origen de las facultades especiales del Estado para la ejecución de los contratos públicos no representa una verdadera imposición sobre el contratista ya que son una condición libremente aceptada por el mismo para la celebración del contrato. Precisamente, el contratista no está vinculado al Estado si el nexo jurídico que los vincula no existe. Entonces, el contratista opera de manera independiente a lo que las disposiciones sobre las prerrogativas especiales del Estado pudieran señalar en abstracto. Sólo podrán afectar su esfera jurídica si, voluntaria y libremente, suscribe el negocio jurídico con el Estado. Por lo que es falso que estas prerrogativas existan por imposición contra el contratista privado, sino de mutuo acuerdo entre el Estado y este. Entonces, no colocan al Estado *a priori* en una posición superior a su contraparte privada.

Adicionalmente, Linares (2006, p. 298) y Enrique (2013, pp. 4-5) han comentado que las mencionadas facultades ni siquiera son realmente exorbitantes del régimen privado pues, mientras no sean contrarias al orden público, podrían ser libremente acordadas en relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado. Por ejemplo, las facultades de dirección y control o de modificación unilateral se encuentran presentes en los contratos de construcción estandarizados como las cláusulas de intervención, reducción o realización de prestaciones adicionales. Así pues, algunas fórmulas contractuales denunciadas como exorbitantes existen en estos contratos privados, aunque solo en los más complejos. Más aun, considerando que las invocaciones al orden público dependen de lo que se considere en ese momento, lugar y autor por ello, por ser un concepto jurídico indeterminado (Espinoza, 2002, p. 303). En consecuencia, no sería de extrañar que en un futuro aquellas concepciones cambien y las supuestas prerrogativas exorbitantes puedan a formar parte de los contratos sujetos al derecho privado más comunes.

Así pues, las facultades especiales con las que opera el Estado en realidad no son definitivas ni estables a los cambios normativos o sociales. Ni siquiera su concepción será uniforme en la misma comunidad o grupo social. En esta línea, es falso que la sola presencia de una entidad estatal provoque un desbalance que caracterice de manera inequívoca a estos contratos. Lo cierto es que los contratos administrativos existen con tales características porque así lo han querido las partes, siendo que las facultades “especiales” del contratante no provienen de la ley sino, del contenido mismo del negocio jurídico, del acuerdo de las voluntades manifestadas.

Inclusive, para Linares (2006, p. 290), dichas facultades no son irrenunciables ni inherentes del mismo por su naturaleza, por lo que, es posible que exista un contrato público en el que las mismas no se hayan incluido, no tengan un rol principal o este haya sido aminorado. Avalamos

esta opinión pues, como se verá a continuación, no todos los contratos administrativos celebrados por el Estado cuentan con las mismas prerrogativas especiales, ni estas siempre se encuentran descritas con el mismo grado de fuerza impositiva en contra del contratista privado. Incluso, no sería imposible que no las contemplase.

Más aún, estas facultades especiales no implican un desbalance en el sinalagma contractual o en su equilibrio económico, ya que responden a riesgos y necesidades propias del objeto contractual. Primero, que el ejercicio de estas se encuentra fuertemente regulado y pueden estar sujetas hasta al control jurisdiccional, según la cláusula de resolución de controversias que contenga el negocio jurídico específico. Así pues, por su parte, el contratista privado evalúa su ejecución como un evento futuro e incierto, los otros riesgos asociados y las consecuencias legales de esta acción por parte del Estado y acepta libremente dichas condiciones. Y segundo, al ser un riesgo latente, el ejercicio irregular de estas facultades por parte del Estado conlleva una razonable compensación económica a favor del contratista, el cual evalúa de manera racional que es posible soportar riesgo si recibe una mayor retribución económica. Por lo que, si estuviéramos ante una situación de perfecto equilibrio de facultades entre las partes, probablemente la retribución económica entre los contratantes sería menor (Linares, 2006, pp. 297-298). Sería inocente pensar que las empresas contratistas estarían dispuestas a asumir costos futuros por la bondad de sus propietarios, más aún cuando su contraparte históricamente ha tomado conductas temerarias respecto de la ejecución de los contratos que celebra.

A fin de ilustrar los conceptos antes expuestos, el lector debe conocer que nuestro país ha tenido experiencia en arbitrajes internacionales de inversión en los que se ha discutido precisamente la invocación a estas “prerrogativas exorbitantes” y el *ius imperium* del Estado al momento de resolver unilateralmente contratos de Asociación Público Privada. Precisamente, en el Caso N°

ARB/10/2, un tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) se pronunció respecto de la resolución unilateral por razones de interés público del contrato de Asociación Público Privada para el diseño, construcción, administración, explotación y mantenimiento de la Vía Expresa del Callao, suscrito el 9 de febrero de 2001 entre Conviaal Callao S.A. (en adelante, “CONVIAL”) y el Estado peruano, a través de la Municipalidad Provincial del Callao (MPC).

En este proceso, la MPC alegó que sólo había ejercido una facultad suya contenida en el contrato, la que le permitía a resolverlo unilateralmente por razones de interés público, mientras que su contraparte privada argumentó que esta había ejercido una potestad exorbitante para expropiar el proyecto afectando el derecho de propiedad de los inversionistas extranjeros (Conviaal Callao S.A. y CCI-Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. vs República del Perú, 2013, pp. 148-150). Precisamente, CONVIAL alegó que la resolución unilateral de un contrato por razones de interés público “es un acto que caracteriza el ejercicio de *ius imperium* del Estado, por oposición a *ius gestionis* de cualquier contratista privado” (Conviaal Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. vs República del Perú, 2013, p. 149). Es decir, que para justificar la supuesta afectación ilegal a su derecho de propiedad, CONVIAL pretendió valerse de la conceptualización errada de esta facultad especial como una prerrogativa del Estado por su sola condición de tal. Y de este modo, tutela son intereses privados ante el CIADI.

Sin embargo, el Tribunal consideró que las facultades que asisten al Estado durante la ejecución de sus contratos administrativos no existen de manera independiente a los negocios jurídicos y que, “la prerrogativa de declarar la caducidad nació de la voluntad de las partes contratantes quienes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, negociaron y acordaron cuáles serían las

causales para declarar la caducidad del Contrato” (Convial Callao S.A. y CCI-Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. vs República del Perú, 2013, p. 154). De este modo, ante los tribunales más especializados se ha demostrado que el Estado no puede resolver contratos administrativos de manera unilateral conforme el interés público si el negocio jurídico no lo habilita a ello, siendo que esta es su fuente de derecho y no la ley, y menos aún su condición como sujeto de derecho público. No es un detalle menor que el propio Estado peruano adoptó esta posición durante el proceso.

En este sentido, coincidimos con Danós (2006, p. 35-41) cuando afirma que el ejercicio de estas facultades debe estar expresamente en el contenido del contrato, lo que en opinión de este autor, acerca su naturaleza a la de los derechos y no a las prerrogativas estatales verdaderas, entendidas como “el poder unilateral atribuido a la Administración dentro de una relación contractual que le permite incidir en el contenido de la relación contractual, asumiendo una posición prevalente”. En consecuencia, el ejercicio de estas facultades no es una manifestación de poder soberano del Estado, sino una facultad contractual, regulada, equilibrada y cuyo origen se remonta al acuerdo de las voluntades exteriorizadas de las partes y no, a una disposición legal. Es decir, que la naturaleza jurídica de un contrato administrativo no puede ser determinada por la presencia de facultades especiales, mal llamadas “prerrogativas exorbitantes”.

Volviendo al criterio subjetivo en su concepción más amplia, inclusive, el propio Cassagne (2017, p. 371) rechaza la utilización de este concentrado en la presencia del Estado para determinar la naturaleza pública del contrato pues, en sus palabras, la Administración podría “acudir a técnicas de contratación privada cuando el interés público que persigue no sea relevante y pueda satisfacerse en forma indirecta o mediata”. De este modo, el autor reconoce

implícitamente que ni siquiera es necesario que el Estado cuente con las prerrogativas especiales que antes señala como necesarias para la clasificación de un contrato como administrativo. Aunque, en el Perú es difícil pensar en un contrato celebrado por el Estado en materia de infraestructura pública que escape a la finalidad teleológica preestablecida para todo tipo de acción que este ejecute.

En conclusión, respecto del criterio subjetivo para identificar a un contrato administrativo se tiene que es cierto que siempre el Estado peruano va a participar de ellos, a través de alguna entidad competente para representarlo. No obstante, las facultades especiales que podría ejercer no se justifican en su *ius imperium*, sino en la coincidencia de las voluntades manifestadas en el negocio jurídico la libertad de contratar y escoger el contenido. En consecuencia, las prerrogativas especiales, estas no colocan al Estado en una posición de superioridad respecto de su contraparte, quien puede solicitar la corrección de su ejercicio a través de los mecanismos de solución de controversias dispuestos en el propio negocio jurídico. Por lo que no son indiscutibles o determinantes. Así pues, de este criterio sólo se considerará como crítico el primer elemento, la participación del Estado, para poder determinar cuándo un contrato es o no es administrativo. Las prerrogativas que el Estado pueda gozar en su ejecución son una añadidura introducida conforme la manifestación de voluntad de las partes y no parte de la naturaleza de los contratos administrativos.

b. El criterio finalista

En segundo lugar, autores como Morón y Aguilera (2017, p. 25) han definido el criterio finalista por la causalización del contrato administrativo hacia la satisfacción de una necesidad o el fin públicos. Por ejemplo, en el caso de los contratos de infraestructura pública, este podría

ser la construcción, operación y mantenimiento de proyectos dirigidos a la prestación de servicios públicos y demás actividades del Estado. Es claro que este criterio adolece de las mismas carencias de los conceptos sobre los cuales se construye: la definición es cuanto menos abstracta y poco clara pues, el “concepto de servicio público carecería de precisión (...) y que el concepto de utilidad pública sería extremadamente vago, por lo que permiten soluciones contradictorias respecto de ciertos contratos” (Sarmiento, 2013, pp. 45-46).

Evidentemente, nadie sabe lo que es el fin público más allá de que se sostiene en la búsqueda del interés común de la sociedad. Cerrar las brechas de infraestructura es, definitivamente, un fin público ya que invoca la prestación adecuada y general de servicios públicos, actividades esenciales para el desarrollo de los individuos y los grupos humanos. Pero la concreción, la precisión, la determinación exacta de la mejor estrategia para lograr dicho resultado, los objetivos de interés público a corto y mediano plazo, son apreciaciones subjetivas de estos supra-conceptos. En este sentido, para Flores-Dapkevicius (2010, p. 820) serán contratos administrativos aquellos que persigan o estén vinculados a los servicios públicos; y reconoce que “la dificultad radica en que deberíamos definir qué se entiende por servicio público, hecho donde no existe una unidad de doctrina”. Piénsese en la oposición de los fines públicos como la conservación del medio ambiente y la biodiversidad de nuestro país y la necesidad de generar desarrollo y crecimiento económico en las poblaciones más vulnerables y alejadas del territorio: ¿qué fin público privilegiar al momento de considerar construir una carretera que atraviese la selva peruana? Si escoger uno implica reducir al otro, y si aquella elección es controlada por un tercero y resulta revocada, ¿podría decirse que se privilegió un interés ajeno al interés público?

Entonces, puede concluirse que la imprecisión propia de los conceptos jurídicos indeterminados utilizados para caracterizar a los contratos públicos por su utilidad ha terminado por contagiarles este defecto, ya que estamos haciendo “referencia a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen precisados en su enunciado, pero que sin embargo podrá ser concretizado en cada caso en atención a las circunstancias” (Tribunal Constitucional, 2006). Circunstancias cuya apreciación dependen del sujeto que las mire.

En este sentido, debemos recordar que, aunque el contenido del concepto de “fin público” sea impreciso, “no se trata de un concepto librado enteramente a la discrecionalidad de la Administración, pues ello supondría en muchos casos justificar la arbitrariedad, sino que se trata de un concepto cuyo contenido deberá ser explicitado en cada caso en atención a circunstancias concretas” (Tribunal Constitucional, 2006). Lo cierto es que, podemos aproximarnos al concepto de interés público al señalar que dirige la actividad estatal, por disposición constitucional, y consiste en la satisfacción de las necesidades y expectativas de la comunidad (Tribunal Constitucional, 2004). Es decir, será distinto del interés privado pues no le pertenece a un individuo o un conjunto de estos, sino a la totalidad de la nación, según lo que el colectivo valore como indispensable para vivir. De esta manera, “consiste en reconocer la coincidencia de opinión de los ciudadanos en relación a “algo” considerado como necesario e importante” (Tribunal Constitucional, 2004). Evidentemente, en abstracto, el interés o la necesidad pública reflejan el querer de la mayoría de la sociedad. La dificultad está en concretar dicho querer, quién y cómo pretende hacerlo. No se niega que los contratos administrativos se dirijan a satisfacer una necesidad pública, sino que determinar cuándo estamos ante ella o ante un interés privado disfrazado de público (piénsese en los proyectos-elefantes blancos tan conocidos de nuestro país).

Lo anterior nos conduce a la siguiente pregunta, ¿acaso los contratos de derecho privado no podrían contribuir al interés público? Si el interés público es aquello que todos entendemos como positivo y beneficioso para nuestro crecimiento como sociedad, para la colectividad, ¿es una verdad absoluta que sólo los contratos que celebra el Estado pueden tener una finalidad pública? ¿O sólo porque los celebra el Estado podemos decir que tienen una finalidad pública? Si ello es así, entonces este no es un criterio autónomo que nos permita clasificar a los contratos administrativos como tal ya que es más una consecuencia de la participación estatal y sus fines teleológicos, más que una verdadera característica. Más aún, implicaría que los contratos celebrados por sujetos de derecho privado no pueden estar dirigidos a satisfacer necesidades públicas, como la actividad de diversas organizaciones sin fines de lucro en nuestro país, quienes actúan hasta más que el propio Estado en llevar educación y salud, entre otros servicios públicos, a las poblaciones más vulnerables. Lo cierto es que el interés privado puede coincidir con el interés público, y actuar en función de él cuando así se causaliza el negocio jurídico.

Inclusive, el Perú tiene ya cierta experiencia en operaciones económicas y negocios jurídicos complejos privados cuya finalidad última es el interés social, representado en la búsqueda de soluciones para el desarrollo económico y social del país y de las poblaciones más vulnerables: los fideicomisos de desarrollo (De la Flor, 1996, p. 176). Por ejemplo, se tiene el Fideicomiso Aporte Social Proyecto Las Bambas, cuyo fiduciario es el Banco Wiese Sudameris, el que administra los aportes realizados por la empresa titular de la concesión minera al Estado peruano y los destina al financiamiento de “proyectos de carácter productivo (agricultura, artesanía, industria y ganadería) y social (educación, energía, salud e infraestructura)” en las provincias de Grau y Cotabambas de la región Apurímac y sus comunidades campesinas como fideicomisarios (ProInversión, 2005, p. 83).

Así pues, en concordancia con lo explicado líneas arriba, juristas como Cassagne (2017, p. 374) han señalado que el criterio de la función administrativa comprende a los contratos que tengan por objeto un interés público o cuyo contenido “pertenezca a la función administrativa (...) que, en definitiva, se ubica en una línea similar a la del servicio público de la doctrina y jurisprudencia francesas (...) o a la del giro o tráfico de la Administración”. Sin embargo, el autor reconoce que este no es un concepto uniforme y que depende de la construcción jurídica de cada nación (Cassagne, 2017, p. 374). Una vez más, la abstracción y generalidad del interés, necesidad o servicio público impiden establecer con claridad este criterio, de manera universal.

En consecuencia, se tiene que el criterio finalista no es, por sí mismo, suficiente para poder clasificar a los contratos administrativos como tal. Primero, no se tiene claridad respecto de qué es el interés público ni cómo alcanzarlo. Por lo que un contrato administrativo enfermo podría esconder un interés privado (piénsese en los casos de corrupción). Segundo, no solo los contratos que celebra el Estado pueden responder a una finalidad pública, siendo que otros sujetos de derecho privado también orientan sus actividades a satisfacer las mismas necesidades encomendadas a este, con relativa o mayor éxito en determinadas situaciones. Por último, no es una característica presente en estos contratos de manera *a priori*, sino que responde a la presencia del Estado (criterio subjetivo), el cual sólo puede dirigir sus acciones hacia el interés público. Así pues, este no es un criterio determinante de la naturaleza de los contratos administrativos, sino una consecuencia del primer criterio.

c. El criterio formal

Por otro lado, respecto del criterio formal, un grupo numeroso de autores señalan que es errado considerar que el contrato público existe desde las etapas de planeamiento y estructuración de

la licitación o concurso público. No obstante, de acuerdo con Moderne (2013, p. 520), en la doctrina francesa se considera que los contratos públicos tienen su origen en la confluencia de las voluntades del Estado y del contratista. Así pues, es preciso recordar que el negocio jurídico o el contrato sólo puede nacer del concurso de las voluntades manifestadas y objetivizadas de las partes que los suscriben y no es, de ninguna forma, una imposición de la voluntad de una sobre otra. Durante la etapa de precontractual, los actos preparativos, y otros, no existe un contrato. Incluso durante la etapa transaccional podríamos decir que existe un compromiso de contratar o tratativas, pero no un negocio jurídico. Lo que algunos autores han identificado como el origen del contrato y su formación es en realidad, el procedimiento administrativo a través del cual se manifiesta la voluntad del Estado (Ariño, 2013, p. 69). Hasta que no se celebre el contrato, este no existe. Sólo existen declaraciones preliminares de voluntad, en búsqueda de un acuerdo que, llegado el momento, deberá cumplir con la formalidad exigida por la ley para ser plenamente válido y eficaz.

Al respecto, Ariño (2013, p. 70) señala que existe una diferencia esencial entre los actos administrativos conducentes a la contratación, y el contrato, que “contempla una situación jurídica final, consolidado que en las partes tienen derecho a confiar (principio de seguridad jurídica)”. En esta línea, Flores-Dapkevicius (2010, p. 818), citando a Mayer, considera que no existe una única voluntad que llene de contenido el contrato, pues este es producto de la confluencia de voluntades, aunque sea que la voluntad del sujeto privado acogerse totalmente a lo declarado por el Estado. Precisamente, de acuerdo con Mayer (citado en Flores-Dapkevicius, 2010, p. 818) los contratos administrativos son similares a los contratos privados por adhesión, en cuando a que (i) el contenido contractual es predeterminado por una de las partes y no puede ser modificado, y (ii) la parte adherente no puede discutir los términos del contrato. En otras palabras, los contratos administrativos no nacen durante la etapa

precontractual, la que en los contratos administrativos de infraestructura se caracteriza por ser la oportunidad en la que el Estado publicita el proyecto y realiza su oferta en cuanto a las bases, los términos de referencia o especificaciones técnicas y versión preliminar del contrato.

En cambio, el acuerdo se produce en la coincidencia de voluntades del Estado y el postor elegido, y el negocio jurídico nace en la suscripción del contrato, de acuerdo con la formalidad establecida. El hecho de que el sujeto privado sólo pueda contribuir con el valor económico y una que otra característica menor al contrato, no significa que este no manifieste su voluntad para acogerse a los términos y condiciones escogidos por el Estado. Negar ello implicaría negar la naturaleza de negocio jurídico a los contratos por adhesión, tan usados en el Derecho Privado, en los que los sujetos “débiles” tienen aún menos posibilidades de modificar siquiera el valor del contrato, piénsese en un contrato de tarjeta de crédito.

Así pues, coincidimos con Moderne (2013, p. 520) cuando afirma que no podemos olvidar que los contratos administrativos nacen de la confluencia de las voluntades expresadas, pues de lo contrario, nos encontraríamos ante un vicio elemental del contrato. Si bien la voluntad del Estado tendrá un contenido típico, como lo designa Ariño (2013, p.70), por efecto del principio de legalidad, ello no significa que este no emplee su autonomía negocial para determinar los otros aspectos del contrato, ni que los sujetos privados tampoco usen su autonomía para decidir voluntaria y libremente adherirse al contrato diseñado por su contraparte.

Inclusive, Morón y Aguilera (2017, p. 25) han explicado ya que esta forma de contratación - por adhesión total - no es exclusiva de la Administración pública y han reconocido que es correcto afirmar que existen contratos celebrados entre privados, a través de procesos de selección tanto o más rigurosos. Más aún, de acuerdo con estos actores, dado que existen

“contratos del Estado en vía directa, por lo que no consideramos que este criterio sea el que determine la categoría de contrato administrativo” (Morón y Aguilera, 2017, p. 25). En otras palabras, es falso que solo el Estado contrate a través de rigurosas etapas de selección o que imponga a su contraparte la absoluta mayoría de las disposiciones del contrato. Esas no son características exclusivas o determinantes de estos contratos.

En esta línea, Sarmiento (2012, p. 45) agrega que existen modalidades de contratación directa para obtener los mismos resultados que los ofertados a través de los concursos públicos, por lo que ni siquiera es necesaria la realización de dicho riguroso proceso ahí cuando la ley habilite al Estado a optar por dicha herramienta de contratación pública. Podemos ver un ejemplo de ello en los procedimientos de selección no competitivos regulados a partir del artículo 100° del reglamento de la Ley General de Contrataciones Públicas, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-2025-EF (en adelante, el “Reglamento LGCP”)¹, en los que se encuentran exentos del riguroso proceso establecido en la ley para las contrataciones públicas regulares. Así pues, no es cierto que todos los contratos administrativos cuenten con rigurosas etapas de formación de la voluntad, ni que esta sea idéntica para todos.

De este modo, se rechaza que el proceso de formación y estructuración del contrato administrativo sea el criterio que lo defina pues, (i) el contrato administrativo no tiene su origen en el procedimiento que es una etapa administrativa anterior, sino en la celebración del negocio

¹ Artículo 101° (“101.2. En los procedimientos de selección no competitivos, la fase de selección comienza luego de la aprobación del expediente de contratación y consiste únicamente en la invitación al proveedor identificado, adjuntando las bases de procedimientos de selección no competitivos conforme al formato aprobado por la DGA, y la presentación de las ofertas técnica y económica por parte de este, conforme a los artículos 68 y 69. En los procedimientos de selección no competitivos no se designan evaluadores ni hay evaluación técnica ni económica de ofertas. La DEC selecciona a un proveedor según la causal que se invoque, que cumpla los requisitos de admisión y los requisitos de calificación que se hubieran establecido en el requerimiento.) y 102° del del Decreto Supremo N° 009-2025-EF (“102.4. Luego de aprobado el procedimiento de selección no competitivo, la DEC comunica al proveedor que ha sido seleccionado para la suscripción del contrato [...].”)

jurídico con las formalidades exigidas por ley; (ii) el procedimiento de formación del contrato no implica que este sea una imposición de la voluntad del Estado sobre la de su contraparte, sino una adhesión libre y voluntaria del segundo a la manifestación del primero, en virtud de la autonomía negocial de ambos; (iii) los rigurosos procesos por los que debe transcurrir la manifestación de voluntad de la entidad pública contratante son similares a los utilizados por las empresas privadas, por lo que no le son exclusivos; y (iii) no todos los contratos administrativos se moldean a partir de estas rigurosas estructuras y el Estado puede adoptar formas de contratación directa cuando la ley se lo permite. Por lo que, este criterio no es el más adecuado para determinar cuándo un contrato es administrativo.

d. El criterio jurisdiccional

En cuarto lugar, el criterio jurisdiccional ha sido largamente criticado por diversos juristas quienes consideran que el fuero en el que deberán ventilarse las controversias surgidas durante la ejecución contractual será una consecuencia de la naturaleza del contrato y no, su característica o causa (Ariño, 2013, p. 80) (Sarmiento, 2013). Como indican Morón y Aguilera (2017, p. 24), en nuestro país, el fuero se encuentra en los tribunales arbitrales. Aunque, de acuerdo con Huapaya y Alejos (2020), de no incluir dicha cláusula arbitral en los contratos celebrados por el Estado, debería entonces recurrir a la jurisdicción natural.

Por lo que, al tratarse de una consecuencia jurídica del contrato, debemos concluir que no nos encontramos ante un criterio que pueda definir a los contratos administrativos. Inclusive, los contratos entre privados pueden acceder a los mismos fueros jurisdiccionales empleados en los contratos administrativos, hasta con la misma cláusula arbitral. En consecuencia, esta tampoco es una característica exclusiva de los contratos administrativos y es, por comparación, el

criterio menos útil para definir se está o no ante un contrato administrativo. Por lo que debe ser descartado como criterio.

2. Una propuesta de definición para los contratos administrativos

Hasta el momento se tiene que solo uno de los criterios antes esbozados supera satisfactoriamente las críticas realizadas por el sector de la doctrina que se les opone: el criterio subjetivo, en cuanto es una condición *sine qua non* de los contratos administrativos que sea el Estado quien los suscriba. Sin embargo, resulta poco satisfactorio señalar que serán contratos administrativos todos aquellos que tengan por parte al Estado. Una definición tan amplia como esta poco o nada hace por facilitar la identificación de estos contratos. Asimismo, lo cierto es que los otros criterios utilizados por la doctrina para clasificar a los contratos administrativos - los criterios finalista y formal - guardan cierto nivel de verdad, aunque su utilización sea limitada por las razones ya expuestas.

En consecuencia, se propone la siguiente definición, comprendida por dos partes: Serán contratos administrativos aquellos en los que (i) participe el Estado como parte contratante, en virtud del criterio subjetivo. Este criterio será considerado de primer rango. Y serán contratos administrativos aquellos en los que además se pueda (ii) identificar la presencia, en mayor o menor medida, de los criterios finalista o formal, considerados de segundo rango. De este modo, serán contratos administrativos aquellos en los que participe el Estado y se pueda identificar en ellos una finalidad pública o se haya seguido algún procedimiento regulado para la manifestación de voluntad del Estado. Si el contrato bajo análisis no cumple con al menos el primer y cualquiera de los segundos requisitos, entonces no puede afirmarse que el mismo sea un contrato administrativo.

Esta definición permite una adecuada amplitud para el concepto de contrato administrativo, y abarca los distintos tipos de negocio jurídico que celebra el Estado, sin resultar limitante o excesivamente rígida para su estudio. Lo que le facilita adaptarse a las observaciones que se realizan de los distintos tipos contractuales que celebra el Estado, sobre todo en materia de infraestructura. Y, como no es necesario que todos los contratos cumplan en igual medida estos requisitos, la flexibilidad de la fórmula permite acogerlos adecuadamente.

2. ¿Qué contratos administrativos de infraestructura pública celebra el Estado peruano?

En materia de infraestructura pública, el Estado peruano celebra diversos tipos de contratos a fin de proveerse de los medios y recursos necesarios para poder prestar o garantizar la prestación de los necesarios servicios públicos para el desarrollo del país. A continuación, se analizará la naturaleza de los contratos de obra pública tradicional, los contratos realizados conforme las exigencias, procedimientos y financiamiento de sujetos de derecho privado internacional y los contratos de Asociación Público-Privada que celebra el Estado peruano, en función de los criterios expresados en el acápite anterior para su clasificación como contratos administrativos.

a. Los contratos de obra pública tradicional

El modelo más típico y conocido de la contratación pública en materia de infraestructura es el contrato de obra pública que denominaremos “tradicional”, a fin de distinguirlo de otros mecanismos de contratación los que también tienen por objeto el diseño, la construcción, operación y/o mantenimiento de bienes inmuebles de propiedad pública, a través de los cuales

se desarrolla la actividad estatal y se prestan la gran mayoría de servicios públicos. Estos se encuentran regulados en la Ley General de Contrataciones Públicas, Ley N° 32069 (en adelante, la “LGCP”), y su Reglamento, Decreto Supremo N° 009-2025-EF.

Sin embargo, es necesario caracterizar esta modalidad contractual de una forma académica, que permita diferenciarlos de los otros géneros contractuales que son empleados por el Estado en materia de infraestructura pública. Así pues, se parte de la insatisfactoria definición legal, la que afirma que estos contratos son celebrados por una entidad contratante y un proveedor, en los que ambos asumen obligaciones recíprocas con el objetivo de abastecer al primero de las obras que le son necesarias². Se entiende, necesarias para satisfacer el interés público y cumplir con las obligaciones de la actividad estatal. Si aquello realmente sucede es una responsabilidad de las entidades públicas a cargo, y escapa del ámbito del presente trabajo de investigación.

En esta línea, el novedoso sistema de entrega de obras contenido en el artículo 158° del Reglamento señala que la entidad contratante podrá requerir del contratista privado que (i) se limite a realizar la construcción del expediente técnico según los términos aprobados y es responsable de los errores y deficiencias de este; (ii) elabore el expediente técnico y ejecute la obra; (iii) realice el diseño, construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura durante un periodo determinado; (iv) gestione el diseño y construcción bajo su propio riesgo, de la mano de subcontratistas a su cargo y responsabilidad; (v) o lo haga sin asumir la responsabilidad de los resultados entregados por los subcontratistas, limitándose a asesorar,

² Artículo 58° de la Ley General de Contrataciones Públicas (“58.1. Los contratos regulados por la presente Ley son aquellos celebrados entre una entidad contratante y un proveedor, con el fin de asumir obligaciones recíprocas para abastecer a la entidad contratante de bienes, servicios u obras. El reglamento establece el procedimiento para su perfeccionamiento. 58.2. Cuando se trate de obras y consultoría de obras, operación y mantenimiento, las entidades contratantes utilizan los sistemas de entrega establecidos en el reglamento, los cuales pueden considerar la metodología de ejecución que permite iniciar los trabajos de construcción paralelamente al diseño, conforme al ítem, cuantía de las contrataciones y condiciones establecidas en el reglamento.”)

coordinar, planificar, gestionar y supervisar las actividades; (vi) o, alternativamente, que asuma junto con la entidad los riesgos del proyecto y las elecciones sobre su diseño, adquisiciones, alcance y ejecución³. La elección de uno u otro sistema dependerá del nivel o madurez de la información del proyecto, su complejidad y envergadura; el nivel de participación del contratista en el diseño; la complejidad técnica del diseño o ejecución de la obra; la certeza sobre el costo final; la oportunidad de entrega de la obra; la asignación de riesgos; y las capacidades de la entidad para gestionar el sistema elegido⁴. Es decir, que hoy, gracias al cambio del marco normativo, los contratistas privados podrán compartir los riesgos de la ejecución contractual con la entidad contratante según el tipo de sistema de entrega de obra escogido.

Inclusive, otra novedad es que ahora, en materia de ejecución y consultoría de obras y gestión de instalaciones, las entidades titulares de los proyectos podrán optar por emplear contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, siempre que sean reconocidos por la Dirección General de Abastecimiento del Ministerio de Economía y Finanzas (DGA) a través de la Resolución Directoral N° 0011-2025-EF/54.01⁵. La posibilidad de emplear los

³ Artículo 158° del Reglamento LGCP (158.1. La entidad contratante determina uno de los siguientes sistemas de entrega de obra: a) Solo construcción [...]. b) Diseño y construcción [...]. c) Diseño, construcción, operación y mantenimiento [...]. d) Gestión del diseño y construcción al riesgo [...]. e) Gestión del diseño y construcción de agencia [...]. f) Entrega integrada de proyecto o alianza [...].”)

⁴ Artículo 160 del Reglamento LGCP (Para la elección del sistema de entrega y modalidades de pago se debe evaluar como mínimo los siguientes criterios: a) El nivel o grado de madurez de la información con la que se cuenta respecto del proyecto [...]. b) El nivel requerido de participación del contratista en el proceso de diseño. c) La complejidad técnica del diseño o la ejecución de la obra. d) Nivel de certeza del costo final [...]. e) La oportunidad de entrega de la obra [...]. f) Asignación de riesgos a las partes [...]. g) Las capacidades de la entidad contratante para gestionar el sistema de entrega elegido con sus propios recursos.”)

⁵ Artículo 59° de la Ley General de Contrataciones Públicas (“59.1. Los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional son modelos contractuales creados por organizaciones internacionales del sector de construcción, reconocidos como tales por la DGA mediante resolución directoral. 59.2. Para el caso de consultoría de obras, ejecución de obras y gestión de instalaciones, las entidades contratantes pueden utilizar contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, siempre que así lo determine la estrategia de contratación [...]. 59.3. La ejecución contractual de los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional se rigen por lo dispuesto en los propios contratos y conforme a las disposiciones de la ley y su reglamento [...].”) y 217° de su

contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional para la realización de obras públicas tradicionales es una oportunidad para que el país modernice su técnica de contratación, aun cuando su uso deba ser excepcional y evitando tropicalizar estos contratos de estándar internacional. Estos “tipos” contractuales ahora integrarán la lista de opciones por las que el Estado puede optar al momento de estructurar su manifestación de voluntad.

Inclusive, tanto aquellos como los modelos de contratación más tradicionales contienen obligatoriamente las conocidas cláusulas de garantías, anticorrupción y antisoborno, de solución de controversias, de resolución contractual por incumplimiento y de gestión de riesgos, conforme el artículo 60° de la LGCP. Las que además serán complementadas con las cláusulas preestablecidas contenidas en las bases estándar de los procedimientos de selección del nuevo marco normativo, conforme la Resolución Directoral N° 11-2025-EF/54.01 de la Dirección General de Abastecimiento y el artículo 55° del Reglamento.

Así pues, aunando en la definición antes desarrollada, el contrato de obra pública tradicional está compuesto por un objeto dirigido a la satisfacción del interés público a través de la edificación, diseño, operación, mantenimiento o gestión de estos respecto de un bien físico de titularidad estatal, y cláusulas de obligatoria inclusión que permiten reconocerlo como tal, así como la evidente suscripción bajo los procedimientos descritos en la LGCP y su Reglamento, así como la aceptación de las consecuencias legales de las disposiciones imperativas allí contenidas.

Reglamento LGCP (“217.1. Los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional son modelos predefinidos que, únicamente de manera excepcional, pueden adecuarse para aclarar conceptos o establecer precisiones de índole técnica [...]. 217.2. La DGA mediante resolución directoral establece los contratos estandarizados y los tipos de estos que pueden utilizarse en obras, consultoría de obras, el servicio especializado de gestión de instalaciones y el servicio de mantenimiento vial, de acuerdo con el sistema de entrega [...].”)

Más aún, a pesar de la rígida estructura contenida en el marco normativo de la LGCP, por la cual debe discurrir la celebración, ejecución y general desarrollo del contrato de obra pública tradicional, no es menos cierto que la entidad pública que representa al Estado en cada contrato celebrado no cuenta con cierto nivel de autonomía negocial. No solo para la elección del modelo de contrato a emplear, o para el diseño de las disposiciones contractuales que integrarán el contrato. Sino que, incluso, la propia LGCP faculta a los funcionarios públicos a que actúen de manera discrecional durante la ejecución contractual, complementando y llenando de contenido el negocio jurídico sobre la marcha a través de sus decisiones.

De este modo y de acuerdo con el artículo 27° de la LGCP, esta facultad le permite al Estado tomar decisiones en observancia de la finalidad pública y el principio de valor por dinero⁶. Entonces, por ejemplo, de ser necesario determinar un aspecto del contrato el que sea oscuro o impreciso por su redacción, el contratista privado podrá proponerle a la entidad contratante la celebración de un acuerdo conciliatorio, a fin de evitar mayores controversias y garantizar así la regular ejecución del contrato. El Estado no sólo podrá evaluar la conveniencia de realizar dicho acuerdo, sino que su contenido no podrá contravenir las normas imperativas del marco normativo, pero el contenido de este no está predispuesto, la entidad no se encuentra obligada a ello. Un claro signo del ejercicio de la autonomía negocial del Estado, aunque dirigida de manera abstracta y general a la búsqueda del mejor resultado desde el principio de valor por dinero.

⁶ Artículo 27° de la LGCP (“27.1. La facultad para actuar discrecionalmente se fundamenta en el rigor técnico empleado por los funcionarios y servidores, dependencias y unidades de organización encargadas de las contrataciones públicas para optar por la mejor decisión debidamente sustentada que permita el cumplimiento oportuno de los fines públicos. 27.2. Dicha decisión debe ser la más conveniente para alcanzar la finalidad pública del contrato, de modo que garantice la contratación de bienes, servicios u obras que maximicen el valor de los recursos públicos. Esta decisión se toma en observancia del principio de valor por dinero, entre otros de la ley y a los criterios establecidos por la cuarta disposición final complementaria de la Ley 29622, Ley que modifica la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional [...].”)

Ahora bien, hasta el momento hemos desarrollado la definición y características de los contratos de obra pública tradicional conforme la ley. Por lo que, para complementar la descripción antes desarrollada, se consultará la doctrina nacional e internacional autorizada en el tema respecto de las definiciones que se le ha dado a esta modalidad de contratación pública en infraestructura.

Así pues, en palabras de Bermejo (2015, p. 31), Linares (2009, pp. 176-178), y Vásquez (2009, p. 268), los contratos de obra pública tradicional tienen por objeto la realización de diversas actividades de ingeniería sobre bienes inmuebles de propiedad pública, a través de los que se modifica el terreno o subsuelo entregado, o apuntan a la remodelación o conservación de un bien edificado, todo con el objetivo de servir a un fin público. A lo que Morón y Aguilera (2017, p.63) y el BID (2021, p. 11) añaden que, a cambio de dicha actividad, la entidad pública se compromete a pagar al contratista con una retribución económica, la cual tiene un origen público.

Más aún, Linares (2009, p. 179) profundiza sobre la definición antes esbozada y agrega que los contratos de obra pública tienen tres elementos: (i) su contenido técnico especializado sobre las edificaciones a realizar, (ii) la participación inevitable de las entidades estatales como sujetos contratantes, y (iii) la finalidad pública a la que debe dirigirse toda contratación de obra pública tradicional.

Por otro lado, en palabras de Baca y Ortega (2013, pp. 39-40), estos contratos se caracterizan porque el contratista será remunerado independientemente del uso último que le de la administración y si con este se logra alcanzar el interés general o no. A lo que agrega que, el

riesgo asumido por el contratista se limitará a la construcción de la obra (Baca y Ortega, 2013, pp. 39-40). A esta idea, Benavente y Segura (2017, p. 21) añaden que en estos contratos la “participación del sector privado se limita a la función de contratista bajo los términos y responsabilidades establecidos en el correspondiente expediente técnico”, siendo de titularidad estatal los riesgos de financiamiento y diseño. Sin embargo, estas definiciones han quedado ligeramente desactualizadas con la entrada en vigencia del nuevo marco normativo, el cual implica que esta definición solo resultaría aplicable a los contratos de obra pública bajo el sistema de entrega de “solo construcción” pues, la distribución de riesgos ha variado con el nuevo marco normativo. Ahora se permite que el contratista pueda asumir riesgos como la operación y mantenimiento de la infraestructura diseñada y construida por sí mismo. El BID (2021, p. 11) ya había explicado que no necesariamente todos los contratos de obra pública tradicional se limitarán exclusivamente al diseño y construcción de las edificaciones deseadas, sino que incluso alguna minoría también podría involucrar el mantenimiento y operación de la infraestructura creada o preexistente.

A todo lo anterior, solo queda mencionar que, para Cassagne (2017, p. 591), los contratos de obra pública tradicional son una versión “administrativa” de los contratos *locatio operis*, en los que, producto del acuerdo de voluntades entre el Estado y el contratista privado, se busca satisfacer el interés público, el que “consiste en dotar al Estado de la ejecución de una obra que formará parte de su infraestructura inmobiliaria o de su propiedad mobiliaria o derechos inmateriales”. A lo que añade el autor que la finalidad pública puede no ser directa o evidente, y que esta es independiente del uso al que estará destinado el bien, y que el origen del financiamiento siempre será público (Cassagne, 2017, p. 591).

En consecuencia, podemos definir a los contratos de obra pública tradicional como aquellos suscritos en virtud de la LGCP y su Reglamento, los que pueden tener por objeto la construcción, diseño, operación y mantenimiento, entre otras actividades antes mencionadas, respecto de bienes de titularidad pública y cuyo financiamiento proviene exclusivamente del erario público. Estos contratos se celebran a través de los procedimientos desarrollados en la ley y su reglamento y le son de aplicación obligatoria las disposiciones legales imperativas allí contenidas respecto de su celebración, ejecución, pago y hasta su resolución.

En cuanto al análisis de los criterios para clasificar a esta modalidad de contratación como una de naturaleza pública, podemos afirmar con absoluta certeza que sí, son contratos administrativos. Evidentemente que cumplen el requisito de primer orden, al ser el Estado, representado a través del Titular de la Entidad involucrada, quien suscribe el contrato. Precisamente, el artículo 3° de la LGCP señala que solo las siguientes entidades pueden fungir como contratantes en los contratos regulados por ella: el Congreso de la República, el Poder Judicial y los organismos constitucionalmente autónomos; los ministerios, sus organismos públicos, programas y proyectos especiales; los gobiernos regionales y locales, sus programas y proyectos; las universidades públicas; las empresas del Estado; los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos; el Seguro Social de Salud (ESSALUD); las Fuerzas Armadas; la Policía Nacional del Perú; los órganos desconcentrados; y las organizaciones creadas conforme al ordenamiento jurídico nacional con autonomía y capacidad para gestionar sus contrataciones.

En cuanto al criterio de segundo rango, la finalidad pública, su presencia es también evidente. Esto tanto porque el Estado forma parte activa del contrato y todas sus acciones siempre deben dirigirse a la consecución de esta, como porque así se desprende de la literalidad del mandato

de la ley: la finalidad pública ahora integra la definición de los principios de Valor por Dinero, Equidad, Innovación y Colaboración y Vigencia Tecnológica⁷. Inclusive, es un aspecto del proyecto y eventual contrato que debe ser determinado desde la elaboración del requerimiento en la etapa de actuaciones preparatorias, en la que se determina la necesidad pública que se pretende satisfacer y los objetivos de la contratación⁸.

Por último, respecto del criterio formalista, bastará que el lector consulte el artículo 45° de la LGCP y siguientes, así como los artículos del Reglamento que le están relacionados para dar cuenta de la naturaleza rígida y tipificada del procedimiento de contratación pública. Así pues, para llegar a la suscripción del contrato de obra pública tradicional, antes deben transitarse las etapas de actuaciones preparatorias y de selección y cumplir todos los procedimientos y realizar todas las actuaciones requeridas por ley para ello⁹. Etapas estrictamente reguladas por procedimientos de naturaleza pública, a través de los que se construye la voluntad del Estado y se dan espacios para que los privados puedan emitir sus ofertas.

Así pues, en la primera de estas etapas, el Estado define cuál es la necesidad pública que desea satisfacer y los objetivos por los cuales se desea contratar. Para ello, se elabora un

⁷ Artículo 5° de la LGCP (“5.1. Las contrataciones públicas, con independencia de su régimen legal, se rigen bajo los siguientes principios: [...] c) Valor por dinero: [...] se contrate a quien asegure el cumplimiento de la finalidad pública de la contratación, considerando la calidad, la sostenibilidad de la oferta y la evaluación de los costos y plazos, entre otros aspectos vinculados a la naturaleza de lo que se contrate, y que no procure únicamente el menor precio. [...] l) Equidad y colaboración: todos los participantes de los procesos de contratación deben procurar [...] la colaboración oportuna y eficaz para el logro de la finalidad pública que se persigue, [...] n) Innovación: [...] la innovación se constituye en un medio generador de soluciones para la satisfacción de las necesidades ciudadanas. o) Vigencia tecnológica: las entidades contratantes deben adquirir bienes, servicios y obras que reúnan las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para la que son requeridos [...].”)

⁸ Artículo 46° de la LGCP (“1. [...] El área usuaria o área técnica estratégica, según corresponda, determina el requerimiento en coordinación con la dependencia encargada de las contrataciones, en el cual se identifican la finalidad pública y los objetivos de la contratación.”)

⁹ Artículo 45° de la LGCP (“El proceso de contratación es el conjunto de etapas, procedimientos y actividades desarrollados por las entidades contratantes con el objeto de abastecerse de bienes, servicios u obras. Este consta de tres fases: a) Actuaciones preparatorias. b) Selección. c) Ejecución contractual.”)

requerimiento, el que debe expresar la obra que se desea contratar según su desempeño y funcionalidad, desde el expediente técnico u objetivos funcionales de la misma, y la estructura de costos del proyecto¹⁰. En esta etapa se determinan además la existencia de la oferta y competencia en el mercado, el presupuesto y el mecanismo de contratación a emplear. De cierta manera, su equivalente en el mundo del derecho civil sería una invitación a ofertar, de parte del Estado a los postores que podrían estar interesados en el proyecto que se plantea.

Luego, en la segunda etapa, se realiza la selección del postor a través de una licitación pública si el procedimiento es competitivo, por ejemplo. En ella se evalúan las ofertas presentadas por los postores, en virtud de los requisitos de calificación y aspectos económicos de la misma, luego de lo cual se procede a la evaluación de las dos mejores ofertas calificadas para otorgar la buena pro a una de ellas¹¹. Una vez seleccionado el postor cuya oferta es la más adecuada desde un punto de vista de costos, calidad, eficiencia, garantía, entre otros, se procede a la suscripción formal del contrato. Aquí pues, al otorgar la buena pro el Estado emite una manifestación de voluntad dirigida a alcanzar la oferta realizada por el postor seleccionado, dándole así forma al contenido del futuro contrato a suscribirse.

¹⁰ Artículo 46° de la LGCP (“46.4. El requerimiento se formula de manera clara y objetiva, y debe expresar el bien, servicio u obra a contratar, preferentemente, en función a su desempeño y funcionalidad. El requerimiento de [...] obras, en el expediente técnico de obra o en los objetivos funcionales, según el sistema de entrega utilizado. En los documentos integrantes del expediente de contratación, según corresponda, se aplica expresamente el principio de valor por dinero. Con respecto a los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, el requerimiento puede plasmarse en aquellos documentos que precisen su alcance. 46.5. El expediente técnico de obra debe contar con una estructura de costos definida de acuerdo con las particularidades que demande la complejidad del proyecto.”)

¹¹ Artículo 98° del Reglamento LGPC (“98.1. El oficial de compra verifica que los postores que presentaron ofertas cumplan los requisitos de calificación, luego de lo cual procede a la evaluación de la oferta económica, la cual consiste en establecer el orden de prelación de los postores considerando en el primer lugar a quien oferte el menor monto. Para proceder a la evaluación de la oferta económica se debe contar con al menos dos ofertas que cumplan los requisitos de calificación. 98.2. El otorgamiento de la buena pro lo realiza el oficial de compra mediante su publicación en la Pladicop.”)

En consecuencia, se concluye que el contrato de obra pública tradicional es un contrato administrativo, en el sentido más tradicional de la expresión. Este contrato cumple de manera rígida con los criterios expuestos para dicha caracterización y su marco normativo determina, con absoluta precisión, los términos y condiciones en las que toma forma y se ejecuta.

b. Los contratos realizados conforme las exigencias y procedimientos de los sujetos de derecho privado y público internacional

A diferencia de los contratos de obra pública tradicional, el Estado peruano celebra otros contratos de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización, organismo multilateral, Estados o entidades cooperantes, que están exentos de seguir los procedimientos establecidos en la LGCP y su Reglamento, siempre que estén financiados por operaciones de endeudamiento externo o donaciones vinculadas. Precisamente, de acuerdo con los literales f) y l) del numeral 7.1 del artículo 7° de la LGCP, están exonerados de dicho marco normativo los contratos suscritos por el Estado que cumplan dichas características, incluso cuando solo el 25% del financiamiento provenga del sujeto internacional¹². Y, la modalidad más común de estos contratos administrativos la podemos encontrar en los que son ejecutados gracias al financiamiento del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) o el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF).

¹² Artículo 7° de la LGCP (“7.1 Se excluyen de las disposiciones de la presente ley los siguientes supuestos, con excepción de aquellas referidas a los principios que rigen las contrataciones públicas: [...] f) Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, organismo multilateral, Estados o entidades cooperantes, siempre que se financien por operaciones de endeudamiento externo o donaciones ligadas a dichas operaciones [...]. l) Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados o entidades cooperantes, que se deriven de donaciones efectuadas por estos, siempre que dichas donaciones representen por lo menos el 25 % del monto total de las contrataciones involucradas en el convenio suscrito para tal efecto. En caso de que las donaciones provengan de organismos multilaterales financieros, no se requiere el porcentaje señalado.”)

Estos contratos se originan de los contratos de financiamiento internacional que la o las entidades internacionales suscriben con el Estado con el objeto de contribuir a la financiación y ejecución de algún proyecto dirigido a satisfacer alguna necesidad pública o contribuir al cierre de las brechas de acceso y de calidad en la infraestructura nacional. De esta manera, el financiamiento del proyecto - o parte de este - no proviene directamente del dinero público del Estado peruano, sino del préstamo internacional suscrito con la o las entidades correspondientes. En consecuencia, para que el Estado pueda realizar estos contratos de obra, debe ceñir su acción estrictamente a lo dispuesto por las directivas del sujeto de derecho público y/o privado internacional que le otorga el préstamo. Eventualmente, de celebrar un contrato de obra bajo esta modalidad, la normativa aplicable al mismo se reduce a lo allí dispuesto, a las políticas establecidas por la entidad de derecho público internacional, y por último, a las normas de Derecho Privado nacional, en ese orden de prelación. Es decir, que no se aplica el marco normativo de la LGCP ni los principios y costumbres asociados a este. Pretender “tropicalizar” estos contratos es un error que conlleva a resultados nocivos para el proyecto y las partes involucradas, dado que lo desnaturalizan y lo asemejan a un contrato de obra pública tradicional, pero esta crítica escapa del alcance de la presente investigación.

A fin de ilustrar lo desarrollado en el párrafo anterior, se tiene que el 12 de abril de 2016, el Estado peruano suscribió con el BIRF el Contrato de Préstamo N° 8562-PE para cofinanciar el Programa de Apoyo al Transporte Subnacional (PATs). En virtud de este contrato de préstamo internacional, el Estado peruano, representado por Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado (Provías Descentralizado) suscribió el Contrato N° 232-2022-MTC/21, de fecha 16 de diciembre de 2022, con el Consorcio Angasmayo para la ejecución de la obra “Mejoramiento del camino vecinal pte. Angasmayo - Millpo, Dv. Huariperja - Huariperja, Distrito de Vinchos, Provincia de Huamanga, Región de Ayacucho”. Este es solo

uno de los múltiples contratos de obra celebrados por Provías Descentralizado en virtud de aquel contrato de préstamo internacional y otros como el obtenido con el BID N° 3587/OC-PE de fecha 4 de abril de 2016, con el mismo objetivo, cofinanciar el PATS.

CLÁUSULA 3.02. Uso de los recursos del Préstamo. (a) Los recursos del Préstamo sólo podrán ser utilizados para pagar gastos que cumplan con los siguientes requisitos: (i) que sean necesarios para el Programa y estén en concordancia con los objetivos del mismo; (ii) que sean efectuados de acuerdo con las disposiciones de este Contrato y las políticas del Banco; (iii) que sean adecuadamente registrados y sustentados en los sistemas del Prestatario u Organismo Ejecutor; y (iv) que sean efectuados con posterioridad al 18 de noviembre de 2015 y antes del vencimiento del Plazo Original de Desembolso o sus extensiones. Dichos gastos se denominan, en adelante, "Gastos Elegibles".

ANEXO ÚNICO

EL PROGRAMA

Programa de Apoyo al Transporte Subnacional (PATS)

I. Objetivo

- 1.01** Los objetivos del Programa son: (i) facilitar el acceso vial sostenible de la población rural del Perú a servicios públicos básicos para contribuir a la reducción de la pobreza; y (ii) contribuir a mejorar la competitividad del país reduciendo los costos de transporte en caminos rurales asociados a corredores logísticos prioritarios.
- 1.02** Los objetivos específicos son: (i) contribuir a la reducción de los costos de operación vehicular; (ii) a la reducción del tiempo de viaje; y (iii) fortalecimiento de la gestión vial descentralizada.

Contrato de Préstamo N° 3587/OC-PE

A pesar de que su regulación pertenece al mundo del derecho civil por mandato de la ley, los contratos suscritos en virtud de los préstamos y demás financiamientos internacionales otorgados al Estado peruano tienen una naturaleza estrictamente administrativa. Inclusive cuando el procedimiento para su celebración se encuentre fuera de toda norma típica de derecho público. Ello porque cumplen con satisfacer el criterio o requisito de primer orden: es el Estado quien los suscribe, a través de alguna entidad facultada para ello. No los suscribe el BID, el BIRF o la entidad internacional vinculada al programa financiero que hace posible la existencia del proyecto.

Asimismo, en cuanto al segundo criterio -su finalidad- siendo que se celebran en para la ejecución de proyectos determinados y preestablecidos por las entidades financieras internacionales, su objeto no es solo la construcción de, por ejemplo, una carretera, aunque ello de por sí bastaría para afirmar que responden a un interés público por tratarse netamente de la mejora de la infraestructura de transporte terrestre en nuestro país. Sino que, además, su finalidad está orientada a los objetivos establecidos en el contrato de préstamo internacional, de los cuales no pueden alejarse ni mucho menos contradecirlo si se desea poder acceder al financiamiento contratado¹³.

Por ejemplo, como podrá apreciar el lector a continuación, el objeto del Contrato de Préstamo N° 8562-PE, suscrito con el BIRF para cofinanciar el PATS, tiene una línea clara y marcada respecto de los posibles fines de los contratos de ejecución de obras que eventualmente se firmarían a partir de este. Un fin marco, por así decirlo, que claramente responde a una necesidad pública: la mejora y el mantenimiento de los caminos rurales de nuestro país. Y, para su mejor comparación, podrá también apreciar el objeto del Contrato N° 232-2022-MTC/21, uno de los tantos contratos vinculados al Contrato de Préstamo, que respeta esta limitación.

¹³ Por ejemplo, el numeral 1.14 Adquisiciones No Elegibles para Financiamiento del Banco de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por el BID (GN2349-15) señala que no se financiarán los proyectos cuya “contratación no se haya hecho de conformidad con los procedimientos establecidos en el Contrato de Préstamo y conforme haya sido detallada en el Plan de Adquisiciones. En tales casos, el Banco puede ejercitar otros recursos en virtud del Contrato de Préstamo y adoptar medidas adecuadas, como declarar una adquisición no elegible para financiamiento del Banco. Aunque un contrato sea adjudicado después de obtener una “no objeción” del Banco, el Banco puede declarar una adquisición no elegible para financiamiento del Banco si concluye que la “no objeción” fue emitida sobre la base de información incompleta, inexacta o engañosa proporcionada por el Prestatario o si los términos y condiciones del contrato han sido modificados sin la aprobación del Banco.”

Part 1: Infrastructure for Integration and Social Inclusion

(a) Scaling up previous rural roads programs by prioritizing interventions that promote accessibility and social inclusion of the poorest rural areas, through: (i) technical design and detailed engineering studies for roads rehabilitation and improvement; (ii) execution of civil works for rehabilitation and improvement of about 1,100 km of rural roads, including road safety materials and related road users training; (iii) implementation of safeguards mitigation measures as needed; and (iv) supervision of related civil works.

(b) Improving the transitability of rural roads linked to and/or feeding into five selected logistic corridors: *Chiclayo-Moyobamba-Tarapoto-Yurimaguas-Iquitos* (Corridor 1), *Matanari-Arequipa-Juliaca-Puno-Puente Inambari* (Corridor 5), *Cusco-Puerto Maldonado-Iñapari* (Corridor 8), *Cusco-Juliaca-Puno-Desaguadero* (Corridor 11), and *Tarapoto-Aucayacu-Tocache-Tingo María* (Corridor 12) through: (i) technical design and detailed engineering studies for roads rehabilitation and improvement; (ii) centralized execution of civil works for the rehabilitation and improvement of about 1,100 km of rural roads linked to priority logistics corridors, including road safety materials and related road users training; (iii) implementation of safeguards mitigation measures as needed; and (iv) supervision of related civil works.

Part 2: Rural Road Infrastructure Maintenance

Provision of support for the efficient and sustainable decentralized maintenance of the rural road network, through: (i) technical design for periodic and routine maintenance contracts; (ii) centralized and decentralized execution of civil works for periodic and routine maintenance of about 5,000 km of rural roads; and (iii) supervision of related civil works.

Part 3: Decentralized Road Management

Provision of support for the consolidation of the decentralized transport management agenda, through: (i) the strengthening of the capacity at the subnational (Regions and Municipalities) in road transport management; (ii) the institutional strengthening of PVD; (iii) the development and implementation of a capacity building program for routine maintenance through microenterprises; (iv) the design and implementation of a Local and Logistics Development Window; and (v) Program monitoring and evaluation, including implementation of an information and reporting system.

Schedule 1 Project description del Contrato de Préstamo N° 8562-PE¹⁴

¹⁴ “Parte 1: Infraestructura para la integración e inclusión social. (a) Mejoramiento de caminos preexistentes, priorizando las intervenciones que promuevan la accesibilidad y la inclusión social de las áreas rurales más pobres a través de: (i) estudios de ingeniería técnicos y detallados para la rehabilitación de los caminos y su mejora; (ii) ejecución de obras de ingeniería civil para la rehabilitación y mejora de 1,100 kilómetros de caminos rurales, aproximadamente, incluyendo materiales de seguridad vial y capacitaciones a los usuarios relacionados; (iii) implementación de medidas de mitigación de riesgos necesarias; y (iv) supervisión de los trabajos de ingeniería civil relacionados. (b) Mejoramiento de la transitabilidad de los caminos rurales relacionados y/o que desembocan en cinco corredores logísticos relacionados: *Chiclayo-Moyobamba-Tarapoto-Yurimaguas-Iquitos* (Corredor 1), *Matanari-Arequipa-Juliaca-Puno-Puente Inambari* (Corredor 5), *Cusco-Puerto Maldonado-Iñapari* (Corredor 8), *Cusco-Juliaca-Puno-Desaguadero* (Corredor 11) y *Tarapoto-Aucayacu-Tocache-Tingo María* (Corredor 12) a través de: (i) estudios de ingeniería técnicos y detallados para la rehabilitación de los caminos y su mejora; (ii) ejecución centralizada de obras de ingeniería civil para la rehabilitación y mejora de aproximadamente 1,100 kilómetros de caminos rurales relacionados a los principales corredores logísticos, incluyendo materiales de seguridad vial y capacitaciones a los usuarios relacionados; (iii) implementación de medidas de mitigación de riesgos necesarias; y (iv) supervisión de los trabajos de ingeniería civil relacionados. Parte 2: Mantenimiento de la infraestructura de caminos rurales. Provisión de apoyo para el mantenimiento descentralizado, eficiente y sostenible de la red de caminos rurales a través de: (i) diseño técnico de

CGC 1.1 hh)	Las Obras consisten en el mejoramiento de 24.052 km de carretera vecinal, las principales metas a realizar son las especificadas en el expediente técnico.
-------------	--

Cláusula General de Contratación 1.1 hh) del Contrato N° 232-2022-MTC/21

Y así, esta situación se repite en todos los contratos de construcción de obra pública realizados conforme las exigencias y procedimientos de los sujetos de derecho privado y público internacional: su finalidad es naturalmente pública, porque a ello se lo limitan las exigencias y requerimientos de la entidad que brinda el financiamiento internacional.

Por último, respecto del criterio de forma, estos contratos se moldean conforme las directivas establecidas por las entidades financieras internacionales, sin que ello implique que el Estado o el sujeto privado pierdan su autonomía. De esta manera, si el contrato de obra es financiado por un préstamo otorgado por el BID, por ejemplo, el procedimiento de selección de la mejor oferta y la celebración del contrato deben ceñirse a lo dispuesto en las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por este sujeto de derecho internacional (GN2349-15). La naturaleza de las disposiciones allí contenidas determina la actuación del Estado durante la administración del procedimiento de selección del mejor postor, con un amplio margen de discrecionalidad para desarrollar las etapas, criterios y decisiones del proceso de selección, así como la manifestación de voluntad del Estado, siendo que no se establece con absoluta minuciosidad el qué y cómo deben realizarse las actuaciones conducentes a la

contratos para el mantenimiento periódico y rutinario; (ii) ejecución centralizada y descentralizada de trabajos de ingeniería civil para el mantenimiento rutinario y periódico de 5,000 kilómetros de caminos rurales, aproximadamente; y (iii) supervisión de los trabajos de ingeniería civil relacionados.

Parte 3: Gestión descentralizada de caminos. Provisión de apoyo para la consolidación de una agenda de gestión de transporte descentralizada a través de: (i) el reforzamiento de la capacidad de la gestión de transporte de los Gobiernos Regionales y Locales; (ii) el reforzamiento institucional de PVD; (iii) el desarrollo e implementación de la capacidad de los programas de mantenimiento a través de micro y pequeñas empresas; (iv) el diseño e implementación de una Ventana para el Desarrollo Local y Logístico; y (v) un programa para la supervisión y evaluación, incluyendo la implementación de un sistema de información y alertas.” [Traducción libre]

celebración del contrato. Por lo que, el sistema de contratación es más laxo si se lo compara al de un procedimiento de contratación privada o de obra pública tradicional. Sin embargo, no deja de estar dirigido a un objeto específico y determinado por el acuerdo de préstamo internacional y los documentos que lo integran, con mecanismos y etapas marcadas para la formación de la manifestación de voluntad final del Estado.

A comparación del contrato de obra pública tradicional, los contratos realizados conforme las exigencias y procedimientos de los sujetos de derecho privado y público internacional presentan una menor presencia del criterio de segundo orden respecto de su forma de suscripción. Pero, mantienen un igual o idéntico grado de presencia de los otros criterios señalados. Naturalmente, deben ser considerados contratos administrativos a pesar de las diferencias antes desarrolladas.

c. Los contratos de Asociación Público-Privada

Por otro lado, no resulta sencillo definir a las Asociaciones Público-Privadas (APP). De acuerdo con el artículo 22° del Decreto Supremo N° 195-2023-EF, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos (en adelante, la “Ley APP”) y el artículo 29° de su Reglamento, Decreto Supremo N° 240-2018-EF (en adelante, el “Reglamento APP”), las APP son una modalidad de contratación pública que permite que el sector privado pueda participar en el desarrollo de proyectos de infraestructura pública y de servicios públicos, de prestación de servicios relacionados, de investigación aplicada y/o de innovación tecnológica, en colaboración con el Estado a través de contratos de largo plazo. En otras palabras, las APP no son ni un género ni un tipo contractual, sino un marco de acción

permitido a las entidades públicas y privadas, que les faculta a asociarse legalmente para la consecución de fines públicos a nivel nacional, regional y local. Como tal, un proyecto de APP puede materializarse a través de un contrato de construcción de obra pública y/o una concesión, como uno de asociación en participación, o un contrato de gerencia, o de riesgo compartido (joint venture) o de especialización de servicios.

Así pues, a pesar de que en nuestro país esta modalidad se ha empleado solo para la prestación de servicios públicos (telecomunicaciones, electricidad, agua y saneamiento, entre otros) y el diseño, construcción, operación y mantenimiento de infraestructura pública (carreteras, aeropuertos, puertos marítimos, proyectos de irrigación y demás) (Morón y Aguilera, 2017, p. 47), ello no puede limitar la definición de las APP únicamente como contratos de construcción y/o concesión. De acuerdo con la ley y su reglamento, será una APP todo contrato que cumpla con la definición señalada, cualquiera sea su género o tipo (Huapaya, 2013, p. 20).

Es evidente que la definición legal peruana deja mucho que desear porque es muy abstracta. Así que, será necesario remontarnos al origen de las APP para encontrar una mejor respuesta. El primer país en tener un marco legislativo de esta naturaleza fue Gran Bretaña, donde en 1999 se creó la Private Finance Initiative (PFI) como una lección aprendida de la crisis económica de 1980, generada por el déficit público de la construcción y el planeamiento urbano (Shaoul, 2011, p. 211) (Wang et al. 2018, p. 300). La idea principal de esta novedosa legislación era controlar el gasto público e invitar a las empresas privadas a invertir en el diseño, construcción, operación y financiamiento de carreteras, puentes, y túneles, entre otros, en coparticipación con la Administración (Wettenhall, 2008, p. 119-120). A cambio de realizar las labores propias de la Administración, las empresas recibirán los réditos de su inversión durante un plazo determinado (Wettenhall, 2008, p. 120).

En 1997, a fin de mejorar la percepción de la ciudadanía inglesa de estos proyectos neoliberales, el gobierno modificó su nombre a Public-Private Partnerships (PPP), a fin de resaltar la idea de “colaboración” detrás de la participación de entidades privadas, con intereses privados, en los asuntos públicos (Wang et al. 2018, p. 301) (Wettenhall, 2008, p. 120-121). Con ello se buscó distanciar su lógica colaborativa de la percepción negativa de que se tratasen de procedimientos de privatización de activos y de servicios públicos por naturaleza.

Pronto, esta idea de cooperación entre el sector público y el sector privado se popularizó en los espacios académicos y legislativos de la época, cuyas discusiones han influenciado la legislación de innumerables países y similar número de instituciones supragubernamentales, entre ellos, el Perú (Wang et al. 2018, p. 301) (Wettenhall, 2008, p. 125). En consecuencia, resulta que es imposible brindar una definición universal para las APP. De acuerdo con Marsilio y otros (2011 p. 776), no existe un concepto unitario empleado por la literatura. Así pues, del meta análisis de las publicaciones estudiadas, dedujeron que la gran mayoría de los autores relacionan a las APP con discusiones gubernamentales e internacionales, temas de administración y políticas públicas liberales y neoliberales, el estudio de los costos de transacción y teoría de juegos y teorías económicas sobre el contrato (Marsilio y otros, 2011 p. 777-779).

Por su parte, Wang y otros (2018, p. 301-302) concluyeron que el concepto de las APP evoca (i) una relación jurídica de cooperación de largo aliento entre entidades públicas y empresas privadas, con metas y acuerdos dinámicos; (ii) un proceso complejo usualmente compuesto por diversas fases de diseño, construcción, operación y mantenimiento que involucran grandes costos de capital; (iii) beneficios para ambos contratantes, como el rédito económico para el

inversionista privado; (iv) la distribución de riesgos, costos, beneficios, recursos y responsabilidades; (v) y objetivos compartidos entre el inversor y la Administración, que motivan a la contratación.

Estas tendencias son repetidas en nuestro país, donde autores como Morón (2005, p. 280), Sheput (2023, p. 96-97), Benavente y Segura (2017, p. 21), y Alva (2017, p. 486) señalan que, a pesar de que es imposible brindar una definición universal de APP, el concepto alude siempre a: (i) una relación de largo plazo entre el Estado y una entidad privada, (ii) para que esta segunda realice alguna actividad pública permitida, (iii) por iniciativa propia o a pedido de la Administración, (iv) a cambio de una retribución financiera proveniente de los propios ciudadanos beneficiados (autofinanciada) y/o del erario público (cofinanciada) (v) durante un plazo determinado. Características a las que Huapaya (2013, p. 19) agrega que (vi) los riesgos y beneficios de cada proyecto serán compartidos entre los participantes, a fin de mejorar el cumplimiento de los compromisos prestacionales del Estado de manera sostenible en aspectos económicos y técnicos.

Esta definición nacional es coherente con la expuesta por entidades internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés) o el Banco de Desarrollo de América Latina (CAF). Es así que, los primeros repiten la idea de una relación jurídica de largo plazo, entre sujetos de los sectores público y privado, con el objetivo de brindar un servicio (“non-concession PPPs”) o realizar una actividad pública (“concession-PPPs”), “en el que la parte privada asume un riesgo importante y la responsabilidad de la gestión, y la remuneración está vinculada al desempeño” (UNCITRAL, 2020 p. 5) (BID, 2021, p. 7) (BID, 2021, p. 11). Mientras que, el tercero enfatiza en la adecuada asignación de riesgos

entre los participantes “a través de contratos que establecen los criterios de participación y las responsabilidades para cada una de las partes involucradas en el desarrollo de proyectos que contemplan un activo público” (CAF, 2018, p. 14).

Después de haber recorrido todas las posibles avenidas en busca de una definición certera de las APP debe concluirse que no existe un concepto universal, sino que esta modalidad contractual sólo puede identificarse por sus características que la distinguen de los otros contratos que celebre el Estado.

Ahora bien, respecto de los criterios distintivos desarrollados en el acápite anterior, se tiene que, como requisito de primer orden, siempre es el Estado quien suscribe estos contratos. Ello, a través de las llamadas entidades públicas titulares de proyectos. De acuerdo con el artículo 6° de la Ley APP, estas pueden ser los ministerios, los gobiernos regionales o locales, u otras entidades públicas habilitadas expresamente por ley para estos fines. Estas entidades determinan qué proyectos de infraestructura deben ser desarrollados a través de la modalidad APP y planifican ello en el Informe Multianual de Inversiones en APP (IMIAPP) y elaboran el Informe de Evaluación. Inclusive, se le puede encargar la realización del proceso de promoción de la inversión privada a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión), quien puede fungir de Organismo Promotor de la Inversión Privada, así como las propias entidades titulares, a través de sus Comités de Promoción de la Inversión Privada¹⁵.

¹⁵ Artículo 8° de la Ley APP (“8.1. Los Organismos Promotores de la Inversión Privada se encargan de diseñar, conducir y concluir el proceso de promoción de la inversión privada mediante las modalidades de Asociación Público Privada y de Proyectos en Activos, bajo el ámbito de su competencia. Los Organismos Promotores de la Inversión Privada son responsables de los documentos técnicos y las opiniones que emiten, así como por sus respectivos sustentos. 8.2. En el caso del Gobierno Nacional, los Organismos Promotores de la Inversión Privada son ProInversión o los Ministerios, a través del Comité de Promoción de la Inversión Privada, en función a los criterios establecidos en el Reglamento. 8.3. Tratándose de Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, las facultades del Organismo Promotor de la Inversión Privada se ejercen a través del Comité de Promoción de la Inversión Privada. El órgano máximo de estos Organismos Promotores de la Inversión Privada es el Consejo Regional o el Concejo Municipal, respectivamente. 8.4. En el caso de otras entidades públicas habilitadas por ley, las facultades del

Más aún, en el desarrollo de las APP se involucra un conjunto de actores públicos que deben colaborar y trabajar bajo el único objetivo de que el proyecto sea exitoso y pueda cumplir con las metas establecidas. Ellos son los integrantes del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada: el Ministerio de Economía y Finanzas, su Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada, la entidad titular del proyecto, el Organismo Promotor de la Inversión Privada, ProInversión, los Organismos Reguladores y las entidades pertenecientes al Sector Público No Financiero como la Contraloría General de la República y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)¹⁶.

Es claro que las APP cumplen de manera satisfactoria con el criterio de primer rango, pues los contratos que les dan vida son suscritos por entidades públicas habilitadas por ley para ello. Las que inclusive, conforme el artículo 13° de la Ley APP cuentan con cierto nivel de autonomía para actuar de manera discrecional al momento de aprobar, opinar, conducir, ejecutar, supervisar y fiscalizar los proyectos en el ámbito de sus competencias y tomar una decisión fundamentada y favorable a los intereses del Estado¹⁷.

Organismo Promotor de la Inversión Privada se ejercen a través del Comité de Promoción de la Inversión Privada. 8.5. Las entidades públicas titulares de proyectos pueden encargar el proceso de promoción a ProInversión, así como solicitarle asistencia técnica en cualquiera de las fases del proceso.”)

¹⁶ Artículo 7° del Reglamento APP.

¹⁷ Artículo 13 de la Ley APP (“Las entidades públicas que tienen a su cargo la aprobación, opinión, conducción, ejecución, supervisión y fiscalización, en cualquiera de las fases de los proyectos regulados en el presente Decreto Legislativo, están facultadas para actuar discrecionalmente, en el ámbito de sus competencias, con el fin de optar por la decisión administrativa, debidamente sustentada, que se considere más conveniente en el caso concreto, conforme a lo establecido en la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29622, Ley que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.”)

Respecto de los criterios de segundo rango, determinar que las APP responden siempre a una finalidad pública es un poco más complejo que en los anteriores contratos evaluados. Definitivamente lo hacen, pues el Estado es una de las partes contratantes y, como se desarrolló anteriormente, toda su actividad debe estar dirigida a la consecución de una finalidad pública. En el caso de las APP de Iniciativa Estatal, estas siempre deben incluirse en el IMIAPP en función de las potenciales necesidades de intervención identificadas para ser desarrolladas bajo este tipo de proyectos, su relación con los objetivos de cierre de brechas prioritarias según el Programa Multianual de Inversiones y su articulación con otros planes nacionales, sectoriales y de desarrollo regional y local, según corresponda¹⁸. Es claro que, si no responden a una necesidad pública prioritaria, este tipo de proyectos simplemente no deberían ser propuesto por el Estado.

Por otro lado, en las APP derivadas de Iniciativas Privadas, auto o cofinanciadas, sus proponentes -los inversionistas privados- deben siempre presentar el proyecto ante el Organismo de Promoción de la Inversión Privada competente y explicar cómo este estaría relacionado a las prioridades nacionales, regionales o locales, según los planes correspondientes. Inclusive, debe cumplir con los requerimientos exigidos para el Informe de Evaluación de las APP de Iniciativa Estatal (IE), respecto de la descripción del proyecto, como considerar las metas de cierre de brechas de infraestructuras prioritarias si además el proyecto será cofinanciado ¹⁹.

La diferencia con los otros métodos de contratación en infraestructura pública está en que la finalidad del contrato suscrito bajo el modelo APP supera la realización de las actividades de

¹⁸ Artículos 40° y 44° del Reglamento APP.

¹⁹ Artículo 77° del Reglamento APP.

ingeniería civil relacionadas a la obra. Recordemos que en los otros proyectos, según el desempeño del contratista, su labor será remunerada directamente con dinero proveniente del erario público o del préstamo internacional. En cambio, el objeto de los contratos de APP está marcado por el interés expresado del socio privado al momento de suscribir el contrato, quien asume la totalidad o parte del riesgo de financiamiento del proyecto y quien, por razón del contrato, adquiere el derecho de explotar económicamente los activos entregados y la infraestructura que pueda ser construida por él. Siendo que la retribución económica del inversionista privado -a quien sería erróneo denominar un simple contratista- depende total o parcialmente del desempeño del proyecto, la finalidad para la cual se realiza el proyecto no es pura ni únicamente la del cierre de brechas de infraestructura o la satisfacción de una necesidad pública. Por así decirlo, esta es solo parte de la razón por la cual el sujeto privado decide vincularse jurídicamente al Estado.

En este sentido, ni el Estado ni el inversionista privado deben ver a la APP como una obra de generosidad: es un negocio, una operación mercantil que facilita la prestación de servicios públicos y la provisión de infraestructura pública. De esta manera, no solo se evalúa si el proyecto de APP cumple o no con la finalidad pública para la cual fue diseñado, como sí se haría para los contratos de obra pública tradicional. Sino que, la operación del contrato será económicamente rentable para el inversionista privado, lo que justifica la presencia de una detallada conceptualización legal del equilibrio económico financiero que debe mantenerse en todos estos contratos y la lógica mercantilista que los respalda.

Así pues, al momento de evaluar el desarrollo de los contratos de APP no solo se vela porque los mismos sirvan para satisfacer las necesidades de los usuarios y población adyacente. En cambio, se evalúa también si este ha resultado rentable o exitoso para el inversionista privado.

Esta connotación mercantil, de negocio, es vital para la conceptualización de los proyectos de esta naturaleza.

Lo anterior no quiere decir que la finalidad pública tenga un segundo grado de importancia respecto de la finalidad económica del contrato, ni mucho menos. En palabras del Tribunal Constitucional (2003) y de Danós (2006, p. 40), “el objeto fundamental [de estos contratos] no es el lucro, sino el servicio, el cual debe otorgarse con calidad, eficiencia y continuidad, y siempre protegiendo la seguridad, la salud pública y el medio ambiente”. Por lo que, las partes tampoco pueden olvidar que, además de ser un negocio que debería ser rentable (y para ello se realizan estudios de viabilidad y bancabilidad), los proyectos de APP son y siempre deben ser utilizados para brindar infraestructura y servicios públicos de calidad a los ciudadanos. No es solo un negocio, pues a través de las APP, los inversionistas privados colaboran con la gobernanza, gestión pública y crecimiento sostenible del país. Pero tampoco son una obra de caridad.

Finalmente, respecto del criterio formalista, los contratos de APP se celebran a partir de tres complejos procedimientos, conforme la clasificación del proyecto en función de su origen y estructuración financiera. Veamos.

Origen:	Estructura financiera:
Iniciativa Estatal (IE): propuestas por el Estado.	Autofinanciadas (A): el proyecto tiene capacidad propia de generación de ingresos ²⁰ , y si requieren de garantías financieras, esta es mínima, y si requieren garantías no financieras tienen una probabilidad mínima de demandar cofinanciamiento ²¹ .

²⁰ Artículo 24 de la Ley APP.

²¹ Artículo 30° del Reglamento APP (“30.3 Las APP autofinanciadas son aquellas que, en concordancia con el inciso 2 del artículo 22 de la Ley, cumplen las siguientes reglas: 1. Requieren garantías financieras mínimas, entendidas como aquellas que no superan el cinco por ciento (5%) del CTI o, del CTP en caso

Iniciativa Privada (IP): propuestas por un inversionista privado.	Cofinanciadas (C): el proyecto requiere de financiamiento estatal parcial, garantías financieras superiores al 5% del CTI o del CTP, y/o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento ²² .
---	--

Figura 1. Clasificación de las APP según origen y estructura financiera

De esta forma, una APP puede ser: IEA, IEC, IPA e IPC.

Respecto de la formalización del contrato de APP, este sigue una estructura general compartida por todos los tipos, compuesta por las fases de (i) Planeamiento y Programación, (ii) Formulación, (iii) Estructuración, y (iv) Transacción, cada una con procedimientos determinados e hitos obligatorios que deben ser alcanzados a fin de proseguir a la siguiente fase. Una vez suscrito el contrato, como último paso de la fase de transacción, se procede a la ejecución contractual²³.

De esta manera, las APP IE siguen un mismo procedimiento general, independientemente del origen del financiamiento del proyecto. Mientras que los procedimientos seguidos para la formalización de los contratos de IPA e IPC difieren ligeramente, siendo el procedimiento de

no contengan componente de inversión; y/o, 2. Requieren garantías no financieras con probabilidad mínima o nula, entendidas como aquellas en las que la probabilidad de demandar cofinanciamiento no sea mayor al diez por ciento (10%) para cada uno de los primeros cinco (05) años de vigencia de la cobertura de la garantía prevista en el Contrato.”)

²² Artículo 30° del Reglamento APP (“30.4 Las APP cofinanciadas son aquellas que, en concordancia con el inciso 1 del artículo 22 de la Ley, cumplen las siguientes reglas: 1. Requieren cofinanciamiento; y/o, 2. En caso de requerir garantías financieras, éstas superan el porcentaje establecido en el inciso 1 del párrafo 30.3 del artículo 30; y/o, 3. En caso de requerir garantías no financieras, éstas tengan una probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento cuando excedan los límites indicados en el inciso 2 del párrafo 30.3 del artículo 30.”)

²³ Artículo 33° de la Ley APP (“33.1. Los proyectos ejecutados bajo la modalidad de Asociación Público Privada, independientemente de su clasificación y origen, se desarrollan en las siguientes fases: Planeamiento y Programación, Formulación, Estructuración, Transacción y Ejecución Contractual.”)

la segunda algo más compleja por involucrar fondos públicos, como se puede apreciar en los siguientes gráficos:

Fases del procedimiento para la suscripción del contrato de una APP IE²⁴:

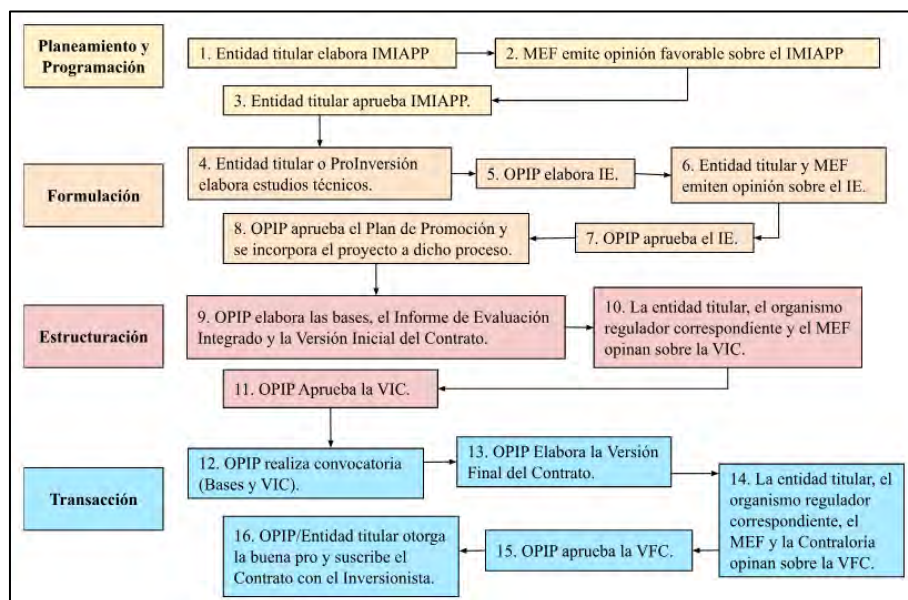


Figura 2. Fases del procedimiento para la suscripción del contrato de una APP IE

Fases del procedimiento para la suscripción del contrato de una APP IPA²⁵:

²⁴ Artículos 40°, 41°, 42°, 43°, 44°, 45°, 46°, 47°, 48°, 51°, 52°, 43°, 54°, 55°, y 58° del Reglamento APP.

²⁵ Artículos 85°, 86°, 87°, 89°, 91°, 94°, 98°, y 99° del Reglamento APP.

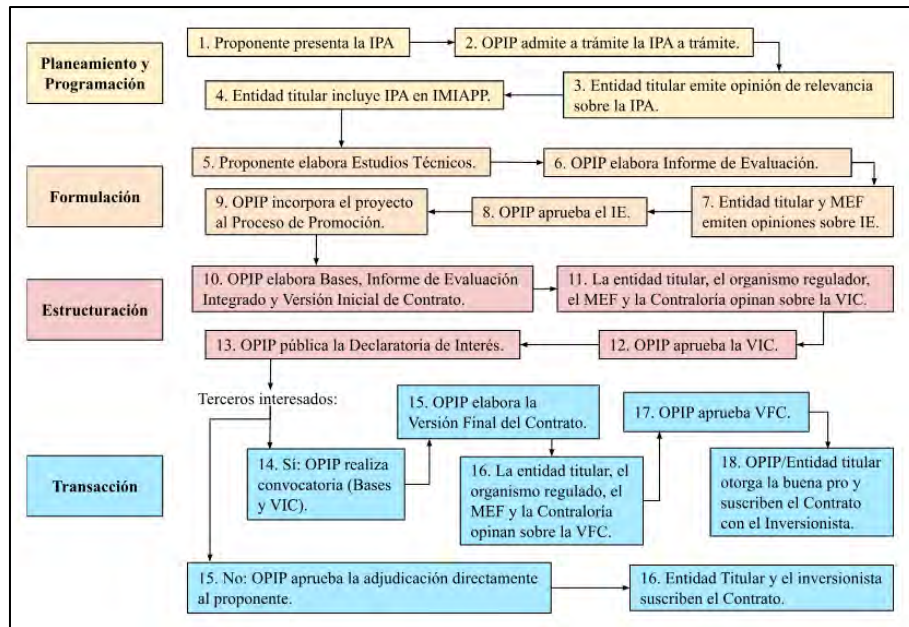


Figura 3. Fases del procedimiento para la suscripción del contrato de una APP IE

Fases del procedimiento para la suscripción del contrato de una APP IPC²⁶:

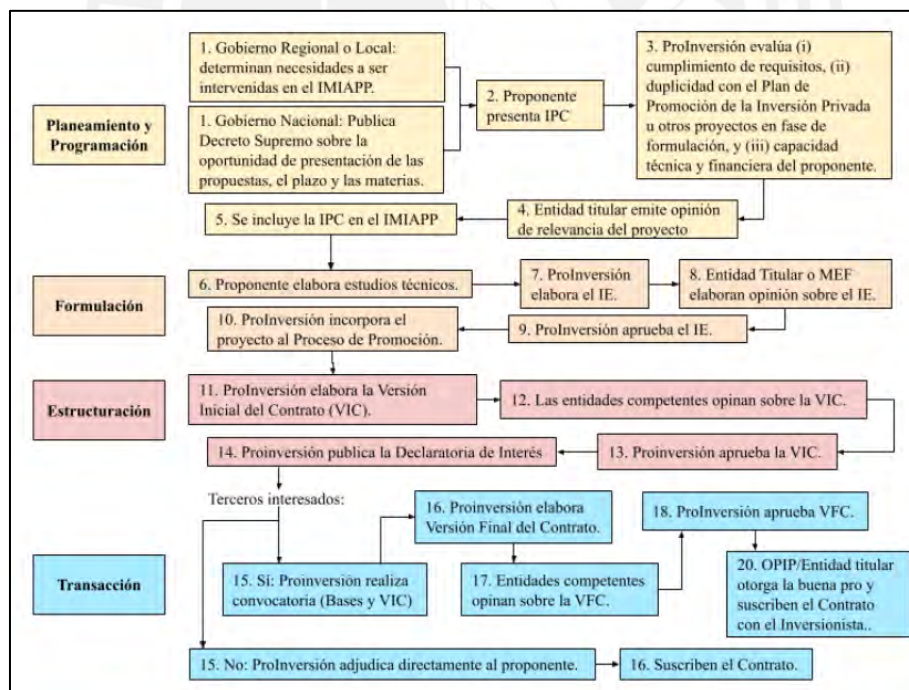


Figura 4. Fases del procedimiento para la suscripción del contrato de una APP IE

²⁶ Artículos 79°, 80°, 82°, 85°, 86°, 87°, 89°, 91°, 94°, 104°, y 108° del Reglamento APP.

Por lo tanto, se concluye que los contratos de APP, sean IP o IE, Auto o Cofinanciadas, tienen la naturaleza de contratos administrativos, al cumplir satisfactoriamente con los criterios determinados por la doctrina autorizada y antes evaluados. Ello, sin olvidar las especiales características antes descritas, las pequeñas diferencias que los separan de los contratos de obra pública tradicional o de los contratos realizados conforme las exigencias y procedimientos de los sujetos de derecho privado y público internacional.

3. Primeras conclusiones

En los anteriores párrafos se ha desarrollado las definiciones y principales características de los contratos a través de los cuales el Estado peruano se provee directamente de la infraestructura que requiere para prestar los servicios públicos que su población necesita. Asimismo, se ha analizado a estos modos de contratación a partir de los criterios de definición de los contratos administrativos, y se ha demostrado que todos ellos responden a dicha naturaleza. Sin embargo, el lector podrá haber notado que existen notables diferencias entre las modalidades contractuales antes estudiadas precisamente en el nivel de cumplimiento de los criterios de segundo rango y la fuerza de su “publicidad”: según la intensidad de la formalidad y de su finalidad pública.

Precisamente, de los métodos de contratación evaluados se tiene que los contratos de obra pública tradicional se presentan con los mayores rasgos de publicidad ya que, (i) la formalidad que debe seguir el procedimiento para la manifestación de voluntad del Estado-regulado y la suscripción del contrato está absolutamente normado. Asimismo, (ii) su finalidad es estrictamente pública, siendo que sólo debe responder a las necesidades de la población, identificadas al momento de estructurar el proyecto. Pero, a diferencia de la modalidad de APP,

en los contratos de obra pública tradicional, el contratista tiene por objetivo cumplir con sus obligaciones contractuales, sobre todo en el sistema de entrega de solo construcción. Su participación culmina donde sus deberes contractuales finalizan, y a ello se limita su acción.

Por igual camino transitan los contratos realizados conforme las exigencias y procedimientos de los sujetos de derecho privado y público internacional pues, como se explicó antes, la finalidad a la que estos deben dirigirse está estrictamente determinada por los contratos de financiamiento internacional que suscribe el Estado-regulado para la consecución de los diversos proyectos. No obstante, a diferencia de los contratos de obra pública tradicional, los lineamientos que el Estado-regulado debe seguir a fin de elegir al postor más adecuado para la ejecución del proyecto son más laxos, no provienen de una obligación legal, sino de la relación contractual con la entidad que facilitará el financiamiento del proyecto.

Por último, como se indicó anteriormente, las APP sí tienen un fuerte carácter formalista en el procedimiento diseñado para la suscripción del negocio jurídico. Tanto es así que las fases por las que el proyecto debe transcurrir, según su naturaleza, están compuestas por hitos de obligatorio cumplimiento. No obstante, a diferencia de las anteriores modalidades contractuales, las APP responden tanto a intereses públicos como privados en su ejecución, la finalidad que las justifica no es pura pero mayoritariamente pública. Nuevamente, no se evalúa en estos proyectos únicamente que deba prestarse el servicio público o realizarse las obras de ingeniería civil comprometidas. La operación debería también resultar rentable para el inversionista privado, quien se hace con el derecho y la oportunidad de prestar y gestionar los servicios públicos y la ingeniería que le es encomendada. Así pues, de recurrir a una interpretación teleológica de los mismos, sería un error olvidar que no es solo una necesidad

pública la que guía su ejecución, sino también el equilibrio económico financiero y las condiciones de bancabilidad y viabilidad acordadas al momento de celebrar el contrato.

En consecuencia, se debe entender que los contratos administrativos en el Perú no son un monolito, no todos tienen las mismas características ni estas se presentan con la misma fuerza. Bajo esta categoría jurídica pueden comprenderse tanto contratos excluidos de la normativa pública como aquellos que combinan tanto los intereses del Estado-regulado como del inversionista privado al momento de estructurar la finalidad del negocio jurídico. Estas pequeñas pero notables diferencias determinan cómo deben de estudiarse e interpretarse estos contratos pues, conforme a lo analizado en los párrafos anteriores, sería un error pretender aplicar lógicas propias de los contratos de obra pública tradicional a los contratos de APP o los realizados conforme las exigencias y procedimientos de los sujetos de derecho privado y público internacional.

III. La autonomía negocial del Estado Peruano en los contratos de infraestructura pública

En el capítulo anterior exploramos los contratos administrativos, la categoría y los diversos tipos que la integran. Así pues, se ha logrado responder a las primeras preguntas: qué contratos celebra el Estado peruano en materia de infraestructura, cuáles son sus tipos, y qué características comunes comparten.

A continuación, se responderá a la segunda pregunta, que apunta a entender cómo es que el Estado peruano se vincula con sus contrapartes privadas a través de los contratos antes

estudiados. Exactamente, con qué poder el Estado peruano regula tanto su conducta como la de su contraparte dentro de su relación jurídica.

1. La autonomía y la Teoría del Negocio Jurídico

El derecho ha denominado a la actividad de llegar a acuerdos con otras personas para transferir bienes y servicios destinados a la satisfacción de nuestras necesidades: celebrar negocios jurídicos o contratos. En el Perú, el Código Civil ha llamado “contrato” al negocio jurídico y lo define como el acuerdo de dos o más sujetos para crear, regular, modificar o extinguir sus relaciones jurídicas patrimoniales (artículo 1351° del Código Civil). Serán pues contratos los acuerdos nacidos de la coincidencia de las voluntades exteriorizadas de las partes para regular sus intereses y dar cumplimiento a sus deseos.

Sobre el contrato, el negocio o acto jurídico en sentido estricto, existen múltiples teorías respecto de su naturaleza jurídica. Sin embargo, el núcleo de las mismas casi siempre es el mismo: la regulación de nuestros intereses, la coordinación de nuestro querer, a fin de beneficiarnos con los resultados a cambio de realizar un comportamiento estimamos equivalente o razonable requerido por otro sujeto. Ello de manera indistinta de si se trata del acuerdo de voluntades o una voluntad exterior y objetivizada, con efectos normativos por imposición normativa o por efecto de la autonomía privada.

Para entender cómo el Estado contrata, es preciso primero entender qué es un contrato. Es por ello que, sin desmerecer los notables esfuerzos de los académicos con teorías como la voluntarista, se ha elegido la teoría normativa del negocio jurídico como la más adecuada para los fines de la presente investigación. Precisamente, la tesis sobre la autonomía privada de L.

Ferri (1969), considero que es la más adecuada por su notable estructura y sistematización de conceptos que permite comprender la capacidad de los sujetos de derecho para vincularse a través de normas de su propia creación. Soy consciente de que el lector no tiene por qué conocer de antemano esta teoría ni mucho menos, el trabajo de L. Ferri ni de otros autores de similar corriente doctrinaria. Sin embargo, es necesario para continuar a describir la actividad del Estado como parte de sus propios negocios jurídicos sin establecer de manera previa los cimientos de las edificaciones conceptuales que serán desarrolladas en los próximos capítulos. Por lo que haré mi mejor esfuerzo por condensar los conceptos más elementales de la teoría normativa del negocio jurídico, a fin de que el lector pueda acompañarme durante las siguientes páginas.

Debemos partir primero del concepto de norma, el cual era considerado por Ferri (1969, p. 33) como la unidad básica de todo el sistema jurídico. Ello porque de normas se componen las constituciones, las leyes, los reglamentos y, por último, los negocios jurídicos. Para definir qué es una norma podemos remitirnos a los conceptos más básicos de la teoría del derecho: el silogismo lógico normativo. El cual refleja una construcción compuesta por un evento del mundo real y las consecuencias artificiales y jurídicas que se le asignan producto de la valoración humana de sus efectos en nuestros intereses. Todo con el objetivo de controlar, siquiera mínimamente, los eventos de la naturaleza y de las acciones y conductas de las personas que nos rodean. Así pues, respecto de los eventos que se encuentran totalmente fuera de la esfera de control de las personas, decidimos como sociedad qué consecuencias tendrán respecto de las personas afectadas.

Por ejemplo, como sociedad hemos acordado que, si una persona fallece, los derechos y obligaciones que componen su patrimonio se trasladan a sus sucesores²⁷. ¿Para qué regular un evento natural como la muerte? Porque siendo seres materiales, requerimos de objetos para poder expresar y desarrollar nuestra personalidad, los que nos sobrevivirán y, a nuestra partida, de no establecer de manera clara las consecuencias de aquel evento, podrían producirse innumerables conflictos sociales dentro y fuera del grupo familiar. Siendo que le hemos asignado a la muerte natural del causante una valoración negativa a los conflictos que podrían producirse a la partida de una persona con patrimonio, al evento natural le hemos asignado una consecuencia jurídica para la automática distribución de los bienes que le sobreviven.

Por otro lado, en las normas que regulan las conductas humanas también les asignamos consecuencias jurídicas conforme la valoración subjetiva colectiva de la acción específica. Pero, su regulación tiene un cariz particular: de acuerdo a las consecuencias asignadas al hecho puede afirmarse que determinada conducta es incentivada o disuadida. Así pues, por ejemplo, pretendemos estimular un comportamiento diligente y de buena fe al momento de acordar las condiciones del cumplimiento de una prestación estableciendo consecuencias negativas en el caso de un incumplimiento. En el mundo real, los sujetos no solo se comportan en función de las conclusiones lógicas que se obtienen de comparar los beneficios y perjuicios de tomar una acción en específico, pues somos humanos y no siempre actuamos de manera racional. Sin embargo, establecer normas de este estilo es nuestro mejor esfuerzo como sociedad por intentar controlar las acciones de nuestros semejantes, conforme nuestros propios intereses.

Esta es la lógica detrás de todas las normas, indistintamente de su naturaleza: asignar a supuestos de hecho abstractos e hipotéticos consecuencias que *deben* ser obedecidas si se

²⁷ Artículo 660° del Código Civil.

verifica la materialización del evento (Ferri, 1969, p. 97). Pero ¿quién decide las consecuencias de los eventos regulados, sean producto de la naturaleza o de las acciones humanas? Evidentemente, el Estado si es que el evento se encuentra regulado en una ley y, los individuos si es que este se encuentra regulado en un negocio jurídico. El supuesto de los eventos regulados en los negocios jurídicos que suscribe el Estado será desarrollado más adelante, pero introducimos aquí la idea de un Estado-legislador y un Estado-regulado, con facultades normativas distintas.

Así pues, la absoluta mayoría -por no decir todos- los eventos del mundo real están regulados por el Derecho. Sin embargo, no todos los eventos reciben la misma clasificación pues, como se describió en los párrafos anteriores, algunos eventos se encuentran bajo el control de quienes los provocan y otros, de la naturaleza y el azar. La teoría normativa del negocio jurídico nos propone la siguiente clasificación: Hechos, Actos y Negocios Jurídicos, en función de la participación del hombre en su regulación. Veamos.

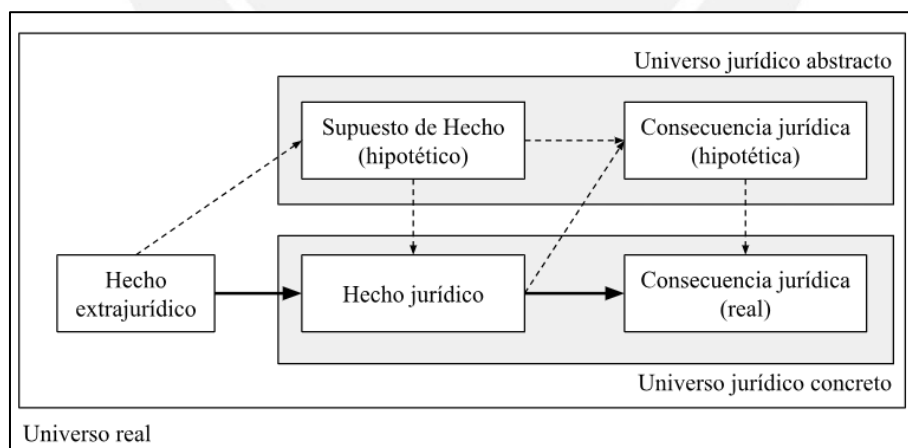


Figura 5. La norma en los universos abstracto y concreto

Los Hechos Jurídicos son todos los acontecimientos calificados y valorados por el derecho. Dentro de ellos se encuentran los Hechos Jurídicos en sentido estricto, que son los

“acaecimientos naturales (hechos naturales) o comportamientos humanos (hechos humanos)” para los cuales “no es relevante el querer y el conocer el comportamiento mismo” porque la norma se limita a regular el hecho en sí mismo, las circunstancias en las que se produce y sus consecuencias (Morales, 2009, p. 20). Así pues, la característica que define a estos eventos y los distingue de los Actos y Negocios Jurídicos es que la voluntad humana para su producción le es indiferente a la norma, la cual se concentra en las circunstancias del evento que describe como supuesto de hecho y las consecuencias que le son asignadas (Betti, 1950, p. 29). Retomando el ejemplo del inicio, la muerte natural de una persona es siempre un evento jurídico en sentido estricto ya que, los intereses incluso de la propia persona fallecida y las acciones que tome le son irrelevantes al ordenamiento. Para la norma le basta que ella fallezca en estas circunstancias para desplegar sus efectos jurídicos.

En comparación, la producción de un Acto Jurídico es, siempre, consecuencia de un actuar humano, valorado así por la norma que lo regula (Betti, 1950, p. 20) (Ferri, 1969, p. 212) (Morales, 2009, p. 22). Esta categoría comprende a su vez dos tipos de actos jurídicos que se diferencian por la fuente de producción de sus efectos jurídicos. Por un lado, los Actos Jurídicos en sentido estricto son aquellos eventos realizados necesariamente por acción de un sujeto de derecho “tomada en consideración por la norma jurídica para la producción de los efectos jurídicos” (Morales 2009, p. 22). Por lo que resulta necesario que la acción del sujeto sea el catalizador de las consecuencias jurídicas previstas por la ley, ya que en sí mismo el acto jurídico en sentido estricto no tiene contenido normativo (Ferri, 1969, p. 53).

Un ejemplo de acto jurídico en nuestro ordenamiento es el matrimonio, pues la regulación de todo el acto está comprendida por las disposiciones del Libro III del Código Civil, no siendo posible celebrar un acuerdo prenupcial en nuestro país por considerarse contrario al Orden

Público y buenas costumbres, conforme el artículo V del Título Preliminar de la misma norma. De esta manera, el legislador ha sido bastante claro al disponer que contraen matrimonio quienes así lo declaran ante la autoridad correspondiente de su localidad y presentan todos los requisitos exigidos por la ley²⁸. Una vez celebrado el acto, las partes se atañen a las consecuencias jurídicas dispuestas en la ley, la cual no puede ser modificada ni adaptada a sus intereses particulares

Por el otro lado, a diferencia de los Actos Jurídicos en sentido estricto, los Negocios Jurídicos son hechos jurídicos y fuentes de producción de derecho a la vez, por contener en sí mismos un contenido normativo autónomo y específico (Ferri, 1969, p. 49) (Morales, 2003. p. 241). De acuerdo con Betti (1950, pp. 102-104) y Morales (2009, p. 24) la característica principal de los Negocios Jurídicos es la capacidad de las partes para crear un reglamento con efectos jurídicos acorde a sus intereses, dentro de lo posible. En esta línea, Ferri (1969, pp. 34-35) agrega que el negocio jurídico es el único de los eventos jurídicos descritos que es fuente de normas que no expresan la voluntad de la comunidad, sino que está dirigido a velar por los intereses de los sujetos que participan de este. De esta manera, se tiene que el negocio jurídico tiene “un contenido de voluntad que [le] falta [al] acto jurídico en sentido estricto” la cual debe “distinguirse netamente de la voluntad en sentido subjetivo, es decir, voluntad real o psicológica de los sujetos” pues, al expresarse en el negocio jurídico, la voluntad se objetiviza de los intereses de los sujetos y se torna en la voluntad normativa del propio acto (Ferri, 1969, p. 49).

Un ejemplo clásico de un negocio jurídico es el contrato de compraventa, acto a través del cual las partes deciden que una de ellas se obliga a transferir la propiedad de un bien a la otra a

²⁸ Artículos 248°, 259° y 262° del Código Civil.

cambio del pago de un precio que se estima justo²⁹. Cómo conocerá el lector, salvo que contengan prohibiciones o mandatos expresos bajo sanción de nulidad, la regulación contenida en el Título I, Sección Segunda del Libro VII del Código Civil es meramente dispositiva. De esta manera, los sujetos participantes pueden optar por tomar prestadas o inspiración de estas normas o diseñar su propio programa contractual, según lo que estimen más favorable para sus intereses. Por su parte, los efectos jurídicos de estas normas nuevas, particulares y específicas tendrán origen en el propio contrato y no la norma que otorga a las partes la libertad de contratar.

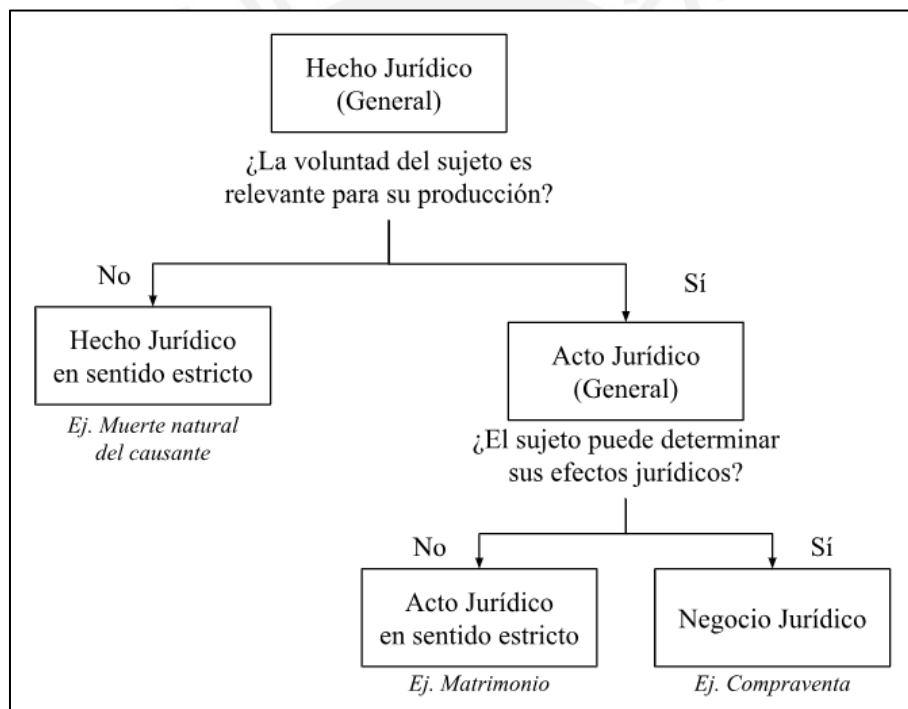


Figura 6. La taxonomía de los hechos jurídicos según la Teoría Normativa del Negocio

Jurídico

Entonces, tenemos que, de acuerdo con la Teoría Normativa del Negocio Jurídico, los diversos acontecimientos que pueden producirse se clasifican en función del rol de la voluntad humana

²⁹ Artículo 1529° del Código Civil.

en su materialización y la fuente de su contenido normativo. Sin embargo, ¿cómo se justifica este poder o facultad de dictar las normas que regulan los Hechos, los Actos y los Negocios Jurídicos? Respecto los primeros y segundos, en la capacidad legislativa del Estado. Y, en cuanto al último, en la autonomía de las partes. Veamos.

La capacidad del Estado para emitir normas de rango legal es evidente. La extensión del presente trabajo de investigación no bastaría para desarrollar dicho concepto, por lo que le ruego al lector recordar la teoría del Estado de Hobbes, el pacto social que da origen, contenido en las constituciones, y que justifica la existencia del propio Estado. Precisamente, en nuestro país, la Constitución le otorga al Congreso la atribución de emitir y derogar normas de rango legal³⁰, y delegar esta facultad al Poder Ejecutivo sobre materias específicas³¹. Asimismo, faculta a esta entidad a emitir normas de rango reglamentario, dentro de los límites preestablecidos³². Así pues, el poder normativo del Estado-legislador no requiere mayor explicación.

Sin embargo, la capacidad de los sujetos particulares para autorregular sus relaciones sí despertó en su momento grandes debates en la doctrina jurídica, en los que no me adentraré porque escapan del tema de la presente investigación. De acuerdo con Ferri (1969, p. 16), la autonomía privada es una manifestación verdadera de poder normativo, otorgado a los sujetos de derecho privado para poder regular sus relaciones jurídicas dentro de los límites establecidos por la ley. Por su parte, Betti (1950, pp. 97-98) es de idéntico parecer y afirma que la autonomía es un poder de auto-reglamentación acorde a los intereses de quien la ejerce, como resultado

³⁰ Artículo 102° de la Constitución.

³¹ Artículo 104° de la Constitución.

³² Artículo 118° de la Constitución.

del reconocimiento de la ley y limitada por esta, y causa generadora de relaciones jurídicas particulares.

Este empoderamiento, la *Ermächtigung* como dirían los alemanes, reposa en una norma superior a los negocios jurídicos en los que se manifiesta, la que expresa el querer de la comunidad (Ferri, 1969, pp. 35-36). De esta manera, dentro de los límites preestablecidos por agentes externos a los sujetos que celebran los negocios jurídicos, ellos son capaces de introducir sus propias normas (Betti, 1950, p. 145) (Ferri, 1969, pp. 17-18).

En otras palabras, podríamos afirmar que el ser humano, consciente de la necesidad de regular su libertad salvaje, constituyó al Estado y este -en representación de aquel- le otorgó la capacidad de autorregular sus relaciones interpersonales con efectos jurídicos. En consecuencia, decimos que las personas gozan de autonomía privada porque tienen la capacidad o el poder de crear normas sobre sus relaciones interpersonales. En este sentido, las normas que se originan de los Negocios Jurídicos encuentran su fuente de producción en ellos mismos (Ferri, 1969, p. 31). De esta manera, el celebrar un negocio jurídico, el poder establecer normas tan jurídicas y exigibles como las propias leyes, es para Ferri (1969, p. 200) una manifestación de poder, otorgado por la ley, y no solo el ejercicio de un derecho subjetivo como la libertad de contratar. Y ese poder es la autonomía que Ferri denominó privada por el enfoque de su investigación, y de la cual ahora se distingue en dos tipos, según el sujeto que la emplee: privada, si es un sujeto de aquel universo normativo, o negocial, si es el Estado, un sujeto de derecho público.

En consecuencia, la autonomía se define como la capacidad de cada sujeto jurídico para establecer las consecuencias jurídicas de sus propios negocios jurídicos. Es decir, la facultad

otorgada por ley a las personas para establecer un reglamento *ad hoc* y específico a un objeto particular para sí mismas y las otras personas con las que se vinculan a través de negocios jurídicos generados en conjunto (Betti, 1950, pp. 98-99). Así pues, la autonomía no debe ser confundida con la capacidad física del sujeto para generar el acto jurídico querido o su voluntad psicológica o subjetiva. En cambio, esta involucra adicionalmente la capacidad de determinar las consecuencias jurídicas aplicables al acto creado y contenidas en este (Betti, 1950, pp. 100-101). Esta capacidad para autorregular conductas con la misma obligatoriedad de una ley, a través de actos jurídicos con un contenido particular y específico que responde a las manifestaciones de voluntad de los que lo suscriben, encomendada a los sujetos de derecho por mandato legal es la autonomía. El poder normativo conferido por la ley a los sujetos de derecho para la creación, regulación, modificación y/o extinción de sus relaciones jurídicas es la autonomía.

Pero claro, este poder no es absoluto ni mucho menos. Sus límites se encuentran bien delimitados por los espacios abiertos por las normas de rango legal pues, como reza el principio de legalidad en el derecho privado, todo aquello que no esté prohibido está permitido. Precisamente, Betti (1950, p. 163) y Ferri (1969, p. 45) señalan que la autonomía privada se ejerce en los espacios así previstos por la ley, sea porque lo permite o porque no lo prohíbe. Estos son los llamados límites heterónomos, que solo pueden “ampliar o restringir el campo de la autonomía privada” (Ferri, 1969, p. 75) (Betti, 1950, p. 200). Por lo que, si un negocio jurídico es celebrado en oposición a lo indicado por una norma legal imperativa, diremos que este es contrario a su fuente de validez y es, por lo tanto, nulo e ineficaz (Ferri, 1969, p. 32). En palabras de Betti (1950, p. 200) los límites heterónomos pueden ser negativos si limitan la autonomía del sujeto a partir de una prohibición o positivos, si este debe incluir determinada disposición o seguir determinado procedimiento si desea obtener el resultado querido.

Cabe señalar que Ferri (1969, p. 14) nunca utiliza el término “autonomía de la voluntad” por considerar que dicha construcción lingüística resalta la voluntad interna, subjetiva y psicológica de los sujetos como origen de los efectos jurídicos. Para este autor y la teoría normativa del negocio jurídico la voluntad subjetiva es relevante, pero en un segundo plano pues, una vez transcrita en el contrato, lo importante es la voluntad objetivizada del negocio jurídico, ajena a las partes, como un “hecho objetivo” que es la fuente de los efectos jurídicos (Ferri, 1969, pp. 14-15). Esto porque no podría jamás ser la voluntad de otra persona la que nos obligue a realizar un acto, pues significaría que aquel es superior a nosotros y en un Estado de Derecho no existen estas diferencias (Ferri, 1969, p. 45). Para el autor, solo la voluntad del derecho puede colocarse por encima de las personas, incluso sobre los propios órganos que la emiten pues, incluso el Estado está obligado a respetar las propias normas que él emite (Ferri, 1969, p. 47).

De esta manera concluye el breve repaso introductorio de los conceptos de la Teoría Normativa del Negocio Jurídico que serán empleados a lo largo del presente trabajo de investigación. A fin de que el lector pueda comprender de una manera más gráfica los conceptos antes desarrollados, lo invito a reflexionar sobre la siguiente metáfora.

En nuestro país existe una especie de pez llamado Tetra Neón (*Paracheirodon innesi*), el cual vive principalmente en los ríos Putumayo y Ucayali. Este pez es bastante similar al Tetra Cardenal (*Paracheirodon axelrodi*), cuyo habitat natural se encuentra en los ríos Orinoco y Negro, en Brasil, Colombia y Venezuela. Ambas especies forman parte del género *Paracheirodon* y son muy comunes en el hobby de la acuariofilia. Precisamente, los caracteriza ser de tamaño muy reducido y colores azules y rojos muy vibrantes. Estos integran la familia

de los peces *Characidae* junto con otros géneros de similar tamaño y morfología. Así como los Negocios, los Actos y los Hechos Jurídicos, a este pez se le ha clasificado y tipificado en función de sus características externas y apreciables por los seres humanos.

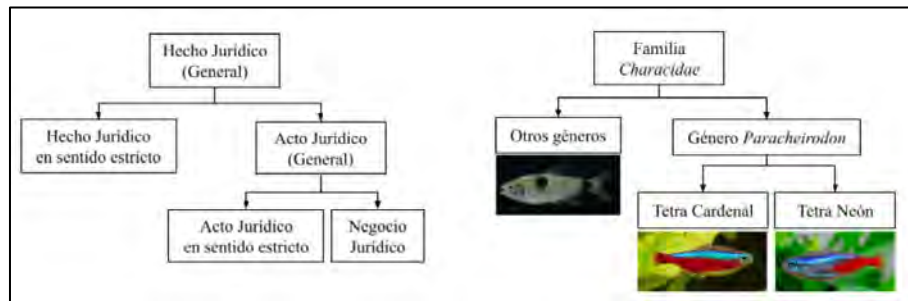


Figura 7. La taxonomía comparada del Negocio Jurídico

Ahora, imagine el lector una pecera en la que reside nuestro pequeño Tetra Neón. Este puede moverse a sus anchas en el agua dentro de los confines delimitados por sus paredes de vidrio y los obstáculos a su interior, como las plantas y las rocas, entre otros objetos decorativos. Si el pez fuera en contra de estos objetos y, por ejemplo, saltase afuera de la pecera o chocase estrepitosamente contra alguno, moriría. De igual forma, los Negocios Jurídicos se desarrollan dentro de los límites heterónomos negativos dispuestos por la ley y deben respetar aquellos límites heterónomos positivos también impuestos (Betti, 1950, p. 210). Contravenir alguna de estas disposiciones podría conducir a la “muerte” del Negocio Jurídico, es decir, a su nulidad. La autonomía es pues, el agua a través de la cual se desarrolla nuestro pequeño Negocio Jurídico, misma que no puede escapar de límites que le son impuestos pero que llena absolutamente todos los vacíos dejados por la ley.



Figura 8. *DSCF2916* [Fotografía] por Alex Bortoluzzi, 2008, Flickr

Por último, no es relevante la profundidad de la pecera, o lo densa que sea la vegetación o las rocas colocadas en ella. Mientras exista agua, el pez puede continuar nadando entre los obstáculos dentro de la pecera. Del mismo modo, mientras que los sujetos de derecho puedan establecer el contenido normativo de sus relaciones jurídicas interpersonales, tienen autonomía. Ello, incluso cuando el proceso para emitir sus manifestaciones de voluntad o el eventual contenido del negocio jurídico estén absolutamente regulados de manera positiva o negativa por normas de rango legal. Lo relevante no es la profundidad de la pecera, sino que el Negocio Jurídico pueda transitar a través de esta, dentro de sus confines, sorteando los obstáculos del camino. El grado de libertad de su movimiento es solo un aspecto secundario.

2. El Estado-legislador y el Estado-regulado: las dos caras de la misma persona

Entonces, al igual que nosotros, el Estado peruano también tiene necesidades propias de su funcionamiento como persona jurídica y de sus obligaciones para con nosotros, los ciudadanos.

No en vano la Constitución le impone nuestra defensa y el respeto de nuestra dignidad como su fin supremo y le encarga trabajar en pro del empleo, la salud, la educación, la seguridad, los servicios públicos y la infraestructura nacional, promover el desarrollo nacional, entre otros³³. Ya se vio en la introducción del presente trabajo de investigación la magnitud económica de las necesidades y obligaciones del Estado para con sus ciudadanos en materia de infraestructura y cierre de brechas.

En este sentido, el cumplimiento de estas obligaciones de absoluto interés público conforma el objetivo al que se dirige la actividad del Estado, cuya naturaleza es inmediata y está a cargo de los órganos administrativos competentes según los fines públicos que la motivan (Marienhoff, 1970, pp. 45-46). Son estas las que lo impulsan a contratar con los sujetos privados, titulares del capital económico y el conocimiento suficiente para poder realizar con éxito los grandes, medianos y pequeños proyectos de infraestructura que tanto necesita nuestro país. He ahí el interés del Estado peruano en materia de infraestructura, que lo motiva a seguir contratando y ejecutando satisfactoriamente estos contratos día a día.

Al respecto, es preciso detenerse en el concepto de servicio público, a fin de conectar esta finalidad abstracta a la que debe guiarse la actividad del Estado y las formas materiales en las que se desarrolla. Al respecto, se ha dicho que la prestación de servicios públicos para satisfacer las necesidades básicas de la vida en sociedad es la tercera actividad típica del Estado, a la par de su rol coactivo (actividad de policía) o de estímulo económico (actividad de fomento)

³³ Artículos 1° (“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”), 44° (“Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación [...]”), 58° (“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”) y 119° de la Constitución (“La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.”)

(Huapaya, 2011, p. 94) (Huapaya, 2015, p. 374). Sin embargo, es importante considerar que, en nuestro país, la prestación de servicios públicos no es una actividad que sea exclusiva del Estado, ya que no le está reservada y prevalece la iniciativa privada en el marco de la economía social de mercado. Sin embargo, sí le es encargada la regulación del servicio que podría ser prestado por un sujeto de derecho privado, a fin de este cumpla con los estándares mínimos de continuidad, regularidad, igualdad, universalidad y progresividad (Huapaya, 2011, p. 98) (Huapaya, 2015, p.375) (Vignolo, 2012, p. 335). Ello está conectado al cambio de paradigma del Estado Prestacional exclusivo, al Estado Garante y al imperio del principio de subsidiariedad, consecuencia del proceso de promoción de la inversión privada de los 90s (Huapaya, 2015, p. 381).

Así pues, en el Perú hemos prescindido de la definición subjetiva de los servicios públicos, compuesta por “los conceptos de titularidad estatal y *publicatio* del servicio público, para pasar a un modelo sustentado en una intervención ordenadora y reguladora del Estado sobre los sujetos privados prestadores del servicio, a fin de garantizar” la calidad y eficiencia de los mismos (Huapaya, 2015, p. 371). En este sentido, lamentablemente, no existe una definición exacta de lo que es o no un servicio público. Sabemos que estos tienen que ser esenciales para poder asegurar la vida en comunidad, su prestación no debería ser interrumpida, deben darse con un estándar mínimo de calidad y que todos -en cuanto sea posible- puedan acceder a los mismos en condiciones de igualdad (Tribunal Constitucional, 2005). Y que deben ser actividades necesarias para garantizar la eficacia de los derechos humanos y ser calificados como tal por una norma de rango legal (Danós, 2008, p. 382). En consecuencia, de acuerdo con Huapaya (2011, p. 99), nuestro país ha optado por una concepción objetiva de los servicios públicos, escogiendo casi de manera antojadiza cuando una actividad necesaria para el

desarrollo y el crecimiento de los ciudadanos es o no es un servicio público (Danós, 2008, pp. 258-259) (Huapaya, 2015, pp. 383-384).

Entonces, si el objetivo es alcanzar los resultados abstractos de progreso, desarrollo e igualdad a través de la prestación de servicios públicos, el medio es la gestión, construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura pública. Ello porque la relación entre ambos conceptos es interdependiente pues, si bien es absolutamente necesario que se brinde a la población un adecuado acceso y calidad del servicio público de salud o de agua y saneamiento, o telecomunicaciones, ninguno es posible si no existen los medios físicos, hechos de cemento y fierro. De igual modo, de nada sirven las toneladas de bolsas de cemento, fierros y horas hombre invertidas en la construcción de proyectos de infraestructura, si a través de ellas no se brindan servicios públicos con la calidad y nivel de acceso adecuados.

Ahora bien, ¿cómo el Estado opera para garantizar que todos los peruanos, en la medida de lo posible, puedan acceder a los tan necesarios servicios públicos señalados? ¿cómo el Estado se provee de la infraestructura necesaria para poder cumplir con el mandato constitucional? A través de contratos administrativos, una actividad altamente normada y contenida en los límites positivos del derecho público y la finalidad pública para la cual está siempre dirigida (Marienhoff, 1970, p. 61). Veamos.

El Estado tiene dos caras, facetas o personalidades, sin dejar de ser una sola persona jurídica. La primera de ellas se denominará el “Estado-legislador”, una entidad con capacidad legislativa, que establece los mencionados límites heteronormativos positivos y negativos para sus ciudadanos, sus funcionarios públicos y su propio funcionamiento. Podemos ver esta faceta del Estado a través de la actividad legislativa del Poder Legislativo o del Ejecutivo, cuando se

lo permite, o la actividad reguladora-técnica del Poder Ejecutivo y los organismos de carácter técnico-especializados adscritos a este. Esta es la forma regular en la que se concibe al Estado, como un sujeto ajeno a los sujetos de derecho regulares, que emite la normativa a la que los segundos deben ceñirse para poder operar en el mercado. Las normas emitidas por el Estado-legislador tiene rango legal o reglamentario y su fuente de validez se encuentra en la Constitución. Más aún, este se encuentra subordinado a la voluntad expresada en sus propias leyes por no tratarse de la voluntad de los funcionarios que lo integran, sino del pueblo representado (Ferri, 1969, pp. 102-103). Esta faceta es la visión más tradicional y típica del Estado.

Por otro lado, la segunda cara del Estado se denominará el “Estado-regulado”, y representa a las formas en las que actúan las entidades públicas que lo componen, las que en virtud de las normas establecidas por el Estado-legislativo, concretan los mandatos abstractos de progreso, desarrollo e impulso de la infraestructura nacional en los negocios jurídicos específicos correspondientes a cada proyecto a desarrollar. Decimos que es el Estado-regulado porque es este, a través de la capacidad normativa particular, entregada por las leyes del Estado-legislador, quien se encargará de concretizar cada proyecto a través de contratos individuales y autónomos del marco jurídico nacional, como se explicará más adelante.

De esta manera, el Estado peruano en realidad no es tan distinto de las otras personas jurídicas, pues es innegable que también celebra contratos o negocios jurídicos para dar cumplimiento a sus funciones públicas (Baca, 2014, p. 271). Eso sí, con la evidente salvedad de que el Estado y las entidades y organismos que lo conforman son personas jurídicas de derecho público, y por lo tanto están sujetos al principio de legalidad (Huapaya, 2013, p. 313). La capacidad

normativa de esta versión del Estado viene dada por la ley que dicta el Estado-legislador, y los negocios jurídicos que celebra son fuentes normativas en sí mismos.

En consecuencia, así como el antiguo dios romano Jano, el Estado tiene dos caras, y se comporta de manera distinta según quien tome la palabra. De esta forma, la primera dispone qué se desea y cómo debe obtenerse, los fines que deben perseguirse, los métodos que deben usarse, entre otros. Y la segunda, concretiza y regula su actividad para cada proyecto de infraestructura en particular, celebra los negocios jurídicos permitidos y necesarios para obtener los resultados deseados y se vincula de manera jurídica con su contraparte, usualmente, un sujeto de derecho privado. Al igual que Jano, no existen dos dioses. Es uno solo, que actúa para sí mismo al regularse y por nosotros, al regular sus relaciones interpersonales, de derecho.



Figura 9. *Marble bust of Janus* [Fotografía] por Marie-Lan Nguyen, 2009, Wikipedia

Commons

Sobre este último punto, y como se hizo líneas arriba, es necesario detenerse antes de explicar el concepto de lo que será denominado como la autonomía negocial del Estado. Ferri (1969, p. 18) explica que la autonomía privada es un poder libre -dentro de su ejercicio válido- al que no le está asignada una función específica o predispuesta por ley. Precisamente, explica que la autonomía privada no tiene un fin necesario impuesto al sujeto de derecho, un resultado abstracto al que tenga que dirigir su actividad, “es decir, no es un poder al que corresponda una «función» o un «officium»” ya que ello está reservado para el campo del derecho público (Ferri, 1969, p. 48). De esta manera, los sujetos pueden ejercer su autonomía privada en pro de los resultados que mejor consideren alineados a sus intereses, siempre que los medios utilizados o los intereses perseguidos no estén prohibidos por ley. Inclusive, si se considerase la valoración sobre la causa o sobre el fin de un negocio jurídico en específico y su legalidad, ello “no se traduce [...] en un límite finalista o funcional de la autonomía privada” pues solo se prohíbe la consecución de resultados prohibidos y a ella no se le asigna un objetivo extrínseco (Ferri, 1969, p. 233).

En cambio, el derecho público y sus sujetos sí tienen un fin predeterminado por ley, en nuestro caso, de rango constitucional: el interés público. Más aún, su actividad se encuentra estrictamente regulada, en virtud del principio de legalidad (Huapaya, 2013, p. 313). Inclusive, en los términos de Ferri (1969, p. 210) la actividad estatal sí es un *officium*, por estarle impuesta la consecución de intereses o fines superiores y necesarios a la voluntad de los órganos públicos. Considerando que la actividad de esta naturaleza termina por afectar a todos los ciudadanos, es lógico que se encuentre limitada de manera positiva, aunque los medios concretos no sean regulados pues, sería imposible en la práctica y francamente, ineficiente.

Piénsese, por ejemplo, que cada contrato de concesión tuviera que ser diseñado y aprobado por el Poder Legislativo y promulgado por el Poder Ejecutivo. Es así que, en palabras de Ferri (1969, p. 232), “[n]o está trazado el camino [...] pero está indicada la meta hacia la cual se debe tender” y la elección de los métodos para alcanzar dicho resultado debe ser racional y justa. Este no es un concepto extraño pues se trata del principio de legalidad del derecho público, el cual reza que toda actividad debe ser permitida, y está prohibido lo que no está permitido de manera expresa.

En consecuencia, se puede afirmar que la actividad del Estado-regulado siempre tendrá por fin último -abstracto, amplio e interpretable- el velar por el interés público, y transita a través de las vías dispuestas por las normas emitidas por el Estado-legislador. Sin embargo, la concreción material de la actividad, a través de normas de rango comercial no está predispuesta por ley. No se niega que la actividad de los sujetos de derecho público se encuentre sumamente regulada, en absoluta sujeción al principio de legalidad, pero ello no imposibilita que el Estado-regulado, de manera discrecional dentro de los límites heterónomos positivos impuestos por el Estado-legislador concrete su actividad pública (Ottaviano citado por Ferri, 1969, p. 233). Para ello, el Estado-regulado celebra contratos de diversa naturaleza: de obra pública tradicional, de Asociación Público-Privada, o contratos estandarizados de ingeniería, entre otros.

De esta manera, Ferri (1969, p. 223) concluye que la diferencia entre la actividad normativa dentro del derecho público o del derecho privado no recae en la calificación de las normas como hetero o autonormativas, según sea el Estado o un sujeto de derecho privado quien las emita o la fuente de validez de estas, sino en la carencia o en la imposición de un fin último al cual estas deban dirigirse (Ferri, 1969, p. 226). De ello que puede afirmarse que la actividad de los sujetos de derecho público es tal porque se dirige a obtener resultados que velen por el

interés público, mientras que la finalidad perseguida por los sujetos de derecho privado es irrelevante, siempre que no se encuentre prohibida. Precisamente, el autor señala que el Estado puede optar por emplear métodos e instrumentos propios del derecho privado para alcanzar esta meta abstracta del interés público, ello sin obrar dentro de aquel régimen pues, la finalidad a la que se orienta la actividad basta para negar que esta sea producto de la autonomía privada (Ferri, 1969, p. 251).

La doctrina ha reconocido de manera implícita estas ideas, y ha señalado que, a través de la técnica contractual, “el Estado siempre está actuando para conseguir el bien común (satisfacer las necesidades públicas)” y, “[s]i utiliza la técnica contractual, el contrato que celebre estará igualmente marcado por esa finalidad pública del interés colectivo, del bien común” pero no por ello perderá su naturaleza contractual (Soto, 2000, p. 577). Es decir, que la contratación estatal no escapa del régimen de los negocios jurídicos a pesar de que se emplea una legislación especializada para regularla. Como se desarrolló en el primer capítulo, a estos contratos celebrados por el Estado se les denomina contratos administrativos, expresión que “tradicionalmente identificaba a los contratos de derecho privado estipulados por la Administración Pública para adquirir prestaciones de interés propio y de los ciudadanos” (Travi, 2013, p. 535) y que hoy implica la naturaleza pública de estos contratos.

Asimismo, de acuerdo con lo indicado *supra*, a través de los contratos administrativos, el Estado se vincula de manera jurídica con otros sujetos de derecho, en ellos se establecen obligaciones para él y para su contraparte. Y de surgir alguna controversia durante su ejecución, se puede recurrir a un tribunal arbitral investido de función jurisdiccional a fin de resolver la disputa, cuya decisión no solo es vinculante, sino que es ejecutable incluso contra el propio

Estado, a través de sus propios tribunales de justicia regulares. Todo ello con la misma fuerza de derecho y exigibilidad que una norma de origen contractual del derecho privado o la ley.

Entonces, si el Estado-regulado puede manifestar su voluntad y suscribir contratos con otros, si está facultado para crear sistemas normativos completos, autónomos del sistema heterónimo, concretos y especiales, y generar para sí mismo deberes y derechos que emanan del acuerdo de las voluntades manifestadas (suya y de su contratante), entonces tiene autonomía en los términos expuestos por la Teoría Normativa del Negocio Jurídico. Como se explicó, la autonomía es la capacidad del sujeto de derecho, otorgado por la ley, para establecer las consecuencias vinculantes y particulares de sus propios negocios jurídicos. Entonces, el Estado peruano tiene autonomía al momento de celebrar los contratos administrativos antes descritos, la que es empleada en los espacios expresamente permitidos por la ley del Estado-legislador para satisfacer sus intereses y cerrar la brecha de infraestructura a través de los negocios jurídicos concretos que celebra.

En otras palabras, el Estado tiene dos capacidades normativas, conforme la faceta que emplee: (i) la ya conocida capacidad legislativa del Estado-legislador, y (ii) la capacidad normativa del Estado-regulado para celebrar negocios jurídicos propios. Se le denominará a este concepto como la autonomía negocial del Estado, para evitar confusión con la autonomía privada de los sujetos del derecho privado.

Aquí podrían realizarse algunas críticas, como que el Estado-regulado no puede expresar su voluntad de manera libre, sino a través de métodos y sistemas extremadamente regulados y con múltiples imposiciones heterónomas positivas, como formalidades y sujeto al principio de legalidad (Huapaya, 2013, pp. 313-314) (Martínez, 1998, p. 957) (Ariño, 1970, p. 73). Ello es

cierto. Sin embargo, ello no es óbice a su poder auto-normativo. La ley habilita al Estado a contratar³⁴ y, siendo que no partimos de la teoría voluntarista, no es relevante para este análisis el proceso interno de la manifestación de la voluntad, ni los mecanismos empleados por los sujetos de derecho al momento de expresar sus intereses. Lo importante es que la persona jurídica en cuestión, el Estado-regulado, realiza una manifestación de voluntad objetiviza para vincularse con otro sujeto de derecho y que, de obtenerse la deseada fórmula de la aceptación de una oferta, nace una tercera voluntad, ajena a las partes y superior a ambas: la voluntad del contrato.

Aquí le pido al lector recordar la metáfora del pez Tetra Neón en la pecera, y que no importa la profundidad del agua o el número de obstáculos que este debe sortear para poder desarrollarse dentro de los límites establecidos por la ley. De igual modo, la autonomía negocial del Estado-regulado transita a través de los obstáculos y dentro de los confines de la pecera, a pesar de que prácticamente todo le esté regulado de antemano por las disposiciones del Estado-legislador. En tanto que el objeto del negocio jurídico, las características de las prestaciones vinculadas, el sujeto contratante, el plazo y demás circunstancias que determinan la ejecución del mismo no sean preestablecidas por la ley o una norma de rango reglamentario, es el contrato el que materializa el conjunto de normas a aplicarse para la relación jurídica autónoma del marco jurídico heterónomo y concreta a la que da vida.

En este sentido, la autonomía es la capacidad de establecer normas para las relaciones interpersonales en las que se participa. El Estado-legislador habilita al Estado-regulado a ello, aunque siempre deba perseguir una finalidad pública y los métodos empleados sean bastante

³⁴ En materia de infraestructura pública, por ejemplo, el Decreto Legislativo N° 1362, que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en activos, o la Ley N° 32069, Ley General de Contrataciones Públicas.

rígidos. El contenido del negocio jurídico celebrado, la fuente de su condición normativa es sí mismo, no la ley. Ello es tan cierto para los contratos del derecho privado como del derecho público.

También podría objetarse que los contratos administrativos tienen previstas por ley un conjunto de cláusulas obligatorias, cuyo diseño fue creado por el Legislador y que integran todos los contratos de su naturaleza. Por lo tanto, no sería el Estado-regulador quien cree la normativa contemplada en el contrato, y esta sería de naturaleza heteronormativa, poniendo fin a la idea de una capacidad normativa propia y concreta de la que surgen los negocios jurídicos que celebra, por negarles aunque sea parcialmente la capacidad de ser fuentes de derecho en sí mismos.

Sin embargo, aquella idea parte del fatal error de confundir las disposiciones heterónomas positivas y el diseño autónomo de los negocios jurídicos. Así como en el derecho privado, en los diversos marcos normativos aplicables a los contratos administrativos en materia de infraestructura existen normas imperativas y otras cuyo diseño es utilizado voluntariamente por los contratantes. No por ello ni los primeros ni los segundos dejan de ser fuente de producción de las normas que contienen o fuentes de derecho en sí mismos. El negocio jurídico existe y despliega sus efectos normativos desde la concreción del acuerdo de las voluntades manifestadas de las partes, inclusive si estas fueron forzadas a incluir una cláusula con un diseño predispuesto por ley o ceñirse a alguna formalidad legal. En otras palabras, la cláusula impuesta no existe porque así lo dispone la ley. En aquel momento tan solo se encuentra en el universo jurídico abstracto, como se explicó en el primer acápite de la presente investigación.

De esta manera, es a partir de que, en el universo jurídico concreto se verifica la celebración de un contrato administrativo que se aplica la ley y se fuerza a las partes a incluir la cláusula conforme el diseño predispuesto. Pero esta no vincula a las partes porque su contenido fue redactado por el Estado-legislador. Esta vincula a las partes porque se encuentra en el negocio jurídico, el cual es fuente de producción de las normas que contiene independientemente del origen del diseño del programa contractual (Ferri, 1969, pp. 31-32). El negocio jurídico celebrado por el Estado no encuentra la fuente de sus efectos en la ley, que contiene mandatos de naturaleza generales y abstractos. Sino que él mismo es el origen de los efectos legales que despliega. Nuevamente, no es el Estado-legislador el que origina la relación jurídica que vincula a las partes de un contrato administrativo, conforme se ha explicado. En cambio, la fuente normativa de estos contratos proviene exclusivamente del acuerdo de las voluntades manifestadas del Estado-regulado y otro sujeto contratante, que coloca los proverbiales puntos sobre las “i” del reglamento contractual y crea las normas jurídicas autónomas que les aplicará durante su ejecución.

3. Segundas conclusiones

A lo largo de los párrafos anteriores se han explorado diversos conceptos que confluyen en una única idea principal: el Estado peruano celebra contratos administrativos en materia de infraestructura gracias a la autonomía negocial que le otorga y regula la ley, dentro de los límites heterónomos positivos y negativos, conforme el principio de legalidad del derecho público.

Precisamente, como se explicó, en su faceta de Estado-regulado, el sujeto de derecho público por excelencia puede manifestar su voluntad y suscribir contratos con otros, porque la ley le

permite crear sistemas normativos completos, autónomos del sistema de normas de rango legal y reglamentario, con disposiciones concretas y especiales, y que generar para quien lo suscribe deberes y derechos que emanan del acuerdo de las voluntades manifestadas.

En particular, en los contratos de APP, esta autonomía normativa del Estado peruano es aún más notoria por la naturaleza de las cláusulas que integran el negocio jurídico, la complejidad de la operación económica de largo aliento que lo sustenta, el procedimiento y la diversidad de los intereses públicos y privados detrás de su celebración, y la mandatoria transparencia en su ejecución. En este sentido, se concluye que en este conjunto particular de contratos, la presencia del *ius imperium* es reducida y dependiente del contenido del negocio jurídico, en tanto que la relación jurídica establecida entre el Estado-regulado y el socio privado emana única y enteramente del acuerdo de las voluntades manifestadas de las partes, con las disposiciones particulares expresamente creadas para las circunstancias de la operación económica que lo justifica. Así pues, estos contratos existen por la autonomía de los sujetos que los celebran. De un lado, la autonomía privada de los inversionistas o socios privados, regulada por la versión del principio de legalidad del derecho civil (todo lo que no está prohibido está permitido) y la autonomía negocial del Estado peruano y la versión pública del mismo principio (sólo lo expresamente permitido es válido y eficaz).

IV. La autonomía negocial del Estado Peruano en los contratos de Asociación Público Privada en materia de infraestructura pública en nuestro país

Hasta el momento se ha expuesto cómo el Estado Peruano celebra contratos administrativos en materia de infraestructura gracias a su autonomía negocial. En particular, ha llamado poderosamente la atención la celebración y ejecución de contratos de APP por tratarse de

aquellos en los que la finalidad pública y el interés económico privado deben confluir y funcionar en conjunto. De lo contrario, estos contratos simplemente no funcionan, no cumplen sus objetivos y los proyectos fracasan.

En este sentido, a continuación el lector podrá apreciar tres casos en los que los conceptos antes discutidos de manera abstracta se materializaron y fueron instrumentales para la resolución de los conflictos surgidos durante la ejecución de los contratos de APP. De este modo, el lector podrá visualizar las consecuencias y los resultados de la aplicación de la autonomía negocial del Estado durante la celebración y ejecución de dichos contratos. Veamos.

1. Caso arbitral N° 0466-2021-CCL. Transvial Lima S.A.C., Lima Vías Express S.A., Perú Masivo S.A., Lima Bus Internacional 1 S.A., y ACS Solutions Perú S.A. vs. Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao (ATU).

Con fecha 12 de septiembre de 2008 las empresas Transvial Lima S.A.C., Lima Vías Express S.A., Perú Masivo S.A., y Lima Bus Internacional 1 S.A. (en adelante, los “Concesionarios Operadores”) celebraron con el Instituto Metropolitano Protransporte de Lima (en adelante, el “Concedente”) el contrato de concesión de la Operación del Servicio de Transporte de Pasajeros Mediante Buses Troncales y Alimentadores en el Sistema de Corredores Segregados de Buses de Alta Capacidad (COSAC I) (en adelante, el “Contrato COSAC I”).

El sistema de buses COSAC I -popularmente conocido como el Metropolitano- es una APP Autosostenible integrada por dos concesiones: (i) la de los cuatro Concesionarios Operadores, los que prestan el servicio de transporte de pasajeros por medio de buses troncales y alimentadores; y (ii) la concesión de la empresa ACS Solutions Perú S.A., quien tiene el

derecho y obligación de recaudo y custodia de las tarifas cobradas a los usuarios hasta su entrega al respectivo fideicomiso de flujos en administración (Transvial Lima S.A.C. y otros vs ATU, 2023, pp. 91-92 y 114-115). Todas las empresas antes mencionadas se encuentran consorciadas con la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao (ATU)-la entidad pública que sustituyó a la original Concedente- para coordinar sus acciones respecto de la operación del COSAC I desde abril del 2010, en el Consorcio Coordinador (Transvial Lima S.A.C. y otros vs ATU, 2023, pp. 91-92)

Precisamente, este arbitraje versó sobre las fórmulas económicas contenidas en el Anexo 6 del Contrato COSAC I, las que son utilizadas para la determinar el valor del Pasaje Técnico y su ajuste, los que están compuestos por (i) el Costo Troncal, (ii) el Costo Alimentación y (iii) el Costo de Recaudo. Y, a su vez, cada uno de estos valores se calcula a través de un conjunto de índices de actualización y constantes, que debían reflejar la situación económica del país. La utilidad de las fórmulas utilizadas para calcular los tres tipos de costos se ve reflejada en la finalidad de la ecuación empleada para el cálculo del Pasaje Técnico Ajustado, ya que, de

acuerdo con la Cláusula Décimo Segunda del Contrato COSAC I, el pasaje cobrado a los usuarios del sistema nunca podría ser superior al promedio anual de este.

Anexo N° 6 Fórmulas Económicas

1. Pasaje Técnico (soles/pasajero)

$$PT_m = CT_m + CA_m + CR_m$$

Donde:

- CT_m : Costo Troncal por Pasajero en la semana m
- CA_m : Costo Alimentación por Pasajero en la semana m
- CR_m : Costo de Recaudo por Pasajero en la semana m
- m : Semana de Operación (si m=0 corresponde a la fecha de presentación de la propuesta)

El Pasaje Técnico se ajusta si tiene una variación en valor absoluto mayor a 2.5%

$$PTA_{s+1} = PT_m \cdot \left| \left(\frac{PT_m}{PTA_s} \right) - 1 \right| \geq 2.5\%$$

Donde:

- s : Contador del número de ajustes desde el inicio de la aplicación de la fórmula (s inicial es igual a 0 y se incrementa en 1 cada vez que se realiza una actualización)
- PTA_s : Pasaje Técnico Ajustado vez s
- PT_m : Pasaje Técnico en la semana m
- m : Semana de Operación (si m=0 corresponde a la fecha de presentación de la propuesta)

Figura 10. Fórmulas de cálculo del Anexo 6 del Contrato COSAC I

Así pues, el 18 de julio de 2022, dos de los Concesionarios Operadores presentaron una demanda contra el Concedente con las siguientes pretensiones que resultan relevantes para los efectos de la presente investigación, entre otras:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se declare que las fórmulas económicas del Anexo 6 de los Contratos de Concesión establecidas para la determinación del Pasaje Técnico y su ajuste o Pasaje Técnico Ajustado son ineficaces y/o inaplicables por imposibilidad fáctica y/o jurídica, debido a que las siguientes variables o índices no existen o no han sido actualizados: (i) Precio de Gas Natural publicado por el OSINERGMIN para la semana inmediatamente anterior a la fecha de actualización de Pasaje Técnico; y, (ii) Salario Nominal en Lima Metropolitana publicado por el INEI para la semana inmediatamente anterior a la fecha de actualización del Pasaje Técnico.

Transvial Lima S.A.C. y otros vs ATU, 2023, p. 31

Segunda Pretensión Autónoma: Que se declare que las Fórmulas Económicas previstas en el Anexo No. 6 de los Contratos de Concesión son inaplicables por causas no imputables a Perú Masivo como consecuencia de que las variables o índices de actualización contemplados por estas fórmulas no existen o no han sido publicados o no han sido actualizados por la ATU, y por el incumplimiento de la ATU de su obligación de mejores esfuerzos en buena fe de ejecutar tal actualización o publicación.

Transvial Lima S.A.C. y otros vs ATU, 2023, pp. 39-40

Respecto de estas pretensiones, presentadas por las empresas Transvial Lima S.A.C. y Lima Vías Express S.A., y Perú Masivo S.A., el problema versaba sobre uno de los índices que se utilizaban para el cálculo el Pasaje Técnico: el Salario Mínimo Nominal en Lima, el cual dejó de ser publicado en junio del 2010 por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (Transvial Lima S.A.C. y otros vs ATU, 2023, pp. 32-33, 43 y 109-110). Como consecuencia, no podía calcularse correctamente ninguno de los costos antes señalados, el Pasaje Técnico ni su ajuste, y para los Concesionarios Operadores, esto volvía ineficaces las mencionadas fórmulas (Transvial Lima S.A.C. y otros vs ATU, 2023, p. 33).

Inclusive, producto de la imposibilidad técnica de aplicar la fórmula de cálculo, las partes del contrato habían fijaron las tarifas cobradas a los usuarios durante los años 2010, 2012, 2014 y 2018 sin modificar el contrato ni aplicar dichas fórmulas, simplemente mediante acuerdos del Consorcio Coordinador (Transvial Lima S.A.C. y otros vs ATU, 2023, p. 45). En este sentido, para “salvar” la situación, el Concedente había sustituido el valor del índice de Salario Mínimo Nominal en Lima Metropolitana por un valor fijo de 3,993.00 desde el mes de abril de 2011, por ser el último valor publicado por el INEI para dicho índice (Transvial Lima S.A.C. y otros vs ATU, 2023, p. 110). En otras palabras, el Concedente congeló dicho índice, desconoció su variación y así, buscó darle utilidad a un conjunto de fórmulas sin ajustarse a la realidad (Transvial Lima S.A.C. y otros vs ATU, 2023, p. 117).

Entenderá el lector que, si era imposible actualizar el Pasaje Técnico Ajustado porque las fórmulas ya no podían reflejar la realidad económica del país por causa imputable al Estado, tampoco era posible elevar el precio de las tarifas cobradas a los usuarios y el equilibrio económico financiero de las concesiones desaparecía por completo (Transvial Lima S.A.C. y otros vs ATU, 2023, pp. 115-118). Ahora bien, resumido el contexto histórico y legal del caso citado, puede pasarse a su análisis del caso y su relevancia para el presente trabajo de investigación.

En la sección considerativa del laudo, el Tribunal Arbitral partió por determinar que los contratos de concesión coligados que forman el sistema del COSAC I son contratos públicos “destinados a satisfacer una necesidad esencial [...]. Por tal razón, su otorgamiento, interpretación y ejecución se rige, primordialmente por el derecho público y sólo de manera supletoria, por las reglas del derecho privado” (Transvial Lima S.A.C. y otros vs ATU, 2023, pp. 95-96). En otras palabras y como se explicó en el primer capítulo de este texto, los árbitros

concluyeron que los contratos de concesión que integran el sistema del COSAC I son contratos administrativos. Y, acto seguido, indicaron que la autonomía de la voluntad es un aspecto que debe tomarse en cuenta en los contratos públicos y que juega un rol en su celebración y modificación (Transvial Lima S.A.C. y otros vs ATU, 2023, p. 96).

Inclusive, respecto de las facultades del Estado como sujeto contratante, el Tribunal Arbitral concluyó que la prerrogativa de modificar de manera unilateral el contrato sólo existe en tanto tenga su fuente sea el contrato mismo o, sea heterónomamente impuesta por ley - mandato que terminaría por integrar de igual forma el contenido del negocio jurídico, como fue explicado en el capítulo anterior (Transvial Lima S.A.C. y otros vs ATU, 2023, p. 120). Por lo que, el índice que había sido dejado de publicar solo podría ser reemplazado por otro respecto del cual tanto el Concedente como los Concesionarios estuvieran de acuerdo, a través de una modificación del Contrato COSAC I, con las formalidades exigidas por ley (Transvial Lima S.A.C. y otros vs ATU, 2023, p. 122).

En este sentido, el Tribunal determinó que, en tanto las partes no modificasen el extremo defectuoso de las fórmulas de ajuste de los Costos Troncal, Alimentación y Recaudo -afectados por la falta de publicación actualizada del índice de Salario Mínimo Nominal en Lima Metropolitana- era ineficaz (Transvial Lima S.A.C. y otros vs ATU, 2023, p. 122). Así pues, declaró “expedito el camino de solicitar el reconocimiento de costos de personal cuya variación, debidamente acreditada, fue establecida por parte del ajuste del Pasaje Técnico” (Transvial Lima S.A.C. y otros vs ATU, 2023, p. 122). En otras palabras, el Tribunal Arbitral determinó que, en efecto, las fórmulas directamente afectadas por la falta de publicación del citado índice no podían ser correctamente empleadas para el fin predispuesto. Y, que una vez

modificado el índice, los Concesionarios afectados podrían reclamar al Concedente el reconocimiento de los costos del personal no percibidos por el incidente.

Asimismo, el Tribunal también consideró que la inexistencia de dicho índice no justificaba la inaplicación de la fórmula de Pasaje Técnico Ajustado, por la finalidad pública que esta cumplía conforme el contrato: limitar el alza de tarifas más allá de “una cobertura suficiente y adecuada de los costos incurridos” por los Concesionarios Operadores (Transvial Lima S.A.C. y otros vs ATU, 2023, pp. 122-123).

Así pues, este laudo permite ejemplificar lo que se ha descrito de manera teórica y abstracta en el primer capítulo del presente trabajo de investigación: los contratos de APP, como los otros contratos administrativos, son negocios jurídicos en los que la relación jurídica que vincula a ambos contratantes tiene su origen y contenido en el contrato mismo y no, en la ley. Son los Contratos COSAC I los que facultan a los Concesionarios Operadores a brindar el servicio y recibir por ello un ingreso económico, conforme el sistema de flujo de caja dispuesto en el acuerdo. Esto solo es posible porque cada uno suscribió con el Concedente el contrato respectivo y son las normas que allí se encuentran las que determinan el porvenir del proyecto. Y, las posibilidades, herramientas, u opciones con las que cuentan los contratantes durante la ejecución del negocio jurídico solo dependen de lo allí predispuesto. Es la decisión, libre e informada, de las partes de manifestar su voluntad y la coincidencia de los términos de ambas expresiones lo que da origen a la tercera voluntad normativa, la del contrato.

Son las partes las que, a través de su autonomía, pueden celebrar el contrato, dotarlo de contenido y modificar este, siempre dentro de los límites heterónomos impuestos por la ley. Esta es una realidad de la que no son ajenos ni los contratos de APP ni los de las demás

tipologías. Entonces, es solo a través de los mecanismos expresamente contenidos en el contrato o en la normativa que le es aplicable de manera imperativa u obligatoria por ley, que los términos del negocio jurídico pueden ser modificados. Todo cambio que pretenda ser introducido, si no ha seguido, no es válido ni mucho menos, eficaz, por contravenir un mandamiento expresamente contenido en el contrato.

Por ello, el congelamiento del índice del Salario Nominal en Lima Metropolitana por parte del Concedente no era válido respecto del negocio jurídico ni del extremo de las fórmulas de cálculo de los costos que fueron declaradas ineficaces. El negocio jurídico regulaba el método que las partes debían seguir para modificar sus términos. No porque una de ellas sea el Estado Peruano ello significa que puede ir en contra de ello y alterar de manera unilateral el contrato.

Así pues, es falso que el Estado pueda ejercer una prerrogativa, como la de modificación unilateral del contrato, si esta facultad no está contenida en el negocio jurídico. Esta es una facultad, una prerrogativa que solo puede ser ejercida si fue incluida en el texto del contrato de manera originaria por los contratantes o, impuesta por mandato heteronormativo positivo. Por lo tanto, las partes contratantes, como en cualquier otro negocio jurídico, están ligados a los términos que acordaron al momento de celebrar el contrato. Así como el Estado no puede unilateralmente alterar la ejecución de este si no está expresamente facultado para ello, tampoco ello le está permitido a los sujetos privados.

Por último, a pesar de ser un contrato que responde a un evidente interés privado de lucro, ello desvirtúa ni significa que puedan alterarse aquellas estructuras que lo orientan a su finalidad privada. Así pues, la natural invocación a la finalidad pública de estos contratos es un control

y un límite de origen heteronormativo positivo que controla la acción del inversionista privado y del Estado, por igual.

2. Caso arbitral N° 2474-2012-CCL. Concesionaria Vial del Perú S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Con fecha 20 de septiembre de 2005, la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. (en adelante, “COVIPERU”) y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) celebraron el contrato de APP autofinanciada, bajo la modalidad de concesión, respecto de la Red Vial N° 6: Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica, de la carretera Panamericana Sur PE-1S (en adelante, el “Contrato Red Vial N° 6”).

Al momento de suscribir dicho contrato, las partes acordaron que el precio de la tarifa o peaje alcanzaría un máximo de S/ 4.62, más IGV y otros aportes de ley, desde el inicio de las operaciones hasta la culminación de las obras de la primera etapa del proyecto. Luego, una vez aprobada la terminación de dichas obras, la tarifa podría alcanzar un máximo de \$ 1.50 al tipo de cambio vigente en aquel momento, más los otros aportes correspondientes. Evidentemente, el peaje siempre sería cobrado a los usuarios de la vía en soles, por lo que no resulta difícil intuir qué ocasionó el problema: cuando la culminación de la primera etapa del proyecto era inminente, las partes notaron que, al tipo de cambio que debía emplearse, el peaje a cobrarse era menor a S/ 4.62, lo que suponía un resultado adverso para el financiamiento del proyecto. Parece que no advirtieron la posibilidad de que el dólar americano pudiera devaluarse frente al Sol al momento de celebrar el contrato.

Como se verá a continuación, para resolver este problema el Tribunal recurrió a una herramienta típica del derecho privado: hurgar en la voluntad subjetiva de las partes, las declaraciones conducentes a la celebración del contrato de concesión, con el objetivo de determinar cuál fue la

a. Sobre la competencia del tribunal

El MTC presentó una excepción de incompetencia contra la demanda planteada por COVIPERÚ, argumentando que solo el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, el “OSITRAN”) estaría facultado a interpretar los términos del Contrato. Sostuvo su posición argumentando que la controversia versaba sobre el régimen tarifario de la concesión, que no sería materia de libre disposición de las partes y su interpretación estaba reservada al OSITRAN, por tratarse de una facultad de *ius imperium* del Estado y la reserva contenida en la cláusula de solución de controversias del Contrato (COVIPERÚ vs MTC, 2013, pp. 72-73).

Esta excepción resulta particularmente interesante para los efectos de la presente investigación pues es un claro ejemplo de los límites del *ius imperium* del Estado Peruano y las consecuencias de la naturaleza contractual de las concesiones otorgadas por este a través de la legislación de las APP. Veamos.

Primero, el Tribunal Arbitral determinó que la discusión respecto de la manera en la que deben interpretarse los términos del Contrato era materia de libre disposición de las partes, conforme la lectura sistemática de los artículos 62° de la Constitución, 17° del T.U.O. del Decreto Supremo N° 059-96-PCM, 2° del Decreto Legislativo N° 1071 y las Cláusulas 15.12 y 15.13

del Contrato (COVIPERÚ vs MTC, 2013, pp. 78-79). Ello porque, si bien los aspectos relacionados al régimen tarifario eran de exclusiva competencia del OSITRAN, todas las controversias no técnicas respecto de la interpretación del Contrato podían ser sometidas válidamente a arbitraje (COVIPERÚ vs MTC, 2013, p. 79).

Al respecto, el Tribunal Arbitral indicó que, si las partes podían haber determinado el texto del Contrato o modificarlo conforme la normativa vigente, entonces toda discrepancia sobre cómo leer dicho texto podía ser resuelto en la vía arbitral dado que ello no fue resultado de la actividad regulatoria del OSITRAN (COVIPERÚ vs MTC, 2013, p. 79). En este sentido, el Tribunal concluyó que la controversia no versaba sobre el valor de la tarifa o el la cuantía del incremento que podría corresponder, sino la lectura de la cláusula controvertida, libremente creada por las partes y que podía ser realizada por el OSITRAN o sometida a arbitraje (COVIPERÚ vs MTC, 2013, pp. 83-89).

El análisis de este Tribunal Arbitral nos demuestra que existen ciertas incógnitas respecto de la naturaleza del contenido de los contratos de APP y la actividad regulatoria de entidades como el OSITRAN, que determinan ciertos aspectos de la ejecución contractual más allá de la manifestación de voluntad de las partes. Así pues, conforme el artículo 3° de la Ley N° 26917, ley de creación del OSITRAN, su misión es la de regular el comportamiento de los mercados en los que se desempeñen los sujetos que operen la infraestructura de uso público, y el cumplimiento de los contratos de concesión, en pro de la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su supervisión³⁵. En este sentido, el OSITRAN puede, entre otros, operar

³⁵ Artículo 3° de la Ley N° 26917 “3.1. La misión de OSITRAN es regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como, el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; en el marco de las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito.”)

los sistemas tarifarios e interpretar los contratos, conforme señala el artículo 7° de la citada ley. Es decir, la actuación del OSITRAN, que puede determinar aspectos particulares del contrato (como la tarifa máxima que podría cobrar el concesionario a los usuarios de la infraestructura pública o la forma en la que deben entenderse las obligaciones y derechos de las partes), tiene como fuente de validez la ley.

Sin embargo, incluso cuando el OSITRAN está facultado por ley para intervenir en la ejecución de un contrato de APP, ello no reemplaza ni elimina el poder normativo de las partes, ya que en su autonomía han considerado el marco legislativo vigente al momento de celebrar el contrato. Así pues, la actividad del OSITRAN forma parte del marco heteronormativo que integra el contrato. Y, como se explicó al inicio de la presente investigación, es la manifestación de voluntad de las partes la que llena de contenido normativo los vacíos dejados por la ley en la relación jurídica creada. De esta forma, si bien el OSITRAN puede llegar a determinar unilateralmente un aspecto determinante de la ejecución contractual como el precio de la tarifa regulada y ello es, sin lugar a duda, una facultad exclusiva suya, no puede eliminar o sobreponerse al negocio jurídico que condiciona la mera existencia de su actuación ni reemplazar lo manifestado por las partes. Así, si el concedente y su contraparte determinaron que era posible discutir en la vía arbitral la interpretación del texto del contrato, que esto también pueda ser hecho por el OSITRAN no es óbice para la competencia del tribunal, cuya fuente de validez se encuentra en el negocio jurídico y no en la ley.

b. Descifrando la voluntad del negocio jurídico

Entre las pretensiones planteadas por COVIPERÚ ante el Tribunal Arbitral, el concesionario solicitó que este determinase si fue la común intención de las partes al momento de celebrar el

contrato que COVIPERÚ pudiera incrementar la tarifa cobrada a los usuarios de la infraestructura al momento de culminar la Primera Etapa de la concesión, y que tiene derecho a ello (COVIPERÚ vs MTC, 2013, p. 4).


Primera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral declare que COVIPERÚ tiene derecho a un aumento o incremento efectivo de la Tarifa que cobra a los Usuarios a la fecha de la aprobación de la culminación de la Primera Etapa, cuando ésta se produzca. Ello como consecuencia de determinar que el incremento tarifario era la común intención de las Partes y que, conforme a nuestro ordenamiento, se debe declarar la primacía de lo querido sobre lo declarado. Además, el Tribunal Arbitral también deberá declarar que:

- (i) COVIPERÚ debe seguir aplicando la Tarifa actual en tanto no se determine el incremento tarifario al que tiene derecho; y que,
- (ii) COVIPERÚ tiene derecho a un incremento tarifario, es decir, a cobrar más a los Usuarios, lo que será determinado ya sea mediante una Addenda al Contrato de Concesión o como resultado del ejercicio de la potestad reguladora por parte del OSITRAN.

COVIPERÚ vs MTC, 2013, p. 4

Al respecto, debe considerarse que la redacción de la cláusula 8.17 del Contrato vigente al momento de la controversia era como sigue:

8.17.- El régimen tarifario es el conjunto de reglas contenidas en el Contrato y en los Estudios Técnicos que regulan las Tarifas que estará autorizada a cobrar la SOCIEDAD CONCESIONARIA durante la Explotación del Área de la Concesión, conforme lo siguiente:

- a)  A partir de la Toma de Posesión del Derecho de Explotación, y hasta la aprobación de la culminación de las Obras de la Primera Etapa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá cobrar por concepto de Tarifa máxima: S/. 4.62 por Peaje mas IGV y otros aportes de ley.
Aprobada la culminación de las Obras de la Primera Etapa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobrará la Tarifa señalada en el Inciso c) del presente artículo.
- c) La Tarifa a ser cobrada por la SOCIEDAD CONCESIONARIA, a la fecha de aprobación de culminación de las Obras de la Primera Etapa, está compuesta por un Peaje máximo de Un y 50/100 Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 1,50), al Tipo de Cambio vigente a dicha fecha, reajustado de acuerdo a la fórmula señalada en el Literal d) siguiente, más el importe correspondiente al Impuesto General a las Ventas y otros Aportes de Ley, dentro de los cuales no se incluyen los aportes por regulación.

Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica, 2005 pp. 53-54

Para COVIPERÚ, al momento de celebrar el Contrato, la intención de las partes al momento de celebrar el contrato era que, al culminar la Primera Etapa de la Concesión, pudiera incrementarse la tarifa. Por lo que, no debería aplicarse el literal c) de la Cláusula 8.17, el que tendría por resultado su reducción, debido a la fluctuación del tipo de cambio desde que se celebró el Contrato (COVIPERÚ vs MTC, 2013, p. 4). En contraste, el MTC argumentó que el literal c) había sido libremente acordado por las partes, que el riesgo del tipo de cambio había sido voluntariamente asumido por COVIPERÚ al celebrar el contrato y, en consecuencia, la Cláusula 8.17 debía aplicarse según su literalidad (COVIPERÚ vs MTC, 2013, p. 43-46).

En su análisis, el Tribunal Arbitral consideró que, conforme el artículo 1361° del Código Civil³⁶ correspondía a COVIPERÚ demostrar que la inaplicación del literal c) de la Cláusula 8.17 respondía a la voluntad querida de ambas partes por encima de lo expresado literalmente en el Contrato, ya que, como es sabido, la voluntad interna de los contratantes no siempre se condice con la voluntad manifestada del negocio jurídico (COVIPERÚ vs MTC, 2013, pp. 96-101 y p. 128). Y, del análisis de las pruebas presentadas por las partes, el Tribunal Arbitral consideró que tanto el MTC como COVIPERÚ esperaban un incremento positivo de la tarifa al quinto año de ejecución del contrato, conforme el Libro Blanco de la segunda licitación de la concesión, elaborado por Apoyo Consultoría para el MTC y otros documentos públicos elaborados durante la fase de estructuración y transacción del proyecto (COVIPERÚ vs MTC, 2013, pp. 114-120).

³⁶ Artículo 1361° del Código Civil (“Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.”)

Perfil de ingresos: Los ingresos tarifarios de la concesión serán iguales al tráfico real remunerado por una tarifa garantizada.

- Tarifa garantizada (US\$/eje cobrable)
- Actual = 1.12
- Inicial = 1.33+IGV = 1.58 (+41%)
- 5to año = 1.50+IGV = 1.79 (+13%)

Las tarifas se cobran en soles. La tarifa objetivo se ajusta anualmente por los factores de inflación USA y Perú.

COVIPERÚ vs MTC, 2013, p. 115

Así pues, a opinión del Tribunal Arbitral, las partes habían considerado un aumento positivo efectivo y material en la tarifa a cobrarse después de culminadas las obras de la Primera Etapa; y que, producto de la literalidad de cláusula 8.17.c), ello sería imposible por la variación del tipo de cambio en dicho momento (COVIPERÚ vs MTC, 2013, pp. 120-121). A lo que agregó que era falsa la afirmación del MTC respecto de la asignación del riesgo cambiario a COVIPERÚ, el que incluso si existiera tampoco podría aplicarse “de tal forma que no hiciera imposible o ineficaz el derecho que, por otro lado, se otorgaba [a COVIPERÚ] a recibir un incremento real y efectivo de la Tarifa [...]” (COVIPERÚ vs MTC, 2013, pp. 122-123).

Además, conforme el Tribunal Arbitral, la conducta del Estado peruano durante la ejecución del contrato respaldó esta interpretación, siendo que el OSITRAN concluyó en anteriores oportunidades que COVIPERU sí tendría derecho al cobro de una mayor tarifa si culminaba las obras pendientes, no mencionando la posibilidad de una reducción de la misma por obra del tipo de cambio (COVIPERU vs MTC, 2013, pp. 124-127). Esta apreciación es interesante si se toma en cuenta lo descrito en el acápite inmediato anterior, respecto de las facultades y la naturaleza jurídica de la actuación del OSITRAN en los contratos de APP.

Como se desprende lógicamente del resumen antes hecho, el Tribunal Arbitral concluyó que al momento de estructurar financieramente el proyecto y celebrar el Contrato, tanto el MTC como COVIPERÚ consideraron que el dólar americano mantendría su posición frente al Sol y de esta forma se incrementaría y ajustaría la tarifa, asegurando así el rédito económico del proyecto (COVIPERÚ vs MTC, 2013, pp. 129-130). En consecuencia, declaró fundada esta pretensión de COVIPERÚ, determinó la existencia de una discrepancia entre el contenido textual del Contrato y lo acordado por las partes, optó por la existencia del derecho del concesionario al incremento real y efectivo de la tarifa, y la inaplicación del literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato (COVIPERÚ vs MTC, 2013, pp. 131-138).

Conforme se ha podido apreciar, este laudo permite ejemplificar cómo los contratos de APP se estructuran, suscriben y ejecutan de acuerdo con las normas de la autonomía y los límites de la acción heteronormativa del Estado. Primero, podrá notar el lector cómo el propio negocio jurídico de APP puede regular quién se encuentra facultado para interpretarlo, siendo que esta norma es de origen contractual y, por lo tanto, de creación exclusiva por la manifestación de voluntad de las partes. Así pues, la cláusula arbitral estudiada permite observar cómo -a través de los heteronormativos negativos- la autonomía de las partes fluye y construye normas jurídicamente vinculantes y oponibles a terceros como el propio Tribunal Arbitral. Así pues, si COVIPERÚ hubiera solicitado que el Tribunal Arbitral determinase la tarifa a cobrarse a los usuarios, dicho acto hubiera sido nulo por contradecir una prohibición expresa del ordenamiento, incluido dentro de la estructura contractual. Más aún, la misma estructura le permite al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de aspectos que, aunque relacionados con el régimen tarifario de la concesión, son adyacentes al mismo, graficando así la metáfora de la pecera: no importa cuánto espacio exista entre las rocas y los límites, mientras exista un

margen, la creación normativa de la autonomía puede desplegar sus efectos. En este caso, facultar al Tribunal Arbitral a emitir su pronunciamiento.

De ese modo, este caso permite explicar cómo la actuación estatal durante la ejecución de los contratos de APP se encuentra limitada por el contenido del negocio jurídico, y el ejercicio de sus facultades de *ius imperium*, negadas si el negocio jurídico mismo no se las permite. Ya que, pudiendo el MTC determinar una interpretación favorable a sus intereses personales del literal c) de la Cláusula 8.17 a través del OSITRAN, el Tribunal Arbitral -autorizado por el convenio contenido en el contrato de APP- puso un alto a dicho intento e se investió de facultad jurisdiccional para determinar la verdadera intención declarada de las partes. Así pues, este caso demuestra que el Estado nunca se encuentra en una posición superior que el concesionario en estos contratos, sino que su actividad puede ser controlada, detenida e incluso, interpretada por ellos mismo, por partida doble.

Por último, el caso estudiado ejemplifica adecuadamente cómo la autonomía negocial del Estado permite que se apliquen mecanismos de interpretación típicos, como el estudio de las voluntades declaradas y la interpretación sistemática y finalista de las cláusulas del contrato para darles sentido y funcionalidad, aun cuyo texto sea equívoco o impreciso. En este caso, el Tribunal Arbitral optó por descifrar la manifestación de voluntad de las partes a través de los documentos públicos del concedente emitidos para la suscripción del Contrato, y por ende, la voluntad del contrato. La aplicación de esta herramienta típica del derecho civil como el buscar entre las declaraciones de las partes durante las etapas previas a la suscripción del contrato solo es posible porque el título habilitante de la concesión fue otorgada a través del negocio jurídico. Y porque este existe gracias a la concordancia de las voluntades objetivizadas de ambas partes.

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

Los matices de la autonomía privada en los contratos de APP en materia de infraestructura no se limitan a la interpretación de las cláusulas que integran el contrato, sino que determinan también otros aspectos cruciales de la ejecución contractual o inclusive, su resolución. Precisamente, nuestro país ha sido protagonista de un caso internacional en el que la facultad del Estado para resolver el contrato de manera unilateral fue una pieza clave para su resolución.

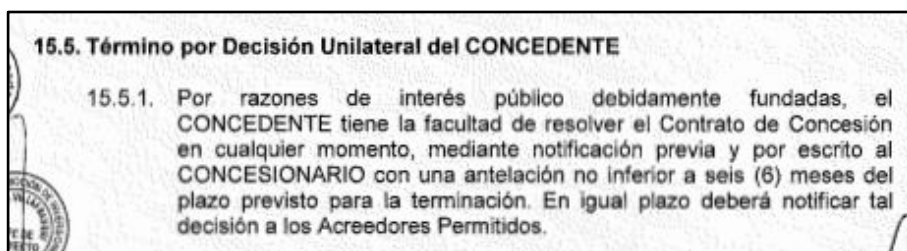
Con el objetivo de realizar el proyecto del Aeropuerto Internacional de Chinchero (AICC), el 4 de julio de 2014, el MTC suscribió con la Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A (en adelante, “Kuntur Wasi”) el contrato de Asociación Público Privada cofinanciada para el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento del proyecto (en adelante, “Contrato AICC”). Como parte de sus obligaciones acordadas, era responsabilidad de Kuntur Wasi obtener el Cierre Financiero del proyecto para poder iniciar con la fase de construcción, para lo que el OSITRAN y el MTC aprobasen su propuesta financiera. En este contexto, el 12 de octubre de 2016 la Contraloría General de la República (en adelante, la “Contraloría”) emitió un informe respecto de la propuesta financiera de Kuntur Wasi, en el que detectó defectos en el diseño financiero del Contrato AICC y que, de aprobarse la propuesta de Kuntur Wasi en dichos términos podría afectar el equilibrio económico del proyecto, por lo que recomendó la renegociación del contrato en lo referente al monto de los Pagos Anuales por Obra (PAO).

Después de una compleja negociación, con fecha 3 de febrero de 2017, las partes celebraron la Adenda N° 1 al Contrato AICC, a través de la cual modificaron el esquema de financiamiento del proyecto, de forma que el Estado peruano cofinanciaría aun más las obras de construcción.

De este modo, el MTC asumió la obligación de otorgar un adelanto ascendente a USD 40'262,870.00 durante el primer mes posterior a la suscripción de la adenda para financiar los costos de construcción, entre otras no contempladas en la versión original del Contrato AICC.

En respuesta, la Contraloría emitió un informe preliminar el 22 de febrero de 2017, en el que señalaba que este adelanto era un riesgo potencial para la malversación de los fondos que serían entregados a Kuntur Wasi, por lo que le recomendó medidas adecuadas (Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. vs República del Perú, 2023, p. 49). Esto hizo que el 2 de marzo del mismo año, de mutuo acuerdo las partes suspendieran temporalmente el negocio jurídico (Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. vs República del Perú, 2023, p. 50). En esta línea, en el informe definitivo de la Contraloría de fecha 19 de mayo de 2017, esta concluyó que la Adenda N° 1 alteraba los términos de competencia del concurso para la celebración del Contrato AICC (Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. vs República del Perú, 2023, p. 52). Este informe provocó un fraccionamiento al interior del Estado peruano, en el que se enfrentó la Contraloría, el Congreso de la República, el MTC y el Ministerio de Economía Finanzas, entre otros, quienes emitieron diversas declaraciones a la opinión pública respecto de qué se debería hacer o no respecto del Contrato AICC (Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. vs República del Perú, 2023, pp. 50-54).

Ante esta situación, el MTC decidió accionar la facultad contenida en el numeral 15.5.1. de la Cláusula 15.5 Término por Decisión Unilateral del Concedente, por la que podía resolver el Contrato AICC si determinaba que ello era conveniente “por razones de interés público debidamente fundadas, previa notificación al concesionario”. Elección que se materializó a través del Oficio N° 142-2017-MTC/01 de fecha 13 de julio de 2017, dirigido a Kuntur Wasi.



Cláusula 15.5.1 del Contrato AICC, 2014, p. 111

De acuerdo con el MTC, tomó dicha decisión porque “no era posible concretar la ejecución del Proyecto en la forma y oportunidad originalmente previstas, lo cual pone en peligro el logro de la finalidad pública de alto interés nacional [...]” (Ministerio de Transportes y Comunicaciones, 2017, p. 2). Con ello, la entidad buscó finiquitar de un contrato sumamente cuestionado por sus defectos en el diseño financiero y las críticas realizadas contra su primera adenda (Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. vs República del Perú, 2023, p. 147).

No conformes con dicha decisión, la concesionaria elevó el caso ante los tribunales arbitrales del CIADI, y, a través del Laudo de fecha 9 de mayo de 2024, emitido bajo en el Caso N° ARB/18/27, se declaró que el MTC había incumplido el Contrato de Concesión por la forma en la que decidió resolverlo. Y con ello, una indemnización ascendente a “(A) un total de US\$ 51.087.826 como Daños por Incumplimiento Contractual, más intereses a partir de la fecha de valuación ; (B) y, Daños por Incumplimiento del Tratado: (i) costos invertidos en el Proyecto por US\$ 42,5 millones; (ii) una ganancia empresarial sobre el monto invertido que será calculada por las Partes; (iii) US\$ 8.687.826, que representan el valor de la Garantía de Fiel Cumplimiento, que se trata como daño consecuenencial” y los intereses correspondientes favor

del concesionario (Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. vs República del Perú, 2024, p. 4).

Al respecto, durante el proceso, el Estado peruano argumentó que estaba facultado a resolver el contrato porque existía una razón de interés público verdadera: que el concesionario “había demostrado ser un socio incompetente” para construir el AICC por razones posteriores a la adjudicación del contrato y que la pronta construcción de este integraba el interés público del contrato (Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. vs República del Perú, 2023, p 120). Sustentó su accionar en que Kuntur Wasi no había logrado obtener el financiamiento suficiente para completar el proyecto, por lo que se habrían generado demoras considerables en un proyecto declarado de interés nacional (Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. vs República del Perú, 2023, pp. 113-117).

Sin embargo, antes de llevar a cabo la decisión de resolver el contrato, el propio MTC había reconocido que utilizar la razón de interés público se requeriría de un sustento firme y la firma de varios ministros y que en este proyecto, “no había forma de configurar una situación legal de ese tipo” (MTC citado en Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. vs República del Perú, 2023, p. 147). Es decir, que incluso desde un principio, el MTC sabía que la decisión de resolver el Contrato AICC era, cuanto menos, cuestionable.

Como es lógico, el Tribunal Arbitral concluyó que la decisión del MTC de accionar la facultad de resolución unilateral fue errada y que no existieron razones objetivas por las que se debiera concluir que el concesionario no era idóneo para ejecutar el proyecto (Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. vs República del Perú, 2023, pp. 137-138). Al respecto, adoptando el parecer del perito experto en derecho peruano, el Tribunal consideró

que el accionar de la facultad de resolver unilateralmente el contrato estaba condicionada a “la existencia de una razón que lo justificara. [...] un nexo de causalidad entre la resolución y el interés público que se busca proteger con la resolución.”, aunque no estuviera adecuadamente explicado o motivado” (Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. vs República del Perú, 2023, p. 138). Siendo este el estándar, el Tribunal determinó que el Estado peruano incumplió el Contrato AICC al resolverlo incorrectamente (Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. vs República del Perú, 2023, p. 139).

Como puede verse en el caso expuesto, es falso que el Estado pueda ejercer sus facultades especiales -como la de resolución unilateral- de manera libre o arbitraria. Inclusive, su ejercicio puede ser corregido por las manos de los árbitros y daría origen a un derecho indemnizatorio a favor de su contraparte privada afectada. Ello porque, siendo que el Estado peruano celebra y ejecuta los contratos de Asociación Público Privada en materia de infraestructura en virtud de su autonomía negocial, poder normativo que no es ajeno a los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad.

Por lo que concluyo que no es cierto que el Estado mantenga una posición de superioridad sobre su contraparte, lo implicaría que su conducta sería incuestionable y determinante. Su posición de poder es, en todo caso, momentánea y pasajera pues, de haber errado en su ejercicio, este puede ser corregido y la situación, revertida. Y, si ejerce correctamente su derecho potestativo, debe recordarse que ello es posible porque así lo ha querido su contraparte privada, quien manifestó en su oportunidad su voluntad y acogió los términos expuestos en el contrato y el marco normativo específico. Por lo que sus facultades especiales no le son

impuestas al contratista ni su ejercicio puede ser arbitrario. Estas no son verdaderamente exorbitantes ni tienen su origen en el *ius imperium*, sino en el contrato celebrado por el Estado.

Inclusive, este último punto es interesante porque, durante la realización de los actos postulatorios del proceso arbitral, el propio Estado peruano reconoció que no actúa conforme su *ius imperium* al momento de ejercer las facultades contenidas en los contratos administrativos. Precisamente, el Tribunal Arbitral declaró que el MTC indicó que “cuando un Estado celebra un contrato de concesión [...] el Estado está actuando como parte comercial, y sus actos son valorados de conformidad con los términos del propio Contrato” ya que el estándar de debida motivación, razonabilidad y proporcionalidad de los actos de la administración únicamente resulta aplicable a los actos administrativos “cuando el Estado emplea el *ius imperium*” (Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. vs República del Perú, 2023, p. 117). De este modo, el propio Estado peruano ha reconocido que facultades como la de resolver unilateral e inmotivadamente el contrato no son exorbitantes ni devienen de su condición como sujeto de derecho público. Sino, de la situación jurídica subjetiva de ventaja activa, de la facultad contenida en el propio negocio jurídico, libremente acordada por las partes.

Por todo lo anterior, ha quedado demostrado que en los contratos administrativos y con mayor incidencia en los contratos de APP, el Estado despliega su poder normativo no como Estado-legislador, a través de la ley, sino a través del propio contrato. Es pues la ley la que habilita al Estado a celebrar contratos administrativos, con las características antes expuestas, pero es el propio negocio jurídico el que regula tanto sus derechos y obligaciones como los de su contraparte privada durante su ejecución e incluso, terminación.

4. Inferencias prácticas de las construcciones teóricas

A lo largo del presente trabajo de investigación se ha desarrollado cómo el Estado peruano actúa para poder celebrar los contratos administrativos que estima necesarios en materia de infraestructura pública. Precisamente, para ello, se ha determinado que los contratos administrativos de este tipo presentan características similares ya que son suscritos por este, tiene una finalidad pública preestablecida y su celebración es regulada con mayor o menor detalle. En este sentido, se ha podido concluir que, junto con los contratos administrativos estudiados, los contratos de obra pública tradicional y los realizados conforme las exigencias y procedimientos de los sujetos de derecho privado y público internacional, los contratos de APP cumplen con todos los criterios identificados (subjetivo, finalista y formal) con resultados satisfactorios.

Sin embargo, a diferencia de los otros contratos administrativos identificados, la naturaleza de los contratos de APP está marcada por una notable característica: su finalidad no es enteramente pública sino mixta ya que parte de la razón por la cual se celebran este tipo de contratos es la rentabilidad económica que ambas partes esperan que se genere en favor del inversionista privado. Ello no solo justifica la actuación de este durante el proceso de celebración del contrato, sino que integra la voluntad objetiva del contrato y moldea sus cláusulas. Ello sin desmerecer que es un contrato administrativo, por lo que su finalidad también es pública ya que a través de su ejecución se brindarán los servicios públicos y la infraestructura que tanto necesita nuestro país.

Asimismo, a través del sistema jurídico, conceptual y abstracto de la Teoría Normativa del Negocio Jurídico y sus instituciones se ha explicado cómo puede el Estado peruano celebrar

estos tipos de actos jurídicos, mejor llamados negocios jurídicos. Primero, los contratos administrativos no son hechos jurídicos en sentido estricto ya que el hecho gatillador de las consecuencias jurídicas no proviene de las fuerzas de la naturaleza, sino por el comportamiento de las partes involucradas: el Estado y el sujeto privado. Tampoco son actos jurídicos en sentido estricto porque las consecuencias de los hechos específicos que contemplan no se encuentran predispuestas por ley, sino que son particulares de cada relación jurídica y proyecto, diseñadas por las partes, aunque una de ellas solo se adhiera a las condiciones. Por lo que son negocios jurídicos, dado que son la fuente de derecho y de conocimiento de sus propias consecuencias, conforme el reglamento escogido libre y voluntariamente por las partes. Inclusive respecto de las cláusulas cuya inclusión en el contrato es obligatoria, recordemos que estas únicamente existen y vinculan al sujeto privado porque este -consciente de lo dispuesto en la normativa nacional- decidió acogerse a la misma, presentar su oferta y eventualmente, suscribir el contrato. Así pues, la fuente de derecho, de conocimiento y hasta de eficacia de todas las consecuencias del contrato administrativo es él mismo, la coincidencia de las voluntades manifestadas y objetivizadas de las partes que da origen a una tercera voluntad propia del contrato, capaz de someter sus intereses y obligarlas a su propia finalidad y voluntad.

Es de esta manera cómo el Estado peruano celebra los contratos administrativos estudiados: la ley lo habilita a celebrar dichos negocios jurídicos y, junto con su contraparte privada, regulan y celebran la conformación de la relación jurídica y sus alcances dentro de los límites heterónomos negativos y positivos establecidos. A través de la dualidad del Estado, el Estado-legislador determina que puede contratar y establece las reglas que deben seguirse para realizar un contrato administrativo válido y eficaz. Y el Estado-regulado, sigue estas reglas, se vincula con su contraparte privada, celebra y ejecuta el contrato. Es la voluntad manifestada del Estado-regulado, y no la del Estado-legislador, la que se funde con la voluntad del sujeto privado y

dan origen al negocio jurídico particular, diseñado para satisfacer la finalidad pública del Estado.

Así pues, a través de la autonomía del Estado-regulado, conforme el principio de legalidad del derecho público, que el Estado peruano se vincula con su parte privada y celebra los contratos administrativos que se ha estudiado en los anteriores capítulos. Más aún, con mayor énfasis en los contratos de APP, el Estado-regulado cuenta con un margen mayor de libertad, justificado en la complejidad de la operación jurídica y económica que representa, y la naturaleza mixta de su finalidad, como fue explicado. Pero nada de lo desarrollado en los capítulos anteriores tendría valor si no pudiera apreciarse en la realidad física y material de estas categorías contractuales, especialmente, en los contratos de Asociación Público Privada. Si no es posible diferenciar la actividad del Estado-legislador y del Estado-regulado en estos contratos, entonces la diferenciación es fútil.

En los casos antes explicados se ha podido demostrar que el Estado no se encuentra en una posición de superioridad respecto de su contraparte privada al momento de ejecutar el contrato. Esto incluso si existen prerrogativas especiales en el contrato que lo facultan a actuar de modos que serían impensables para su contraparte privada, ya que la posición de ventaja no está contenida en ninguna disposición con rango de leyes sino en el contrato mismo. Ya que, sus decisiones y consecuente ejercicio de las facultades o prerrogativas especiales pueden ser controladas y hasta revertidas por árbitros nacionales e internacionales, sujetos investidos de facultad jurisdiccional. Precisamente, siendo que los contratos de APP contienen una operación jurídica y económica cuya causa es mixta dada la confluencia de intereses públicos y privados como se explicó anteriormente, en los casos analizados se puede apreciar que los diversos tribunales arbitrales nacionales e internacionales reconocen y valoran la protección del sujeto

privado y el equilibrio de posiciones que debe mantenerlas partes para la adecuada ejecución del negocio jurídico.

De este modo, a pesar de que el Estado es el sujeto de derecho público por excelencia, esta naturaleza no le otorga la facultad de modificar o resolver el contrato administrativo celebrado cuando la propia fuente de validez y eficacia no se lo permite. En este sentido, es el propio negocio jurídico el que, a partir de su contenido autónomo y límites heterónomos, el que determina el procedimiento de su propia modificación o resolución. Límites y regulaciones que le son aplicables a las partes por su propia elección y expresión de voluntad, dado que el acuerdo solo existe gracias a su autonomía.

En otras palabras, no es el *ius imperium* del Estado o una prerrogativa exorbitante de origen legal lo que lo habilita a alterar o terminar el sinalagma contractual de estos negocios jurídicos. Es el propio contrato y sus disposiciones, según fueron acordados de manera previa y libre por las partes involucradas, lo que lo faculta tanto a este como al sujeto privado a actuar según lo establecido. De esta manera, se entiende que el Estado es un sujeto cuya actuación se encuentra plenamente regulada a través de estos contratos, por el principio de legalidad conforme el derecho público, y las disposiciones contenidas en los negocios jurídicos particulares que lo vinculan con sus contratantes, sujetos de derecho con autonomía privada. De este modo, son los contratos administrativos verdaderos negocios jurídicos, en los términos expuestos por la Teoría Normativa del Negocio Jurídico y, en sí mismos, fuentes de conocimiento y eficacia de la actuación de las partes contratantes, incluida la del Estado Peruano.

En particular, estas reflexiones han sido expuestas en los casos analizados. Debemos recordar que las causas que justifican la existencia de los contratos de APP no solo son consecuencia

del interés público que persigue la actividad estatal, sino que confluye en ellas el interés de lucro de los sujetos privados. Aspecto que es reflejado en el principio del equilibrio económico financiero y la seguridad de las inversiones de los socios extranjeros que participan de estos contratos administrativos, defendida extensamente en los tribunales arbitrales nacionales e internacionales. Por lo tanto, al momento de interpretar el contenido de estos negocios jurídicos es importante no perder de vista que los contratos de APP tienen tanta influencia pública como privada y establecen el marco por el cual deben transcurrir las operaciones económicas necesarias para satisfacer las necesidades de la población como la de los inversionistas. Porque estos negocios jurídicos no responden a las voluntades de las partes, sea del Estado o de los inversionistas, subjetivas e internas, sino al acuerdo de voluntades que fueron expresadas, que es, como se dijo al inicio del presente trabajo, superior, externa y vinculante a las partes. Así pues, es lo estipulado en el texto del contrato, la operación jurídica y económica -en la que confluyen el interés público de la colectividad y el interés privado de los inversionistas - que es graficada a través de sus líneas lo que inspira la lectura e interpretación de este.

Finalmente, no es el Estado-legislador, con los poderes que le son inherentes, el que actúa durante la ejecución de los contratos administrativos, como los de APP. En cambio, es el Estado-regulado, tomando la posición jurídica subjetiva que le corresponde según los límites de la ley y el propio negocio jurídico. Sea que situación jurídico subjetiva lo coloque como acreedor de un derecho, deudor de una obligación, le otorgue una potestad o le asigne una posición de sujeción. Así pues, si el negocio jurídico habilita al Estado-regulado a resolverlo invocando causales como el interés público o modificar alguno de sus términos, no basta optar por dicha opción y no acreditar el estándar exigido por el negocio jurídico. La decisión debe ser justa, razonable y fundamentada ya que no es el querer de un sujeto individual que prevalece sobre su contraparte, sino el sinalagma contractual libre y voluntariamente diseñado y

celebrado por las partes. Así pues, se entiende entonces que el Estado actúa en el marco de estos contratos, discurre en este su autonomía negocial, con los límites que le son inherentes en virtud del principio de legalidad ya que los contratos de APP son negocios jurídicos. Por lo tanto, las decisiones que de manera directa deben ser conformes a su texto, a su espíritu, sin atisbos de arbitrariedad y justificadas. Incluso cuando podría resultar beneficiado el interés público inmediato, como el cobro de la tarifa menor del peaje o por uso de los bienes de la concesión de transporte:

- En el caso arbitral N° 0466-2021-CCL, sobre la concesión COSAC I, se explicó que el Estado Peruano no debió pretender congelar el índice del Salario Nominal en Lima Metropolitana a fin de reparar la fórmula de los costos de la concesión ya que este no era el mecanismo establecido por el contrato para la modificación de sus términos. La modificación no era imposible, y la finalidades públicas y privadas del contrato avalaban que la operación continuase y los costos se recalculasen con una fórmula más adecuada a la realidad nacional. Pero el Estado no puede modificar unilateral y arbitrariamente el negocio jurídico cuando no está expresamente habilitado para ello por el propio reglamento contractual.
- Respecto del caso arbitral N° 2474-2012-CCL, sobre la concesión regulada por el Contrato Red Vial N° 6, se pudo apreciar que la facultad jurisdiccional para la interpretación de los términos del contrato de la que están investidos los árbitros tiene por fuente de conocimiento y eficacia el propio contrato. Mientras que, la facultad de interpretación del OSITRAN proviene de la ley y es, por lo tanto, un límite heteronormativo positivo impuesto al negocio jurídico y a la actuación de las partes. Asimismo, el caso estudiado ejemplifica adecuadamente cómo la autonomía negocial

del Estado permite que se apliquen mecanismos de interpretación típicos, como el estudio de las voluntades declaradas y la interpretación sistemática y finalista de las cláusulas del contrato para darles sentido y funcionalidad, aun cuyo texto sea equívoco o impreciso. La aplicación de esta herramienta típica del derecho civil como el buscar entre las declaraciones de las partes durante las etapas previas a la suscripción del contrato solo es posible porque el título habilitante de la concesión fue otorgada a través del negocio jurídico. Los contratos administrativos y la regulación de su ejecución no son aplicación del derecho a hechos causados por la voluntad humana. En cambio, estamos ante verdaderos negocios jurídicos, hechos y consecuencias jurídicas creadas y aplicadas por la autonomía de las partes, con una voluntad objetiva propia y superior a estas.

- Por último, en el caso arbitral CIADI N° ARB/18/27, el problema surgido durante la ejecución del Contrato AICC demuestra que es la posición de superioridad del Estado respecto de su contraparte contractual no es por su condición de tal, sino por el contenido del propio negocio jurídico. En consecuencia, las facultades especiales otorgadas al Estado no le son impuestas al contratista privado ni su ejercicio puede ser arbitrario, ni tienen su origen en el *ius imperium*. Esta es una posición que ha sido reconocida por el propio Estado peruano ante los más altos tribunales arbitrales internacionales. Nuevamente, quien participa de los contratos administrativos en el Perú es el Estado, en su faceta de Estado-regulado, habilitado a ello gracias a la ley en cuanto a su autonomía negocial se refiere, y al propio negocio jurídico para efectos de su ejecución, modificación o resolución.

V. Conclusiones finales

- No existe una definición legal ni doctrinaria unificada sobre los contratos administrativos en nuestro país. En consecuencia, del análisis sistemático y crítico de las tendencias dogmáticas estudiadas se identificaron cuatro criterios comunes: (i) el subjetivo, (ii) el finalista, (iii) el formal y (iv) el jurisdiccional. Entre los criterios identificados, solo los tres primeros resultan efectivos para poder identificar y clasificar correctamente contratos administrativos. En consecuencia, se tiene que el criterio de primer orden es el subjetivo, ya que la presencia del Estado como parte contratante es indispensable. Y los criterios finalista y formal tienen un segundo orden de prioridad, ya que siempre se encuentran presentes en estos contratos, pero no son exclusivos de esta categoría contractual.
- Por lo tanto, se propone que los contratos administrativos en materia de infraestructura en nuestro país son aquellos en los que (i) el Estado sea una de las partes contratantes (criterio subjetivo) y (ii) cumplan con los criterios finalista y/o formal. Así pues, son contratos administrativos en materia de infraestructura los que celebre el Estado Peruano, con una finalidad pública identificable y/o se haya seguido algún procedimiento administrativo regulado para la manifestación de voluntad del propio Estado.
- Los contratos de obra pública tradicional, los realizados conforme las exigencias y procedimientos de los sujetos de derecho privado y público internacional y los contratos de APP suscritos por el Estado peruano cumplen los criterios antes establecidos, en mayor o menor grado. En consecuencia, los tres modos de contratación pública deben ser considerados como contratos administrativos peruanos en materia de infraestructura pública.

- Por otro lado, la Teoría Normativa del Negocio Jurídico nos permite sistematizar y conciliar las diversas posiciones respecto de los negocios jurídicos que celebra el Estado peruano, así como explicar cuál es el poder normativo que éste ejerce cuando participa de los mismos. De ello se concluye que el negocio jurídico es una fuente normativa en sí mismo, como consecuencia de la capacidad normativa otorgada a los sujetos de derecho por el propio ordenamiento. Por lo que las facultades especiales del Estado, erróneamente identificadas como prerrogativas exorbitantes, no provienen de la ley ni del *ius imperium*, sino del propio negocio jurídico y la autonomía de las partes.
- En materia de los negocios jurídicos estudiados, el Estado peruano posee dos roles complementarios: como Estado-legislador, en el que determina el marco normativo general y abstracto (los límites heterónomos positivos y negativos) de los contratos administrativos; y el Estado-regulado, como sujeto sometido a las normas heterónomas y titular de la autonomía negocial con la celebra, modifica, ejecuta y resuelve dichos contratos. Es decir, quien se desenvuelve durante al momento de celebrar y ejecutar estos negocios jurídicos.
- Esta naturaleza dual del Estado cuando se vincula con sujetos privados a través de los negocios administrativos en materia de infraestructura no es contraria al principio de legalidad que dirige todos sus comportamientos. Dentro de lo que le está expresamente permitido, el Estado se vincula y concreta los mandatos legales que le son impuestos a través de normas particulares, materiales e independientes del marco normativo dispuesto por su faceta legislativa. Es decir, a través de su autonomía negocial, el Estado concreta el mandato del principio de legalidad y llena los espacios que requieren ser regulados

para poder llevar a cabo la operación económica particular de cada proyecto, por ínfimos que parezcan a simple vista

- Cabe señalar que, los contratos de APP en nuestro país no tienen una definición única pero son comúnmente identificados con los contratos de concesión que celebra el Estado desde el año 2000 y el proceso histórico de promoción de la inversión privada en nuestro país. Estos contratos llaman particularmente la atención porque su naturaleza es híbrida producto de la confluencia del interés público y privado, la colaboración estructurada y la ejecución prolongada y dinámica de la operación financiera y los trabajos de ingeniería civil que implican. Por lo que la interpretación y ejecución de estos contratos es independiente de los otros contratos administrativos estudiados, lo que permite observar con mayor detenimiento cómo se desarrolla la autonomía negocial del Estado-regulado en ellos.
- Comprender la naturaleza jurídica de los contratos administrativos de APP, y en general, los límites del poder normativo del Estado-regulado, el origen de esta facultad y los estándares que se le aplican a través de los diversos tribunales arbitrales permitirá interiorizar mejor las lecciones aprendidas de la extensa pero incipiente experiencia del país en ellos. Así pues, ideas como la superioridad del Estado en la ejecución de estos contratos y el *ius imperium* deben ser reservadas para las instituciones jurídicas propias del derecho público más clásico, ya que no tienen lugar en los contratos administrativos de infraestructura pública, particularmente en los de APP.
- Entonces, es mi parecer que la actividad contractual del Estado peruano en materia de infraestructura responde a la autonomía negocial que le es otorgada por las propias

normas de rango legislativo. Su actividad de cara a la celebración del contrato y su posterior ejecución no emana de la norma, sino que encuentra su fuente de validez y conocimiento en el propio negocio jurídico. En los contratos de APP esto es aún más visible si se considera que, por tratarse de un libre acuerdo de las voluntades manifestadas de las partes, es esta tercera voluntad que les es ajena la que los vincula, conforme los intereses de la propia operación económica y de ingeniería civil que se realiza: más allá de los intereses públicos y privados de los contratantes, el interés del proyecto en sí mismo.



VII. Bibliografía

Adenda N° 1 al Contrato de Concesión del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero - Cusco, celebrada por la República del Perú y la Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. 3 de febrero de 2017 Recuperado de <https://portal.mtc.gob.pe/transportes/concesiones/documentos/Proyectos/proyecto--adendaN1-KunturWasi.pdf>

Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión) (2005). Las Bambas. Un modelo de desarrollo sostenible. Recuperado de https://www.investinperu.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/LASBAMBAS_OTROS/OLasBambas.pdf

Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión) (2025). Buenas prácticas en Asociaciones Público Privadas: Cláusula de resolución unilateral por razones de interés público en contratos de APP en el Perú. Análisis jurídico y estadístico al año 2023. Recuperado de https://www.investinperu.com.pe/RepositorioAPS/0/1/JER/CLAUSULA_RESOLUCION_UNILATERAL/Clausula-de-Resolucion-Unilateral.pdf

Alva, C. (2017) Ejecución de obras públicas mediante la modalidad Asociación Público Privada (APP). Instituto Pacífico. Lima.

Amado, J., & Miranda, L. (2000). Aplicabilidad de la cláusula pacta sunt del artículo 62 de la constitución a los contratos regulados por el derecho público. THEMIS Revista De Derecho,

(40), 255-262. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10211>

Arana, C. (1987). La interpretación del acto jurídico en el Código Civil peruano de 1984. THEMIS Revista De Derecho, (9), 81-86. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10713>

Ariño, A. (2013) Capítulo Tercero. El enigma del contrato administrativo. En Tratado General de los Contratos Públicos. Tomo I. J. Cassagne (Director). La Ley. pp. 59-87

Ariño, G. (1970) El contrato administrativo en el derecho español. Revista de Derecho Administrativo y Fiscal 9 (25-26).

Baca, V. (2009). La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Revista De Derecho Administrativo, (7), 69-93. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14014>

Baca, V. (2014). El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el derecho peruano. IUS ET VERITAS, 24(48), 270-297. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11922>

Baca, V., & Ortega, E. (2013). Los esquemas contractuales de colaboración público-privada y su recepción por el Derecho peruano. Revista De Derecho Administrativo, (13), 33-49.

Recuperado a partir de
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13466>

Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo, Banco Mundial, Banco Asiático de Desarrollo y Banco Interamericano de Desarrollo (2014) Asociaciones Público-Privadas Guía de Referencia. Versión 2.0.

<https://consultations.worldbank.org/content/dam/sites/consultations/doc/migration/pppreferenceguidev02sp.pdf>

Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (2019) Política para la Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-15. Mayo de 2019. Recuperado de <https://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=EZSHARE-1132444900-23307>

Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (2021) Asociaciones Público-Privadas: Implementado soluciones en Latino América y el Caribe. A. Dusso, R. Pilkington, J. Yitani y L. Rodríguez. (Eds.).

Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (2021) Asociación Público-Privada versus Obra Pública: una comparación para el caso de redes viales en Perú y la Región. A. Suárez, A. Ferrero y C. Álvarez (Eds.).

Benavente, P & A. Segura (2017) Luces y sombras del modelo de APP en la experiencia peruana. En Las Alianzas Público-Privadas (APP) en el Perú: beneficios y riesgos. Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 21-61.

Benatti, F. (2022) En defensa del textualismo contractual: una lección del Common Law. En Foro Jurídico (20) pp. 21-34.

Bermejo, J. (2015). El Sistema de Contratación de las Administraciones Públicas: Objeto, Evolución y Prospectiva del Contrato Público. Derecho & Sociedad, (44), 23-37. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14385>

Berrone, P. et al. (2018) Asociación Público-Privada en América Latina. Guía para Gobiernos Regionales y Locales. Banco de Desarrollo de América Latina (CAF). Recuperado de <https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1179/APP%2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

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

Bonifaz, J. y otros (2020) Brecha de infraestructura en el Perú: estimación de la brecha de infraestructura de largo plazo 2019-2038. C. Pastor y J. Bricchetti (Coords.) Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

Bortoluzzi, A. (2008). *DSCF2916* [Fotografía] Flickr. <https://flic.kr/p/4LFD2R>

Bullard, A. (2006) Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Segunda edición. Palestra Editores. Lima.

Cassagne, J. (2002) Derecho Administrativo. Tomo II. Séptima edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 19. Cassagne, J. (2013) Capítulo Primero. La Contratación Pública. En Tratado General de los Contratos Públicos. Tomo I. J. Cassagne (Director). La Ley. pp. 4-35.

Cassagne, J. (2015). La Contratación Pública: Fronteras, Tensiones e Interrelación con el Derecho Privado en el Nuevo Escenario Contractual. Derecho & Sociedad, (44), 15-21. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/14384>

Cassagne, J. (2017) Derecho administrativo. Tomo II. Palestra Editores. Lima. 22. Chibán, N. (2013) Capítulo Cuarto. Aplicación de los principios de buena fe y “pacta sunt servanda”. En Tratado General de los Contratos Públicos. Tomo II. J. Cassagne (Director). La Ley. pp. 823-840

Contrato de Concesión del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero - Cusco (2014), celebrado por la República del Perú y la Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. Recuperado de https://www.investinperu.pe/RepositorioAPS0/0/2/JER/PC_AEROPUERTO_CHINCHERO/CONTRATO_AEROPUERTO_CHINCHERO_CUSCO.pdf

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2014) The economic infrastructure gap and investment in Latin America. En Bulletin FAL 332(4). <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/5a432a65-291b-4772-bbe5-c83e9e162f62/content>

Concesionaria Vial del Perú S.A.- COVIPERÚ S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones (2013). Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. 4 de julio de 2014. Recuperado de https://www.investinperu.pe/RepositorioAPS0/0/2/JER/PC_AEROPUERTO_CHINCHERO/CONTRATO_AEROPUERTO_CHINCHERO_CUSCO.pdf

Consejo Privado de Competitividad (PERÚ COMPITE) (2022) Informe de Competitividad 2022 - CPC. PERÚ COMPITE.

Contrato de Préstamo N° 3587/OC-PE. Programa de Apoyo al Transporte Subnacional (PATS), celebrado por la República del Perú y el Banco Interamericano de Desarrollo. 4 de abril de 2016. Recuperado de <https://www.iadb.org/document.cfm?id=EZSHARE-2056220512-990>

Contrato de Préstamo N° 8562-PE. *Support to the Subantional Transport Program Project* - (Programa de Apoyo al Transporte Subancional - PATS), celebrado por la República del Perú y el Banco Internacional para la Reconstrucción y Fomento. 12 de abril de 2016. Recuperado de <https://documents1.worldbank.org/curated/en/897501468295852215/pdf/RAD193360283.pdf>

Contrato N° 232-2022-MTC21. Contratación de la ejecución de la obra: Mejoramiento del camino vecinal pte. Angasmayo - Millpo, Dv. Huaripeja - Huaripeja, Distrito de Vinchos, Provincia de huamanga, Región Ayacucho, celebrado por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado - Provias Descentralizado y el Consorcio Angasmayo. 16 de diciembre de 2022.

Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. vs República del Perú, (2013). *Laudo*. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Recuperado de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw0503.pdf>

Coviello, P. (2011). El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius variandi?. *Derecho PUCP*, (66), 169-194. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201101.007>

Danós Ordóñez, J. (2006). El régimen de los contratos estatales en el Perú. *Revista De Derecho Administrativo*, (2), 9-44. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330>

Danós, J. (2008). El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana. *THEMIS Revista De Derecho*, (55), 255-264. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9236>

De la Flor, M. (1999). *El Fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Primera edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

Enrique, R. (2013) Capítulo Primero. La modificación (“ius variandi”) del contrato administrativo. En *Tratado General de los Contratos Públicos*. Tomo III. J. Cassagne (Director). La Ley. pp. 3-27

Espinoza, J. (2002). El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional. IUS ET VERITAS, 12(24), 302-313. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16188>

Espinoza, J. (2008) Interpretación del negocio jurídico. ¿Hacia la búsqueda de «lo expresado» o de «la común intención de las partes» o (simplemente) de un espejismo?. En Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi. Volumen I. Palestra Editores. Pp. 669-718.

Espinoza, J. (2008) La invalidez e ineficacia del acto jurídico en la jurisprudencia. Gaceta Jurídica. Lima.

Falzea, A. (2007) El negocio jurídico y autonomía individual. Revista jurídica del Perú. Editora Normas Legales N° 82, Lima. p. 261-267

Farquharson, E. et al. (2011) How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets. International Bank for Reconstruction and Development and The World Bank. Recuperado de https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Global_How-to-engage-with-private-sector-Clemencia-Farquharso-Y-ecome-Encinas.pdf

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

Fernández, J. (2015). El Contrato Administrativo y la Licitación Pública. *Derecho & Sociedad*, (44), 75-83. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14389>

Flores-Dapkevicius, R. (2010) Teoría general de los contratos administrativos en la República Oriental del Uruguay. En *Modernizando el Estado para un País Mejor*. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Palestra Editores. Pp. 817-840.

Galgano, F. (2000) *Atlas de Derecho Privado Comparado*. Zanichelli editore (Ed.) Traducción de J. Fernández y R. Verdura. Fundación Cultural del Notariado. Madrid.

Gesta, R. (2011). Consideraciones críticas sobre el contrato administrativo en Brasil. *Derecho PUCP*, (66), 351-369. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201101.017>

Gordillo, A. (2017) *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Tomo I. Parte General. 1ra edición. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires.

Huapaya, R. (2011). Notas sobre el Concepto Jurídico del Servicio Público en nuestro Ordenamiento Legal. *Derecho & Sociedad*, (36), 93-102. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13217>

Huapaya, R. (2013) Capítulo Segundo. 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 (con especial referencia al marco jurídico de promoción de la

inversión privada en el Perú). En Tratado General de los Contratos Públicos. Tomo III. J. Cassagne (Director). La Ley. pp. 721-809

Huapaya, R. (2013). Diez Tesis sobre las Asociaciones Público – Privadas (APP) en nuestro régimen legal. Revista De Derecho Administrativo, (13), 15-32. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13465>

Huapaya Tapia, R. (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 (con especial referencia al marco jurídico de promoción de la inversión privada en el Perú). IUS ET VERITAS, 23(46), 284-329. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11973>

Huapaya, R. & Alejos, O. (2020) El proceso contencioso-administrativo en el Perú. Balance de casi 20 años. En Los procesos en el sistema jurídico peruano. Palestra Editores. Lima.

Linares, M. (2006). El Contrato Administrativo en el Perú. Revista De Derecho Administrativo, (1), 285-308. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16358>

Linares, M. (2009). Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin causa. Revista de Derecho Administrativo, (7), 175-190. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14020>

Lohmann, J. (1994) El Negocio Jurídico. Editora Jurídica Grijley. Segunda edición. Lima.

Marienhoff, M. (1970) Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Abeledo-Perrot.

Marsilio, M. et al (2011) The Intellectual Structure Of Research Into PPPs, Public Management Review, 13:6, 763-782 <https://doi.org/10.1080/14719037.2010.539112>

Martínez, J. (1998) Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español, su fundamento y sus consecuencias. En Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff. J. Cassagne (Director). Editorial Abeledo-Perrot.

Martínez, M. (2013). Introducción al Contrato Administrativo en el marco del Régimen de Contratación estatal. Una Aproximación a las Prerrogativas Desbordantes de los Contratos que Celebran las entidades en el marco del Régimen de Contratación estatal. Derecho & Sociedad, (40), 299-309. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12809>

Medina, J. (2019). El Acuerdo de Gobierno a Gobierno y los Contratos NEC: ¿Soluciones a las deficiencias de la normativa de contrataciones del Estado que puedan ser replicadas por todas las entidades?. IUS ET VERITAS, (58), 110-127. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201901.006>

Ministerio de Transportes y Comunicaciones (2017). Oficio N° 142-2017-MTC/01. 13 de julio de 2017.

Moderne, F. (2013) Capítulo Undécimo. La contratación pública en el derecho administrativo francés contemporáneo. En Tratado General de los Contratos Públicos. Tomo II. J. Cassagne (Director). La Ley. pp. 503-534.

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), 232-253.
<https://doi.org/10.26439/advocatus2003.n009.2473>

Morales-Hervias, R. (2008). Situaciones jurídicas subjetivas. *Advocatus*, (019), 323-360.
<https://doi.org/10.26439/advocatus2008.n019.478>

Morales, R. (2009). Hechos y actos jurídicos. *Foro Jurídico*, (09), 14-24. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18509>

Morón, J. (2005). La generación por iniciativa privada de proyectos públicos: La nueva colaboración público-privada y el interés público. *Derecho & Sociedad*, (24), 277-297. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16983>

Morón, J. y Z. Aguilera (2017) Aspectos jurídicos de la contratación estatal. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

Nguyen, M. (2009). Marble bust of Janus [Fotografía]. Wikimedia Commons.
https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Double_herm_Chiamonti_Inv1395.jpg

Ninamanco, F. (2014) La invalidez y la ineficacia del negocio jurídico. En Gaceta Civil & Procesal Civil. Gaceta Jurídica.

Ojeda, R. & Vargas, L. (2024). Sobre los contratos de ejecución continuada e instantánea: el tiempo y la satisfacción del interés del acreedor. THEMIS Revista De Derecho, (85), 389-405. <https://doi.org/10.18800/themis.202401.013>

Palacios, E. (2004) Prolegómenos hacia una teoría general de la interpretación del negocio jurídico. En Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova. Grijley, Lima. pp. 229-230.

Retamozo, A. (2011) Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control. Análisis y Comentarios. Tomo I. Jurista Editores E.I.R.L. Pp. 935

Rivera, M. y C. Carrillo (2022) Guide to investing in infrastructure projects in Peru 2022/2023. EY. 18 de octubre de 2022. Recuperado de https://www.ey.com/es_pe/infrastructure/guide-to-investing-in-infrastructure-projects-in-peru

Roppo, V. (2001) El contrato. Primera edición. Traducción de Nélvor Carreteros Torres ; traducción a cura de Eugenia Ariano Deho. Gaceta Jurídica. Lima.

Sarmiento, J. (2013) Capítulo Segundo. Sobre los contratos de la administración, la ideología de la seguridad jurídica, la “huida” de aquellos y “la artesanía jurídica”. En Tratado General de los Contratos Públicos. Tomo I. J. Cassagne (Director). La Ley. pp. 37-58

Scognamiglio, R. (2004). El acto jurídico. *Advocatus*, (010), 69-86.
<https://doi.org/10.26439/advocatus2004.n010.2548>

Shaoul, J. (2011). 'Sharing' political authority with finance capital: The case of Britain's Public Private Partnerships. *Policy and Society*, 30(3), 209–220. <https://doi-org.ezproxybib.pucp.edu.pe/10.1016/j.polsoc.2011.07.005>

Sheput, H. (2023). Razones por las cuales se debe preferir el régimen de contratos de Asociación Público Privada - APP a los Acuerdos de Gobierno a Gobierno - G2G en el Perú. *IUS ET VERITAS*, (66), 90-101. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.007>

Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. vs República del Perú, (2023). *Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y determinados aspectos del quantum, con nuevas instrucciones sobre la cuantificación de daños*. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Recuperado de https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7311/DS19005_Sp.pdf

Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. vs República del Perú, (2024). *Laudo*. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Recuperado de https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7311/DS19751_Sp.pdf

Stolfi, G. (1959) *Teoría del Negocio Jurídico*. Traducción de J. Santos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.

Taboada, L. (1990). ¿ Ha optado el Código Civil Peruano por el voluntarismo en materia contractual?. THEMIS Revista De Derecho, (17), 81-86. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10842>

Travi, A. (2013) Capítulo Duodécimo. La contratación pública en Italia. En Tratado General de los Contratos Públicos. Tomo II. J. Cassagne (Director). La Ley. pp. 535-573

Transvial Lima S.A.C., Lima Vías Express S.A., Perú Masivo S.A., Lima Bus Internacional 1 S.A. y ACS Solutions Perú S.A. vs Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao (2023). Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Trelles de Belaúnde, O. (2002). El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos. THEMIS Revista De Derecho (44), 237-251. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10074>

Tribunal Constitucional (2004) Sentencia recaída en el Expediente 00090-2004-AA/TC. Juan Carlos Callegari Herazo contra la sentencia expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>

Tribunal Constitucional (2004) Sentencia recaída en el Expediente 3283-2003-2004-AA/TC. Taj Mahal Discoteque contra la sentencia expedida por la Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Lima. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03283-2003-AA.html>

Tribunal Constitucional (2005) Sentencia recaída en el Expediente 00034-2004-PI/TC. 5000 ciudadanos contra los artículos 1° a 5° de la Ley N° 26271. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.pdf>

Tribunal Constitucional (2006) Sentencia recaída en el Expediente 2488-2004-AA/TC. 68. Transportes Sol del Perú contra la Municipalidad Provincial de Pasco. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02488-2004-AA.html>

United Nations Commission on International Trade Law (2020) UNICTRAL Legislative Guide on Public-Private Partnerships. United Nations. Vienna. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-10872_ebook_final.pdf

Vassallo, J. (2015) Asociación Público Privada en América Latina. Aprendiendo de la experiencia. Banco de Desarrollo de América Latina (CAF).

Vásquez, C. (1999) Modalidades de ejecución de la obra pública. Universidad, Montevideo 1992; citada por Delpiazzo, Carlose. Contratación administrativa. Universidad, Montevideo 1999.

Vidal, F. (1984). Acto jurídico o negocio jurídico. *Ius Et Praxis*, 4(004), 41-50. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis1984.n004.3294>

Vignolo, O. (2012). Apuntes para el entendimiento jurídico de los Servicios Asistenciales Sanitarios Públicos. *Revista De Derecho Administrativo*, (11), 333-341. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13564>

Wang H. et al (2018) Public-private partnership in Public Administration discipline: a literature review, *Public Management Review*, 20:2, 293-316, <https://doi.org/10.1080/14719037.2017.1313445>

Wettenhall, R. (2008) Public-Private Mixes and Partnerships: A Search for Understanding, *Asia Pacific Journal of Public Administration*, 30:2, 119-138, <https://doi.org/10.1080/23276665.2008.10779347>

Yescombe, E. (2007) *Public-Private Partnerships Principles of Policy and Finance*. Elsevier. Burlington

Zegarra, J. (2015). Modificaciones al Contrato en la Normativa de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225). *Derecho & Sociedad*, (44), 191-202. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14401>

Zegarra, A. (2009). *Descubrir el derecho: Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*. Palestra Editores.