



**“DEMORA EN LA ENTREGA DE TERRENOS Y AUSENCIA DE
INCENTIVOS EN LA RED VIAL N° 6”**

**Trabajo de Investigación presentado
para optar al Grado Académico de
Magíster en Regulación y Gestión de Servicios Públicos**

Presentado por

Srta. Julissa V. Alarcón Morales

Srta. Sandra B. Manco Menéndez

Srta. Paola L. Velasquez Paucar

Asesor: Prof. Mauro Orlando Gutiérrez Martínez

2018

Agradecemos a Dios, quien nos reunió y nos dio la fortaleza para culminar con esta importante meta personal.

A nuestras familias, por su paciencia y comprensión en estos meses de intenso trabajo.

A nuestros profesores y compañeros,
con quienes compartimos interesantes
horas de debate académico.

A nuestro asesor, por sus orientaciones
para encaminar nuestra investigación.

Resumen ejecutivo

El presente trabajo de investigación se enfoca en estudiar la problemática del retraso en la entrega de los terrenos correspondientes a la primera etapa de la concesión del Tramo Vial Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica de la carretera Panamericana Sur (Red Vial N° 6). Esto generó que en la ejecución de las obras no se cumpliera con los plazos originalmente previstos en el contrato de concesión.

En ese sentido, fue necesario identificar los factores que impidieron la entrega de los terrenos según lo programado en las cláusulas contractuales. La hipótesis planteada es que el retraso en dicha entrega fue consecuencia de: (i) la deficiente identificación de los propietarios comprendidos en el área de ejecución de la primera etapa del proyecto, (ii) el limitado marco normativo en materia de trato directo y expropiación, y (iii) el inadecuado análisis de riesgos e incentivos referidos a la transferencia de los terrenos. Luego de desarrollar estos aspectos, a lo largo del presente trabajo, se presentan una serie de propuestas de mejora con el fin de mitigar la problemática identificada.

Entre las propuestas de mejora se señalan las siguientes: la creación de comisiones multisectoriales que, en función de la envergadura y características de cada proyecto de inversión, tengan como finalidad lograr el saneamiento físico legal de los terrenos implicados en la ejecución de un proyecto; la modificación del Decreto Legislativo N° 1192, con el objetivo de establecer la posibilidad de delegar la aprobación de la tasación y del pago para el caso de las expropiaciones; la creación de un fondo concursable con el fin de asignar el riesgo de la adquisición (trato directo) al inversionista (futuro concesionario), como un incentivo para dar inicio a la ejecución del proyecto; así como, establecer incentivos (positivos o negativos) para que la entidad del Estado, responsable de ejecutar la transferencia de predios comprometidos en un contrato de concesión, lo realice oportunamente, entre otras.

Corresponde precisar que al ser el problema abordado en la presente investigación de carácter multidimensional, su solución debe ser también de naturaleza multidimensional. Por tanto, las medidas señaladas en el párrafo anterior deben desarrollarse en paralelo, con el fin de atenuar los retrasos que se pudieran presentar en la entrega de los terrenos implicados en una concesión. Resolver estos problemas de manera aislada generaría una solución parcial y limitada; no garantizando un impacto significativo en la solución de la problemática identificada.

Índice

Índice de tablas	vii
Índice de gráficos	viii
Índice de anexos	ix
Introducción	1
Capítulo I. Aspectos generales	3
1. Justificación	3
2. Antecedentes.....	3
3. Planteamiento del problema principal y las hipótesis de la investigación	5
4. Objetivos del trabajo de investigación.....	7
5. Metodología.....	7
Capítulo II. Marco referencial	9
1. Reseña normativa.....	9
2. Asociaciones público-privadas	9
3. Derecho de propiedad	10
4. Aspectos teóricos de las renegociaciones	10
4.1 Las renegociaciones	10
4.2 Contratos incompletos	11
5. Aspectos generales de la teoría económica de contratos	12
5.1 Teoría de la agencia	12
5.2 Externalidades.....	12
5.3 Teoría de los incentivos	12
Capítulo III. Caso de estudio	13
1. Contrato de concesión para la construcción y explotación del tramo vial Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica de la Carretera Panamericana Sur.....	13
1.1 Plan de promoción y bases del proceso	13
1.2 Descripción general del contrato de concesión.....	14
1.2.1 Etapas del proyecto.....	15
1.2.2 Predios necesarios para la ejecución de la Red Vial N° 6.....	16

Capítulo IV. Análisis y propuestas	18
1. Problemática en la ejecución de la primera etapa de la Red Vial N° 6: “El retraso en la entrega de los terrenos correspondientes a la primera etapa de la concesión Red Vial N° 6 generó el incumplimiento de los plazos de ejecución de las obras, originalmente previstos en el contrato de concesión”	18
2. Factores que contribuyeron en la generación de la problemática de retraso en la entrega de terrenos correspondientes a la primera etapa del proyecto	19
2.1 Factor 1: Deficiente identificación de propietarios.....	19
2.1.1 Problemática: “La deficiente identificación de propietarios comprendidos en al área de ejecución de la primera etapa del proyecto provocó que los plazos estimados para la transferencia de los predios, estipulado originalmente en el contrato de concesión, no se cumplieran”.....	19
2.1.2 Cambios normativos en el saneamiento físico legal y marco normativo comparado respecto del catastro.....	22
2.1.3 Propuestas de mejora	25
2.2 Factor 2: marco normativo en materia de trato directo y expropiaciones.....	28
2.2.1 Problemática: “El limitado marco normativo en materia de trato directo y expropiación de los terrenos comprendidos en la primera etapa generó que dichos procesos sean lentos y no permitieran identificar procedimientos específicos para cada caso”	28
2.2.2 Evolución del marco normativo.....	31
2.2.3 Propuestas de mejora	38
2.3 Factor 3: asignación de riesgos e identificación de incentivos	38
2.3.1 Problemática: “El inadecuado análisis de los riesgos referidos a la transferencia de los terrenos comprendidos en la primera etapa del proyecto generó que estos no fueran mitigados oportunamente, ni por el agente que estaba en las mejores condiciones para hacerlo”.....	38
2.3.2 Transferencia de terrenos en otras concesiones de transporte	48
2.3.3 Propuestas de mejoras.....	48
Conclusiones y recomendaciones	53
Bibliografía	57
Anexos	61
Nota biográfica	82

Índice de tablas

Tabla 1.	Descripción de las etapas por kilómetros	15
Tabla 2.	Pedios requeridos para la ejecución de las obras	16
Tabla 3.	Pedios efectivamente entregados	17
Tabla 4.	Características y limitaciones de la Ley N° 27117	30
Tabla 5.	Características y limitaciones de la Ley N° 27628	30
Tabla 6.	Principales disposiciones contenidas en la Ley N° 30025	32
Tabla 7.	Principales disposiciones contenidas en la Ley N° 30327	33
Tabla 8.	Principales disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 1192	34
Tabla 9.	Compromisos de inversión y avance de los proyectos carreteros (a marzo de 2005)	36
Tabla 10.	Porcentaje de cumplimiento de las concesiones	37
Tabla 11.	Variables consideradas para estimación del impacto	44

Índice de gráficos

Gráfico 1. Descripción de las obras por subtramos originales	15
Gráfico 2. Descripción de las obras por subtramos después de la Adenda N° 2	16
Gráfico 3. Marco normativo para la transferencia de predios a favor del Estado	29

Índice de anexos

Anexo 1. Descripción de la entrega de predios.....	62
Anexo 2. Procedimientos para la transferencia de terrenos en el marco del Decreto Legislativo N° 1192	66
Anexo 3. Marco legal para el trato directo y la expropiación.....	67
Anexo 4. Matriz de riesgos	68
Anexo 5. Estimación del valor actual de costos	69
Anexo 6. Estimación del valor actual de ingresos	70
Anexo 7. Transferencia de terrenos en otras concesiones de transportes	71
Anexo 8. Marco normativo comparado respecto al catastro.....	78
Anexo 9. Relación de normas legales citadas en el trabajo de investigación	79
Anexo 10. Relación de funcionarios entrevistados.....	81

Introducción

Con fecha 14 de abril de 2005, se convocó la licitación de la Concesión de la Red Vial N° 6, con el objetivo que se construya, explote y conserve la infraestructura de servicio público del tramo Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica. Así, el 20 de julio de 2005 se otorgó la buena pro de la Red Vial N° 6 a la Concesionaria Vial del Perú S.A. (Coviperú). El contrato de concesión se suscribió el 20 de setiembre de 2005, con un plazo de concesión de 30 años y un monto de inversión de US\$ 192 millones (no incluye el impuesto general a las ventas-IGV).

La concesión es de tipo onerosa¹ porque se impuso al concesionario una contribución a favor del Estado, llamada retribución como contraprestación al derecho de explotación de la infraestructura, mediante el cobro de tarifas de peaje a los usuarios de la vía. El objeto de la concesión fue la construcción y explotación de 221,7 km de la carretera Panamericana Sur, que fue dividida en una etapa preoperativa y 3 etapas, con 6 subtramos: (1) Puente Pucusana - Ingreso Cerro Azul, (2) Ingreso Cerro Azul - Cerro Calavera, (3) Cerro Calavera - Pampa Clarita, (4) Pampa Clarita - Intercambio Chincha Alta, (5) Intercambio Chincha Alta - Empalme San Andrés y (6) Empalme San Andrés - Guadalupe.

A finales de 2017, habiendo transcurrido 12 años desde la suscripción del contrato de concesión, se observa que la ejecución de las etapas 1, 2 y 3 no se ha desarrollado en los plazos previstos. Esto debido a la demora en la entrega de terrenos por parte del concedente; limitaciones en el diseño del contrato, referidos a la adquisición de predios y expropiaciones; así como, la ausencia de incentivos para la transferencia de predios. Todo ello ha generado y sigue generando demoras en la culminación de las obras, y retrasos en los beneficios que los usuarios tenían estimado percibir con la construcción de la infraestructura. El incumplimiento del concedente en entregar los terrenos ha originado la formulación de múltiples adendas, en dicho orden de ideas, el contrato de concesión de la Red Vial N° 6 consta de 9 adendas, 3 de las cuales (segunda, sexta y novena), se relacionan con el saneamiento de los terrenos.

El presente trabajo de investigación abordará el retraso en la entrega de terrenos de la primera etapa del proyecto, así como el impacto económico originado por dicho retraso; pues al ser la única etapa del proyecto que ya se encuentra concluida, es factible medir el impacto causado.

¹ De acuerdo con el artículo 14° del Decreto Supremo N° 059-96-PCM, norma aplicable al momento de la adjudicación de la concesión, una de las modalidades por la cual se otorga una concesión es «A título oneroso, imponiendo al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado».

La conclusión de la entrega de terrenos de la primera etapa del proyecto, según el contrato de concesión, estaba prevista originalmente para setiembre de 2007. Sin embargo, recién a junio de 2009 se había entregado el 87% de los terrenos del Sub Tramo 4 y a diciembre de 2009 se culminó la entrega de los terrenos del Sub Tramo 3, debido a múltiples factores: la falta de identificación de propietarios, por la ausencia de un estudio específico de saneamiento físico legal² y por la desactualización del catastro; la limitación del marco normativo vigente en ese entonces, pues no existía una diferenciación clara de los procedimientos de adquisición y expropiación, que hubiera permitido realizar una correcta asignación de riesgos, diferenciando el riesgo de adquisición (trato directo) y el de expropiación; y la consideración de incentivos eficaces para garantizar la oportuna entrega de los terrenos.

La demora en la entrega de terrenos también ha generado un impacto económico importante en el concesionario. Así, en el análisis realizado se encontró que el contrato permitió al concesionario realizar cobros por peaje en una fecha cierta, a pesar de no haber iniciado la ejecución de las obras, también se encontró que el fallo del Tribunal Arbitral fue favorable para el concesionario. Estos hechos generaron rentas extraordinarias y melló cualquier incentivo que pudiera tener para coadyuvar al concedente en la resolución de los problemas de retrasos en la entrega de terrenos. Por lo antes señalado, en el presente trabajo se evaluará si el diseño original del contrato fue correcto. Es decir, si se realizó un adecuado análisis del riesgo de transferencia de terrenos³ y, sobre todo, si los responsables de su mitigación tuvieron los incentivos para cumplir de manera efectiva con esta tarea.

La presente investigación concluye con una serie de propuestas normativas y técnicas, que buscan aportar a la mejora en el diseño de futuros contratos de concesión. Entre las propuestas de mejoras se señalan las siguientes: la creación de comisiones multisectoriales; la modificación del Decreto Legislativo N° 1192; la creación de un fondo concursable con el objetivo de asignar el riesgo de la adquisición de terrenos al futuro concesionario como un incentivo para la ejecución del proyecto; así como, establecer incentivos (positivos o negativos) para la entidad del Estado responsable de ejecutar la transferencia de predios comprometidos en un contrato de concesión, entre otros.

² Para el presente trabajo, se denomina “Estudio específico de saneamiento físico legal” o “Estudio de saneamiento físico legal” al expediente que debe contener la identificación preliminar, diagnóstico técnico legal, estado de propiedad de los inmuebles, bienes y derechos necesarios para el desarrollo del proyecto, identificando su naturaleza pública o privada. Así como, las interferencias y una estimación de su valorización, un cronograma para la liberación de interferencias y/o saneamiento de los predios suscrito por el área responsable de la entidad pública.

³ En el presente trabajo, cuando se señale “transferencia de terrenos” se entenderá como la transferencia forzosa (expropiación) y voluntaria (trato directo), de acuerdo con el numeral 4.1 y 4.4. del artículo 4° del Decreto Legislativo 1192 (p. 559912).

Capítulo I. Aspectos generales

1. Justificación

En el Perú, la brecha de infraestructura para el período 2016-2025 asciende a aproximadamente US\$ 159,5 mil millones, de los cuales US\$ 57,5 mil millones corresponden al sector transportes. Este monto equivale al 36% de la brecha país; es decir, el sector transportes es uno de los que concentra la mayor demanda de infraestructura. A su vez, dentro de este sector, la demanda de infraestructura en carreteras representa el 20%; seguida por los ferrocarriles, 11%; y, por último, puertos y aeropuertos, 5% (Arizmendi *et al.* 2016: 20).

En este contexto, el Estado peruano promueve la participación de las empresas privadas mediante, entre otros mecanismos, las concesiones, con la finalidad de permitir la construcción, operación y el mantenimiento de carreteras en el ámbito nacional.

Otras cifras nos muestran que a marzo de 2017 en el sector transportes se había suscrito 31 contratos de concesión, con un monto de inversión estimado de S/ 15,3 mil millones, dentro de ellos 16 corresponden a contratos de transporte terrestre, con un compromiso de inversión ascendente a S/ 4,8 mil millones (Ositran 2017b). De lo expuesto, se advierte que el sector transportes presenta una gran brecha por atender y, por lo tanto, resalta la necesidad de generar infraestructuras viales (carreteras). Si bien estas no representan el mayor monto de inversión entre las infraestructuras, su desarrollo es importante porque tiene correspondencia con el objetivo de política pública de asegurar la conectividad de la población, así como impulsar el comercio, nacional e internacional, con el fin de desarrollar los pueblos aledaños, conectar nuevas vías, alcanzar el desarrollo sostenible de todos los peruanos; externalidades positivas que impactarán en el bienestar de la población.

Por ello, se decidió analizar un contrato de concesión de infraestructura de transporte, en especial el contrato suscrito con Coviperú, al ser la concesión que presenta el mayor tráfico de vehículos durante cuatro años consecutivos: representa en promedio el 20% de los tráficos de vehículos, seguido por Covisol (Concesionaria Vial del Sol S.A.) y Norvial, con una representación de 15% en promedio (Ositran 2017-2014).

2. Antecedentes

Para cumplir con su rol de proveedor de servicios públicos, el Estado peruano, así como la mayoría de países, han optado por ejecutar grandes proyectos de infraestructura pública vía la

modalidad de asociaciones público privadas (APP), con el objetivo de lograr el crecimiento de la inversión por medio de proyectos de infraestructura de gran envergadura. Las reglas de ejecución de dichos proyectos se materializan en un contrato de concesión, cuyo fin último es dotar de infraestructura de calidad a los ciudadanos o usuarios del servicio público que se proveerá. En dicho contexto, en el año 2005 se entrega en concesión el tramo vial Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica de la carretera Panamericana Sur a la empresa Coviperú, para su construcción y explotación por un período de 30 años y bajo la modalidad de concesión onerosa.

Cabe señalar que antes de la suscripción de este contrato de concesión existía una infraestructura con tres peajes, ubicados en Chilca, Jahuay e Ica, administrados por Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Provías Nacional). Se trataba de una vía clasificada como nacional, cuya tarifa ascendía a S/ 7,5 por eje, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 041-2003-MTC. Según lo señalado en el Libro Blanco de la concesión, la estimación de tráfico alcanzaría un total de 9,8 millones de ejes cobrables y se obtendrían ingresos anuales por US\$ 11,3 millones, evidenciándose una tasa de crecimiento promedio de la demanda de 3,8%.

De otro lado, según el inventario de bienes de la concesión de la Red Vial N° 6, efectuado el 26 de setiembre de 2006 y el Libro Blanco, la infraestructura que recibió el concesionario contenía: carretera de doble calzada desde Pucusana hasta Cerro Azul y una calzada de doble vía de Cerro Azul hasta Ica, alcantarillas, cunetas y canales, puentes y pontones, señalizaciones verticales, guardavías, forestación, fibra óptica, muros, sistema de comunicaciones de emergencias (postes SOS), en los tramos comprendidos de Puente Pucusana - Puente Clarita, Puente Clarita - Santa Ana (km 149+453-km 214+000), Tramo Santa Ana - Ica (km 214+000-km 290+887), así como, las estaciones de peaje Chilca, Jahuay e Ica y dos estaciones de pesaje. Es decir, el Estado otorgó en concesión una infraestructura existente. Por su parte, el Contrato de Concesión estableció como obligación del concesionario, lo siguiente: i) Actividades preparatorias: puesta a punto de 72,70 km y las bermas laterales desde el puente Pucusana a Cerro Azul, así como la construcción del intercambio vial Cerro Azul, entre otros; ii) Primera etapa: puesta a punto desde Pampa Clarita al intercambio vial Chíncha Alta; construcción de la primera calzada (derecha) desde Cerro Azul a Pampa Clarita, construcción de la primera calzada desde Chíncha Alta hasta la carretera que viene de Pisco; intercambios viales y puentes, entre otros; iii) Segunda etapa: construcción de la segunda calzada (izquierda) desde Cerro Azul a Chíncha Alta, construcción de dos puentes de la quebrada Topará, construcción de la segunda calzada (izquierda) desde el intercambio de Chíncha Alta al nuevo trazo que viene de Pisco, entre otros; iv) Tercera etapa: construcción de la segunda calzada desde la carretera que viene de Pisco hasta Guadalupe.

3. Planteamiento del problema principal y las hipótesis de la investigación

Problema principal 1:

El retraso en la entrega de los terrenos correspondientes a la primera etapa de la concesión Red Vial N° 6 generó el incumplimiento de los plazos de ejecución de las obras, originalmente previstos en el contrato de concesión.

Pregunta principal 1:

¿Qué factores generaron que los terrenos vinculados a la primera etapa de la concesión Red Vial N° 6 no se entregaran según lo programado en el contrato de concesión?

Hipótesis principal 1:

El retraso en la entrega de terrenos se generó por la deficiente identificación de los propietarios comprendidos en el área de ejecución de la primera etapa del proyecto, el limitado marco normativo en materia de trato directo y expropiación, y el inadecuado análisis de riesgos e incentivos referido a la transferencia de los terrenos.

Subproblema 1:

La deficiente identificación de propietarios comprendidos en el área de ejecución de la primera etapa del proyecto provocó que los plazos estimados para la transferencia de los terrenos, estipulado originalmente en el contrato de concesión, no se cumplieran.

Subpregunta 1.1:

¿Qué factores ocasionaron que este contrato cuente con una deficiente identificación de propietarios?

Hipótesis subproblema 1.1.a:

No existió un estudio específico del saneamiento físico legal, y los estudios con los que se contaba en la etapa de concurso no permitieron identificar plenamente a los propietarios de los terrenos afectados. Además, dichos estudios no estimaron un plazo, debidamente sustentado, para ejecutar las transferencias de los terrenos.

Hipótesis subproblema 1.1.b:

Las fuentes de información catastrales existentes al momento de diseñar el contrato fueron insuficientes y desactualizadas, lo que no permitió al Estado la realización de un adecuado diagnóstico de los predios afectados por sus intervenciones.

Subproblema 2:

El limitado marco normativo en materia de trato directo y expropiación de los terrenos comprendidos en la primera etapa generó que dichos procesos sean lentos y no permitieran identificar procedimientos específicos para cada caso.

Subpregunta 2:

¿El marco normativo peruano contenía procedimientos y plazos claramente definidos para regular el trato directo y la expropiación de predios?

Hipótesis subpregunta 2:

El marco normativo de la materia vigente a la fecha de ejecución de la primera etapa del proyecto no permitió un desarrollo ágil para la transferencia de predios, toda vez que no establecía procedimientos diferenciados ni plazos suficientes para el trato directo y la expropiación.

Subproblema 3:

El inadecuado análisis de los riesgos e incentivos referidos a la transferencia de los terrenos comprendidos en la primera etapa del proyecto generó que estos no fueran mitigados de manera oportuna, ni por el agente que estaba en las mejores condiciones para hacerlo.

Subpregunta 3.1:

¿Cuáles fueron las causas que originaron que no se realizara un adecuado análisis de riesgo para el proceso de transferencia de predios?

Hipótesis subpregunta 3.1.a:

La matriz de riesgos no distinguió el riesgo de adquisición (trato directo) del riesgo de expropiación, lo cual hubiera permitido un adecuado conocimiento de ambos procesos, promoviendo una mejor asignación de los citados riesgos entre concedente y/o concesionario.

Hipótesis subpregunta 3.2.b:

En el diseño del contrato no se identificaron incentivos/penalidades entre los agentes (concedente y concesionario), que promovieran la transferencia oportuna de los terrenos afectados por la primera etapa del proyecto.

4. Objetivos del trabajo de investigación

- Determinar los factores técnicos y normativos que impactaron, de modo directo, en el retraso de la entrega de los terrenos del contrato de concesión de la Red Vial N° 6.
- Identificar el impacto económico del retraso en la entrega de los terrenos en la rentabilidad del concesionario.
- Evaluar si el marco normativo implementado por el Estado para agilizar la entrega de terrenos ha tenido algún efecto positivo, y qué otras mejoras se podrían incorporar para optimizar los procesos de desafectación y entrega de predios.
- Presentar propuestas que permitan: (i) asignar los riesgos de la transferencia de terrenos a quien esté en mejor capacidad de mitigarlo; e (ii) identificar los incentivos adecuados para que, quien tenga a su cargo la mitigación del riesgo, lo haga efectiva y oportunamente.

5. Metodología

En el presente trabajo se desarrollará una investigación cualitativa, pues se realizará un análisis crítico del contrato de concesión de la Red Vial N° 6. Las opiniones versadas serán neutrales y corresponden a opiniones técnicas orientadas a identificar la problemática del caso de estudio, así como lecciones aprendidas, con el fin de realizar recomendaciones para el diseño de futuros contratos de concesión.

El trabajo, presenta las hipótesis de estudio que se analizarán de manera secuencial a lo largo del presente documento. Es decir, se identificará el principal problema suscitado en la ejecución de las obras de la primera etapa de la concesión de la Red Vial N° 6: en este caso, la demora en la entrega de los terrenos generó que la ejecución de las obras no se realizara en los plazos originalmente previstos en el contrato de concesión.

En ese sentido, se ha propuesto como hipótesis principal que dicho problema se generó por la deficiente identificación de los propietarios comprendidos en el área de ejecución del proyecto; el limitado marco normativo, porque no establecía procedimientos diferenciados entre la adquisición por trato directo y expropiación; así como, un inadecuado análisis de identificación y asignación de riesgos que consideren incentivos eficaces para garantizar la oportuna entrega de los terrenos.

El tipo de investigación por realizar será de naturaleza cualitativa: se evaluarán los datos preexistentes y se realizará un análisis descriptivo de las condiciones bajo las cuales se pactó el presente contrato. Además, se indicará las repercusiones del retraso en la entrega de los terrenos de la primera etapa de la concesión. Se recurrirá a fuentes primarias con el fin de obtener información para analizar las hipótesis, así como a entrevistas a distintos actores, tales como profesionales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de uso Público (Ositran) y de la propia concesionaria (Coviperú).

Capítulo II. Marco referencial

1. Reseña normativa

El contrato de concesión de la Red Vial N° 6 fue otorgado en el marco de los decretos supremos N° 059-96-PCM⁴ y 060-96-PCM⁵, marco legal de las concesiones (modalidad de Asociación Público Privada - APP). En el año 2008 se publicó el Decreto Legislativo N° 1012, que constituyó la Ley Marco de las Asociaciones Público Privadas; y en el año 2015 se publicó el Decreto Legislativo N° 1224, que sistematiza el marco legal aplicable a las APP y proyectos en activos.

Asimismo, la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones publicada en 1999, y la Ley N° 27628, publicada el 2002, norma específica para proyectos viales, fueron el marco legal vigente para realizar el procedimiento de adquisición o expropiación de terrenos en la primera etapa del proyecto. De manera complementaria, se emitió la Ley N° 30025, publicada en el año 2013, norma que regulaba la ejecución de proyectos declarados de gran envergadura; además, mediante la Ley N° 30327, publicada en 2015, se establecen medidas para reactivar la inversión y facilitar la transferencia de terrenos. Posteriormente, mediante Decreto Legislativo N° 1192, se sistematiza el marco legal en materia de expropiaciones y trato directo.

2. Asociaciones público–privadas

El Estado peruano, así como la mayoría de los Estados en la región, para cumplir con su rol de proveedor de servicios públicos, han optado por ejecutar grandes proyectos de infraestructura pública vial bajo la modalidad de APP. En vista de que las reglas de ejecución de dichos proyectos se materializan, por lo general, mediante un contrato de concesión, dicho contrato tiene como fin último dotar de infraestructura de calidad a los usuarios. En el caso del sector transportes, es proveer un aeropuerto, un puerto, un ferrocarril o una carretera para facilitar el bienestar de la sociedad y en particular de los usuarios, al disponer de servicios públicos que permitan atender los problemas económicos y sociales de sus economías (Lama y Vargas 2014: 73).

⁴ Texto único ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

⁵ Reglamento del texto único ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

3. Derecho de propiedad

Derecho fundamental de la persona, reconocido por la Constitución Política del Perú de 1993, en el numeral 16 de su artículo 2 (p. 3). Asimismo, en el artículo 70 de la citada carta magna se señala que «El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. [...]A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago efectivo de indemnización justipreciada [...]» (p. 16). Asimismo, se señala que la única acción a ejercer ante el Poder Judicial es por el valor de la propiedad. El Tribunal Constitucional (2003) sostiene que el derecho a la propiedad «Establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien».

Dicho derecho se encuentra garantizado por la Constitución y nadie puede ser privado «arbitrariamente de la misma, [salvo] por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley, previo pago en efectivo de indemnización justipreciada», a esto se le llama **expropiación**, «[...] la cual consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley [...] a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio» (Tribunal Constitucional del Perú 2009). Es decir, el derecho de propiedad no es absoluto, toda vez que se encuentra limitado por disposiciones constitucionales como la potestad expropiatoria del Estado.

4. Aspectos teóricos de las renegociaciones

4.1 Las renegociaciones

En sentido amplio, los problemas que afectan a las concesiones se suscitan cuando el funcionamiento eficiente, reflejado en costos de servicio, accesibilidad, calidad y retornos del operador, se ve socavado por decisiones desacertadas, en la etapa de diseño o después de la adjudicación del contrato. La mayoría de los problemas de las concesiones se presentan por: i) insuficiente atención a temas políticos e institucionales; ii) tolerancia del Gobierno a la presentación de ofertas agresivas y los problemas que ellas ocasionan; iii) diseño deficiente de los contratos; iv) incumplimiento de las cláusulas contractuales por parte del Gobierno, lo que obliga a renegociar y modificar las reglas y efectos de una concesión; v) regulación defectuosa; y vi) crisis macroeconómica (Guasch 2005).

Para la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional, «las causas de frecuentes adendas son: inadecuada selección y priorización de proyectos; estudios poco profundos; contratos no estandarizados; factores de competencia que alientan ofertas temerarias; demoras por expropiaciones, obtención de permisos y liberación de interferencias» (AFIN 2017: 19).

En el caso de las renegociaciones en América Latina y el Caribe, los Gobiernos que supervisan han estado sometidos a condicionamientos políticos, uno de los cuales

«[...] consiste en el intento de concretar un programa ambicioso de concesión [...] en un período presidencial, debido a que en muchos países de América Latina, no existía la posibilidad de reelección. Como resultado, con frecuencia se prestó [mucho] atención a la velocidad del proceso, ignorando la necesidad de mejora de los diseños de los contratos y la información necesaria sobre los mercados y las empresas, lo que aumentó la probabilidad de realizar contratos incompletos y facilitó la aparición de renegociaciones» (Guasch 2005: 102).

4.2 Contratos incompletos

Para Guasch (2005), las razones de un contrato incompleto se originan por varias causas: la primera es la imposibilidad o el alto costo de incluir en los contratos todas las contingencias posibles (costo de transacción). Los agentes no pueden describir todas las contingencias que podrían afectar el desarrollo de un contrato. De otro lado, la redacción de un contrato, que incluya todas y cada una de las contingencias verificables y previsibles, puede resultar muy costosa y, en ocasiones, imposible de mitigarse. Por lo tanto, las partes deben decidir qué contingencias desean incluir.

Para Montesinos y Saavedra, la literatura económica concluye que la existencia de costos de transacción origina

«[...] que los contratos que se suscriban sean incompletos, sujetos incluso a modificación o renegociación, a solicitud de algunas de las partes involucradas. Los costos de transacción que surgen en el diseño, previsión y monitoreo de un contrato contingente son una de las causas de la renegociación [...], principalmente por el grado de asimetría de información presente entre las partes [...] cualquier ejercicio de estimación a realizarse tendrá que considerar una serie de variables que estén asociadas a dichos costos de transacción, tal que permita hacer una estimación de la magnitud de su impacto en la probabilidad de renegociación de los contratos» (Montesinos y Saavedra 2011: 56).

5. Aspectos generales de la teoría económica de contratos

5.1 Teoría de la agencia

Según la teoría de la agencia, en las interacciones económicas existen dos partes: el principal y el agente. El principal es quien contrata al agente para realizar un trabajo por cuenta del principal, delegando parte de su autoridad al agente. En un esquema **principal - agente**, la parte que posee menos información desempeña el papel de principal y el más informado es conocido como el agente.

5.2 Externalidades

Es el resultado de que la acción del agente no depende solo de él sino también de factores externos (cambios en la demanda, acciones de la competencia), siendo costoso o imposible aislar sus efectos. Si en estas condiciones la gerencia insiste en relacionar el pago con el resultado, provocará el aumento de la incertidumbre para el trabajador, sin aumentar su motivación.

Las externalidades surgen cuando un agente económico "A" realiza una actividad que influye en el bienestar de un tercero "B", a quien no se le compensa o cobra por dicho efecto. Cuando este efecto es negativo, se le denomina externalidad negativa; mientras que si se beneficia, externalidad positiva (Mankiw 2012: 195-199).

5.3 Teoría de los incentivos

El incentivo es la promesa de una compensación por realizar cierta acción que desea quien los ofrece. Chester Barnard indicó sobre esta teoría que el

«Elemento fundamental de la organización es la voluntad de las personas para aportar su esfuerzo individual al sistema de cooperación. Los incentivos inadecuados crean discordia, tergiversan el propósito organizacional y hacen fracasar la cooperación. Por eso el diseño de los incentivos adecuados es la tarea prioritaria de la gerencia» (Barnard 1964: 139).

La teoría económica de los incentivos nace de un análisis conductual de los intervinientes en una relación económica, y advierte la existencia de distintas conductas que deben ser reforzadas por el principal, en este caso el concedente.

Capítulo III. Caso de estudio

1. Contrato de concesión para la construcción y explotación del tramo vial Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica de la carretera Panamericana Sur

El contrato de concesión de la Red Vial N° 6 fue suscrito el 20 de setiembre de 2005, constituyéndose en uno de los primeros contratos de APP suscrito por el Estado peruano. Este es un contrato de naturaleza onerosa que fue adjudicado en su segunda convocatoria de licitación, pues la primera convocatoria quedó desierta, en razón de la incertidumbre respecto del tráfico vehicular. En la actualidad, finales de 2017, es la concesión con mayor tráfico vehicular, conforme a los boletines estadísticos de Ositran (enero a diciembre de 2017). A continuación, se describirá los detalles del proceso de promoción de la etapa de licitación, del contrato de concesión, sus etapas y la problemática presentada en su ejecución.

1.1 Plan de promoción y bases del proceso

El plan de promoción de la primera licitación fue aprobado mediante Resolución Suprema N° 078-2002-EF, comprendiendo el tramo Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica - Cañete - Lunahuaná. En vista que no involucraba recursos del Estado, no requirió la calificación del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP, hoy Invierte.pe).

Se realizaron 2 procesos de licitación: En el primero se presentaron 5 postores, quienes entregaron propuestas técnicas el 15 de marzo de 2005: i) Consorcio Vial 6 (Graña y Montero S.A.A, JJC Contratistas Grales S.A., BESALCO S.A.), ii) Consorcio Binacional Andino (Hidalgo e Hidalgo S.A., Construcciones y Administración S.A., Conorte S.A.), iii) Consorcio Malaga - Equimac S.A., Vialco S.A., iv) Convia Panamericano y v) Planova Planeamiento e Construcoes y Schahin. Sin embargo, solo el Consorcio Binacional Andino presentó su propuesta económica el día 30 de marzo de 2005. En cumplimiento de lo indicado en las bases del concurso y en vista de la falta de pluralidad en las ofertas económicas, se procedió a declarar desierto el proceso. La razón por la cual se presentó una sola oferta económica fue la falta de información real de un año completo de tráfico para el peaje de Chilca, el más importante en términos de recaudación; así como la estimación de los presupuestos por parte de los postores, que fueron mayores a los determinados en los estudios técnicos.

Frente a ese escenario, el Estado convocó a un segundo proceso de licitación. Para ello, por medio de la Resolución Suprema N° 085-2005-EF, de fecha 4 de julio de 2005, se aprobó la modificación del plan de promoción de la inversión privada para el otorgamiento de la concesión de la segunda licitación: se extendió a 30 años el plazo de la concesión. En dicho proceso de licitación se presentaron los siguientes postores: i) Consorcio Vial 6 (Graña y Montero S.A.A, JJC Contratistas Grales S.A., BESALCO S.A.), ii) Consorcio Binacional Andino (Hidalgo e Hidalgo S.A., Construcciones y Administración S.A., Conorte S.A.), iii) Consorcio Vialco C.e.P Ltda., Equimac S.A. iv) Convial Panamericano y v) Planova Planeamiento e Construccoes y Schahin.

Se encargó a Apoyo Consultoría el proceso de comunicación con los postores, con el fin de levantar todas las observaciones identificadas en el proceso anterior. Por tal razón, se recomendó a los postores llevar a cabo sus propios estudios de tráfico para validar las estimaciones realizadas por ProInversión (Agencia de Promoción de la Inversión Privada) y Apoyo Consultoría. Recomendación que fue implementada por algunos postores. Además, el MTC actualizó los costos considerados en los presupuestos referenciales de los estudios técnicos. Al final, 4 postores presentaron ofertas técnicas y económicas. El 20 de julio de 2005 se otorgó la buena pro al Consorcio Binacional Andino, al ofrecer un mayor porcentaje de ingresos por peaje: 18,61%.

Cabe precisar que de acuerdo con el esquema económico financiero del proyecto, elaborado por Apoyo Consultoría obrante en el Libro Blanco respectivo, la expropiación formó parte del riesgo de construcción, en el cual se definió un plazo de dos años para completar dicho proceso. Además, se indica que los predios afectados ya habían sido identificados y estaban en proceso de tasación. Sin embargo, dicha afirmación no se encontraba sustentada en un estudio específico de saneamiento físico legal; solo en el *Estudio definitivo de ingeniería e impacto ambiental*, elaborado por Alpha Ayesa S.A, se identificó la cantidad de inmuebles requeridos. Ello en concordancia con que lo único que se tenía identificado era el trazo de la vía, tal como se advierte en el numeral 02.02.1 del tomo I del citado estudio de ingeniería.

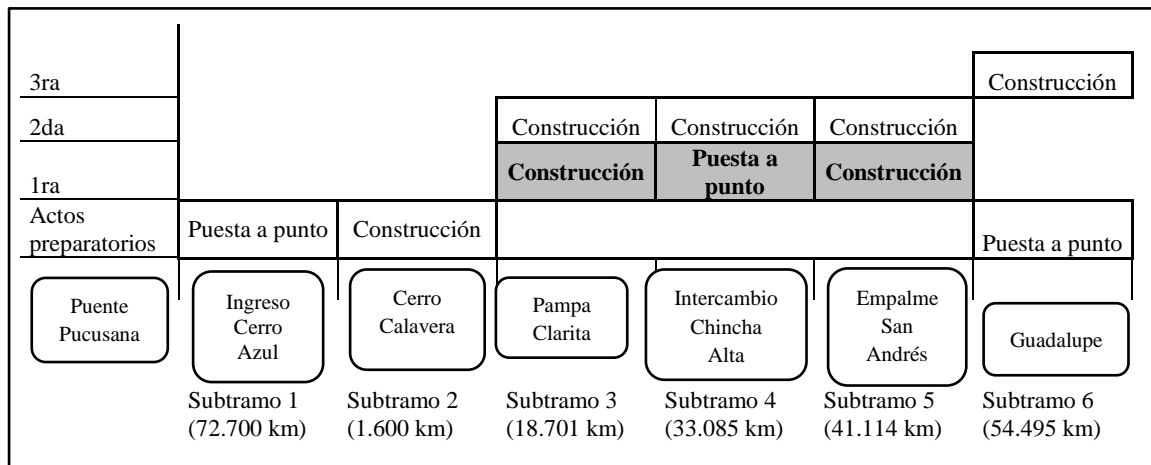
1.2 Descripción general del contrato de concesión

El proyecto de la Red Vial N° 6 fue adjudicado a favor de la empresa Coviperú. El objeto de la concesión fue la construcción y puesta a punto de la infraestructura vial; así como, la conservación y explotación de la infraestructura.

1.2.1 Etapas del proyecto

Respecto a la ejecución de las obras del contrato de concesión, esta sería realizada en seis (6) subtramos, que estarían divididos en tres (3) etapas y una (1) etapa de actividad preparatoria (véase el gráfico 1); así como, las progresivas (véase la tabla 1).

Gráfico 1. Descripción de las obras por subtramos originales



Fuente: Proinversión 2005.

Tabla 1. Descripción de las etapas por kilómetros

Subtramo	Ruta	Localidad		Progresiva o km		Longitud km	Región
		Desde	Hasta	Inicio	Fin		
1	RO1S	Puente Pucusana	Ingreso Cerro Azul	Km 58.00	Km 130.706 Prog 0+000	72.700	Lima
2	RO1S	Ingreso Cerro Azul	Cerro Calavera	Prog. 0+000	Prog 1+600	1.600	Lima
3	RO1S	Cerro Calavera	Pampa Clarita	Prog. 1+600	Prog 20+301	18.701	Lima
4	RO1S	Pampa Clarita	Intercambio Chincha Alta	Prog. 20+301	Prog 53+386	33.085	Lima Ica
5	RO1S	Intercambio Chincha Alta	Empalme San Andrés	Prog. 53+386	Prog 94+500	41.114	Ica
6	RO1S	Empalme San Andrés	Guadalupe	Prog. 94+500	Prog 148+995 o km 290+877.33	54.495	Ica

Fuente: Proinversión, 2005: 130.

Ahora bien, en el gráfico 1 se aprecia que el contrato, en su versión original, previó la construcción de los subtramos 3 y 5 como parte de la primera etapa del proyecto. Sin embargo, debido al considerable retraso en las adquisiciones y expropiaciones del subtramo 5 y el avance

de dichos procesos en el subtramo 4, el Estado decidió suscribir la Adenda 2 con el objetivo de intercambiar el calendario de ejecución de obras para que la primera etapa esté comprendida por los subtramos 3 y 4 (véase el gráfico 2). Así, se permitiría el avance de las obras.

Gráfico 2. Descripción de las obras por subtramos después de la Adenda N° 2

3ra						Construcción	
2da				Construcción	Construcción		
1ra			Construcción	Construcción			
Actos preparatorios	Puesta a punto	Construcción				Puesta a punto	
	Puente Pucusana	Ingreso Cerro Azul	Cerro Calavera	Pampa Clarita	Intercambio Chincha Alta	Empalme San Andrés	Guadalupe
	Subtramo 1 (72.700 Km)	Subtramo 2 (1.600 Km)	Subtramo 3 (18.701 Km)	Subtramo 4 (33.085 Km)	Subtramo 5 (41.114 Km)	Subtramo 6 (54.495 Km)	

Fuente: Proinversión 2005 y MTC 2009.

1.2.2 Predios necesarios para la ejecución de la Red Vial N° 6

De la información revisada se advierte que se necesitaron, aproximadamente, 909 predios para ejecutar la Red Vial N° 6 (véase la tabla 2).

Tabla 2. Predios requeridos para la ejecución de las obras

Información de entrega de predios						
Etapa	Etapa preparatoria	Primera etapa		Segunda etapa	Tercera etapa	Total
Subtramo	Subtramo 2	Subtramo 3	Subtramo 4	Subtramo 5	Subtramo 6	
Total de predios necesarios	49	116	108	466	170	909

Fuente: CPS de Ingeniería, 2011: 11.

Es decir, el Estado se encontraba obligado a entregar los predios indicados en la tabla que antecede, dentro de los plazos previstos en el contrato de concesión. Sin embargo, estos terminaron de ser entregados con retraso, tal como se señala en la tabla 3.

Tabla 3. Predios efectivamente entregados

Etapa	Subtramo	Porcentaje	Plazo	Fecha de entrega de terrenos
Primera etapa	Predios del subtramo 3	Plazo contractual de entrega del 80%	540 días calendario de suscrito el contrato (marzo 2007)	Se finalizó la entrega del 100%, en diciembre de 2009
		Plazo contractual de entrega del 20%	180 días siguiente a la fecha de entrega del 80% (setiembre 2007)	
	Predios del subtramo 4 (mediante Adenda 2 se cambió de subtramo 5 al 4)	Plazo contractual de entrega del 80%	540 días calendario de suscrito el contrato (marzo 2007)	A junio de 2009, se había transferido el 87% (Informe mensual del supervisor de julio 2010)
		Plazo contractual de entrega del 20%	180 días siguiente a la fecha de entrega del 80% (setiembre 2007)	
Segunda etapa^{1/}		Plazo contractual de entrega del 80%	45 días de suscrita la adenda 6 (15.03.2015)	Se finalizó la entrega del 80%, el 9 de abril de 2015
		Plazo contractual de entrega del 20%	120 días de suscrita la adenda 6 (30.05.2015)	Pendiente (de acuerdo con el Informe mensual del supervisor de marzo 2017)
Tercera etapa^{2/}		Plazo Adenda 6 40%	120 días de suscrita la adenda 6 (30 de mayo 2015)	Pendiente de finalizar la entrega (de acuerdo con el Informe mensual del supervisor de marzo 2017)
		Plazo Adenda 6 60%	9 meses de suscrita la adenda 6 (30 de octubre 2015)	Pendiente de finalizar la entrega (de acuerdo con el Informe mensual del supervisor de marzo 2017)

1/: El contrato de concesión de la Red Vial N° 6, en su versión original, previó que la segunda etapa se ejecutaría como mínimo en el año 2017; sin embargo, fue adelantada mediante la Adenda 6.

2/: El Contrato de la Red Vial N° 6, en su versión original, no estableció como obra obligatoria a la tercera etapa. Dicha etapa fue dispuesta mediante la Adenda 6.

Fuente: CPS de Ingeniería, 2010: 10 y 2017: 4.

De lo señalado se observa que el concedente incumplió con la entrega oportuna de los terrenos, generando a su vez un retraso en la ejecución de las obras. En el anexo 1 de este trabajo se detallan los porcentajes de entrega de terrenos.

Capítulo IV. Análisis y propuestas

El contrato de concesión de la Red Vial N° 6 ha presentado problemas en su ejecución por la demora en la entrega de los terrenos de la primera, segunda y tercera etapa del proyecto. En el presente capítulo abordaremos los problemas suscitados en la primera etapa del proyecto, los factores que los originaron, así como el impacto económico en la concesionaria.

1. Problemática en la ejecución de la primera etapa de la Red Vial N° 6: “El retraso en la entrega de los terrenos correspondientes a la primera etapa de la concesión Red Vial N° 6 generó el incumplimiento de los plazos de ejecución de las obras, originalmente previstos en el contrato de concesión”

El retraso en la entrega de los terrenos para la ejecución de las obras es un problema que se presenta en casi todas las concesiones de infraestructura, por lo cual se convierte en una de las principales causas de las renegociaciones contractuales. Al respecto, Patricia Benavente, expresidenta del Ositran, en una entrevista al diario *Gestión*, señaló que la demora en las expropiaciones de terrenos por parte del Estado puede terminar convirtiéndose en el cáncer de las APP, puesto que «si el concedente no puede entregar terrenos a tiempo no se va a poder ejecutar la obra a tiempo y eso genera sobrecostos que termina asumiendo el Estado» (*Gestión* 2015: 20). En ese mismo tenor, Guasch (2005: 65-66) señala que las deficiencias de los contratos de concesión son básicamente el resultado de su diseño. Así, la probabilidad de que se produzcan renegociaciones se incrementa ante licitaciones apresuradas, sin un adecuado diagnóstico físico legal de los terrenos necesarios para la ejecución de las obras, con la consideración de plazos irrealistas de entrega de terrenos; así como, instituciones de gobierno débiles; lo cual genera postergación de los plazos de ejecución de las obras por la falta de disponibilidad de los terrenos. Este tipo de renegociaciones no son deseadas porque pueden menoscabar o eliminar los beneficios esperados de una licitación competitiva, como es el contar con la infraestructura disponible en el plazo inicialmente previsto en el contrato de concesión.

En el caso del contrato de la Red Vial N° 6 se advierte que, durante la ejecución del contrato de concesión, han existido retrasos en la entrega de terrenos en la primera, segunda y tercera etapa del proyecto. El presente trabajo de investigación evaluará las causas que originaron el retraso en la entrega de terrenos y el impacto económico causado en la primera etapa del proyecto, al ser la única que se ha concluido a la fecha. Según el contrato original, la conclusión de la entrega de los terrenos de dicha etapa estuvo programada para setiembre de 2007; Sin embargo, a diciembre de 2009 se culminó la entrega de los terrenos del Sub Tramo 3, es decir, 2 años después de lo programado originalmente. Cabe precisar que dicho suceso ha tenido un impacto económico positivo en el concesionario, aspecto que será desarrollado más adelante.

Respecto de la primera etapa del proyecto, en un inicio, el contrato de concesión preveía que debían entregarse los terrenos comprendidos en el subtramo 3 y el subtramo 5; sin embargo, conforme a lo señalado en el Informe N° 347-2008-MTC/25.LV, el nivel de adquisición o expropiación de terrenos en el subtramo 5 fue lento. Por otro lado, conforme a lo señalado en el citado informe, así como en el Informe N° 010-09-GRE-GAL-GS-OSITRAN del 6 de abril del 2009⁶, el subtramo 4, correspondiente a la etapa 2 del proyecto, tenía un gran avance de entrega de terrenos, pues la mayoría de predios eran de propiedad del Estado, específicamente del Ministerio de Agricultura (Minag). Por tal razón, mediante Adenda 2, se decidió modificar el cronograma de entregas de terrenos, considerándose para la primera etapa del proyecto los subtramos 3 y 4. Lo señalado evidencia la existencia de un problema de retraso en la entrega de los terrenos de la primera etapa del proyecto, que no pudo ser solucionado. En vista de ello, el Estado propuso al concesionario cambiar el calendario de ejecución de obras y considerar al subtramo 4 como parte de la primera etapa.

En efecto, según los citados documentos, la demora en la entrega de los terrenos fue el problema principal que afectó la ejecución de la primera etapa de la Red Vial N° 6. Por ello, a continuación, se evaluarán los factores que incidieron en dicho retraso.

2. Factores que contribuyeron en la generación de la problemática de retraso en la entrega de terrenos correspondientes a la primera etapa del proyecto

2.1.Factor 1: Deficiente identificación de los propietarios

2.1.1 Problemática: “La deficiente identificación de propietarios comprendidos en el área de ejecución de la primera etapa del proyecto provocó que los plazos estimados para la transferencia de los predios, estipulado originalmente en el contrato de concesión, no se cumplieran”

La identificación del sujeto pasivo⁷ es un requisito fundamental para concretar los procedimientos de expropiación y trato directo, conforme lo señalado en las normas vigentes

⁶ Ositran señaló en el Informe N° 010-09-GRE-GAL-GS-OSITRAN, del 6 de abril de 2009, que los terrenos de los subtramos 3 y 5, previstos para la ejecución de la primera etapa, se encontraban entregados en un 65,7% y 23,5%, respectivamente. En el subtramo 4, perteneciente al Módulo A de la segunda etapa, el avance de entrega era de 63,8%, pese a que dicho subtramo debía entregarse aún en el año 2014.

⁷ De acuerdo con el numeral 4.11 del artículo 4° del Decreto Legislativo 1192 se define al sujeto pasivo como «[...] el propietario o poseedor del inmueble sujeto a adquisición o expropiación [...]» (p. 559913).

a la fecha de la ejecución de la primera etapa de la Red Vial N° 6⁸. Al respecto, la Ley de expropiaciones, Ley N° 27117, en su artículo 11 (p. 17332) hacía alusión a quienes se consideraban sujetos pasivos y la Ley N° 27628 se remitía a lo señalado en el citado artículo 11° (p. 215298). En dicho artículo se indicó que los sujetos pasivos son el propietario inscrito, el poseedor con más de 10 años, quien adquirió por prescripción adquisitiva o quien tenga título con mayor antigüedad, en caso de duplicidad registral. Asimismo, se indica que cuando el bien no esté inscrito se realizarían las publicaciones correspondientes para que se presente el afectado. Frente a dichas exigencias normativas, el Cofopri tuvo que realizar, primero, el saneamiento legal de los predios afectados por el proyecto con el fin de identificar a los sujetos pasivos de las adquisiciones y expropiaciones, lo cual, entre otros, generó la demora en la entrega de terrenos.

Respecto a la problemática señalada, el concesionario advirtió que uno de los problemas suscitados en la ejecución de la primera etapa era la identificación de los propietarios, tal como advierte en su Carta C.494.08, presentada el 29 de mayo de 2008. Dicha información ha sido corroborada con la entrevista realizada al sub gerente técnico de Coviperú. A continuación se evaluarán los subfactores que incidieron en esta problemática.

a. Subfactor 1. Ausencia de un estudio específico de saneamiento físico legal

De la información contenida en los estudios de ingeniería del proyecto y del Libro Blanco del proceso de selección de la Red Vial N° 6, se observa la ausencia de estudios específicos de saneamiento físico legal que analicen con detalle el estado situacional de los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto. En cambio, sí existió un *Estudio definitivo de ingeniería e impacto ambiental*, elaborado por la Asociación Alpha Consult S.A. (Ayesa) en diciembre del año 1998, que fue transferido al concesionario en el año 2005, al momento de la firma del contrato de concesión, conforme lo señalado en la cláusula 6.2 del citado contrato.

En dicho estudio (tomo I) se señaló el trazo de vía del proyecto y que se estarían afectando 422 viviendas y 85 granjas (tomo V); sin embargo, no hubo una identificación preliminar de

⁸ Ley 27117:

«Artículo 8.- De las Resoluciones

Las Resoluciones a que se refiere el segundo párrafo del Artículo 6 precedente, deberá precisar [...]

b) El sujeto pasivo, de acuerdo al informe expedido por el Registro que corresponda, conteniendo el nombre del propietario de los bienes a expropiar [...] (el subrayado es nuestro, p. 173331).

Ley 27628:

«Artículo 1.- Del procedimiento de adquisición

La adquisición de inmuebles afectados por trazos en vías públicas se realizará por trato directo entre la entidad ejecutora y los propietarios, [...] (el subrayado es nuestro, p. 215298).

propietarios, ni una valorización, ni se señaló el estado de propiedad de los inmuebles. Dicha información hubiera permitido estimar un plazo real de entrega de terrenos en el contrato de concesión. A ello debe agregarse que el *Estudio definitivo de ingeniería e impacto ambiental* fue elaborado 7 años antes de la adjudicación del proyecto. Por ello, era muy probable que los pocos datos consignados en dicho estudio no coincidieran con lo encontrado al momento de realizarse las expropiaciones o el trato directo de los terrenos afectados para la ejecución de la primera etapa del proyecto.

Además, es preciso comentar que de acuerdo con el esquema económico financiero del proyecto, elaborado por Apoyo Consultoría, obrante en el Libro Blanco del proceso de selección, se identificó un plazo de dos años para completar el proceso de expropiación, también se indicó que los terrenos afectados ya habían sido identificados y estaban en proceso de tasación. Sin embargo, dicho plazo no se encontraba debidamente sustentado, pues no se contó con un estudio específico de saneamiento físico legal de terrenos que contuviera el diagnóstico técnico legal, el estado de propiedad de los inmuebles, identificando la naturaleza pública o privada; así como la estimación de la valorización y el cronograma de liberación de interferencias y/o saneamiento, que permitiera estimar los plazos reales de su entrega.

A ello debe agregarse que los decretos supremos N° 059-96-PCM y 060-96-PCM, en los que se enmarca el presente contrato, no exigían al Estado o al concesionario elaborar o presentar estudios detallados de los terrenos afectados por el trazo de la vía.

b. Subfactor 2. Insuficiente y desactualizada información catastral

En el año 2004 entró en vigencia la ley que crea el sistema nacional integrado de catastro y su vinculación con el registro de predios, Ley N° 28294. Según Portillo (2009: 146-147), el catastro tiene como función indicar las características físicas de los predios, las características económicas o el valor catastral del inmueble, entendido como aquel valor determinado por el catastro a partir de los datos obrantes en su base de datos; las características jurídicas del predio, referido a la titularidad dominial o posesoria del predio con un valor informativo o indiciario y no con efectos sustantivos frente a terceros, pues dicha función le corresponde al Registro de Predios. A ello se agrega que el catastro no muestra el valor comercial del predio, sino un valor arancelario, pues dicha información por lo general es usada para determinar el autoevalúo del predio y no con fines de obtener su valor comercial.

Según Vega, experto del Estudio Muñiz, «pese a que en teoría existe un sistema integrado, hay varias entidades públicas que recopilan información catastral, y esto en la práctica genera que no haya siempre información exacta sobre los predios» (*El Comercio* 2016).

De lo señalado se desprende que si bien desde el año 2004 ya se contaba con la Ley N° 28294, aún persistían los problemas relacionados con la identificación del propietario, debido a que la información proporcionada por el catastro tiene carácter referencial, no solo por su desactualización sino porque nuestro sistema registral es de carácter declarativo, a diferencia de Alemania, donde se cuenta con un sistema de carácter constitutivo. Es decir, bajo un sistema declarativo de derecho, las personas no se encuentran obligadas a registrar las transferencias de sus predios para ser reconocidos como propietarios. Lo señalado dificultó la labor de identificación de propietarios o posesionarios de los predios de la Red Vial N° 6, razón por la cual al Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (Cofopri) le tomó mayor tiempo el proceso de saneamiento de los inmuebles y la entrega de los títulos de propiedad a los posesionarios, conforme se había comprometido por medio del Convenio N° 021-2007-MTC/20, de fecha 30 de octubre de 2007.

2.1.2 Cambios normativos en el saneamiento físico legal y marco normativo comparado respecto del catastro

a. Respecto de los estudios específicos de saneamiento físico legal

De manera posterior a la problemática, se observa que en el año 2015 el Decreto Legislativo N° 1224 (ahora Texto Único Ordenado - TUO del Decreto Legislativo N° 1224) y su reglamento han incorporado disposiciones que facultan a iniciar los procedimientos de adquisición o expropiación de manera temprana, es decir, antes de la adjudicación del proyecto. En ese sentido, el literal j del numeral 16.2 del artículo 16 del citado reglamento establece la obligación de contar con un Estudio específico de saneamiento físico legal, que formará parte del informe de evaluación en la etapa de la licitación pública⁹; asimismo, el numeral 16.4 del artículo 16 del citado reglamento, señala que el Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP) establecerá en el Informe de Evaluación la meta respecto a la liberación de predios y áreas que requiere el proyecto para ser adjudicado (p. 60). Para dicho efecto, se establece que el ministerio, Gobierno

⁹ El literal j del numeral 16.2 del artículo 16° del Reglamento del TUO del Decreto Legislativo 1224 señala que el Informe de Evaluación debe contener la «Identificación preliminar, diagnóstico técnico legal y estado de propiedad de los inmuebles, bienes y derechos necesarios para el desarrollo del proyecto, identificando su naturaleza pública o privada, así como, las interferencias y una estimación de su valorización, según corresponda» (p. 60).

regional y Gobierno local puede destinar una partida presupuestal específica para estos fines, incluso antes de que se declare la viabilidad de los proyectos, conforme al numeral 14.3 del Artículo 14 del referido TUO.

En este contexto, se exige la elaboración de un estudio específico de saneamiento físico legal, que contendrá el diagnóstico de terrenos, la identificación de propietarios, las valorizaciones, así como un cronograma de liberación de terrenos, entre otros, con el objeto de solucionar los problemas de retraso en la entrega de los terrenos de los proyectos que serían otorgados en concesión. Sin embargo, como la norma fue emitida recién a fines del año 2015 y modificada en el 2017, no es posible evaluar con exactitud los resultados de dichas disposiciones.

Por otro lado, el Decreto Legislativo N° 1192 ha regulado mayores supuestos de “sujetos pasivos”, con el fin de ir de la mano con el crecimiento vertical de la ciudad (propiedad exclusiva y propiedad común; artículo 8, p. 559914), así como considerar el supuesto del tracto sucesivo (numeral 6.2 del artículo 6, p. 559913) del titular registral, e incluso permitir la posibilidad de ir por trato directo en los casos donde exista discusión del derecho de propiedad, siempre y cuando las partes del litigio lleguen a un acuerdo (artículo 6, p. 559913). Si bien el cambio normativo es importante, pues regula el actuar de las instituciones, no es suficiente porque aún se presentan demoras en los procedimientos de identificación de propietarios.

b. El catastro en Colombia

El problema de identificación de propietarios en la ejecución de proyectos de infraestructura y, en especial, en infraestructura de transportes no solo se presenta en las concesiones peruanas, sino también en otros países (véase anexo 8). Al respecto, el Gobierno colombiano encargó al Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) la conformación, actualización y vigilancia de los procesos catastrales, con el fin que esta entidad defina las características físicas, jurídicas, económicas y fiscales de los predios, de acuerdo con la metodología que considere necesaria para llevar a cabo dicho proceso (Sánchez 2012: 23).

En dicho contexto, se observa que en Colombia han optado por crear mecanismos para combatir las trabas presentadas en el procedimiento de adquisición de predios, empezando por reforzar el catastro asignando a una sola entidad la responsabilidad de su administración, dotándole de herramientas que permitan su constante actualización e interconexión con los registros, con el objeto de brindar seguridad jurídica.

c. Opiniones de Expertos

Se realizaron entrevistas con profesionales para conocer sus opiniones en cuanto a la problemática de la identificación de propietarios.

- Dos de los profesionales entrevistados señalan que si bien el Reglamento del TUO del Decreto Legislativo 1224 contiene mejoras, aún se mantienen los problemas del catastro, como su desactualización y que no muestra el valor comercial del predio sino el valor arancelario, lo cual hubiera permitido que dicha fuente de información sea utilizada para ayudar a referenciar el valor económico de los inmuebles.
- Una de las personas entrevistadas señaló que el Estado debió trabajar primero en el fortalecimiento del catastro y de las instituciones participantes en el proceso de transferencia de terrenos, previo a la emisión de las disposiciones normativas relacionadas con contar con un diagnóstico de saneamiento físico legal, pues, de lo contrario, su efectividad se vería retrasada.

Asimismo, en relación con la experiencia de los sectores en los procesos de adquisición de terrenos y expropiación de manera previa a la adjudicación, comentaron lo siguiente:

- Una de las personas entrevistadas señaló que, en la actualidad, el Estado está incumpliendo con los cronogramas de la liberación de predios proporcionados por las propias entidades. Esta situación genera preocupación porque no se puede determinar una fecha cierta de entrega de terrenos en los contratos de concesión.
- Otra de las personas entrevistadas opinó que debería incorporarse una modificación en la norma para que se requiera el 100% de disponibilidad de los predios antes de la adjudicación de la concesión, siempre y cuando se trate de infraestructuras donde se encuentre delimitada y especificada su área de concesión; como, por ejemplo, una infraestructura aeroportuaria o portuaria. Sin embargo, dicho requerimiento no sería compatible con la infraestructura vial, pues se trata de un trazo de vía extenso, lo cual puede generar distintas complejidades.

Finalmente, se precisa que los cambios normativos emitidos en materia de saneamiento físico legal evidenciarían que la identificación de propietarios en los procedimientos de adquisición y expropiación de terrenos, ha sido un problema transversal suscitado en distintas concesiones en el Perú, entre ellas la Red Vial N° 6. Dichas normas facultan a la realización de la adquisición o

expropiación de terrenos antes de la adjudicación del proyecto. Sin embargo, en nuestra opinión, estas medidas no serían suficientes si previamente el Estado no genera estrategias institucionales orientadas a solucionar primero el problema de nuestro catastro, como lo realizó Colombia.

2.1.3 Propuestas de mejora

1. Para mitigar estos problemas proponemos que el Estado ejecute medidas para la creación de una entidad especializada que refuerce el sistema catastral, tomando en cuenta la experiencia de Colombia en estos temas. En su caso, designó como entidad encargada para administrar su catastro al IGAC, que al año 2014 reportó un avance de 80,4% de predios urbanos actualizados catastralmente y 1.670.335 de predios rurales actualizados (IGAC 2015: 26). Este instituto también es responsable de realizar las valuaciones de los predios, proceso necesario para la ejecución de infraestructuras de proyectos; es decir, en Colombia, las labores de administrar el catastro, realizar las valorizaciones, el saneamiento automático, entre otros, están a cargo del IGAC. Al ser esta una medida de largo plazo, tomará mucho esfuerzo y decisión del Gobierno la creación de una sola entidad responsable de las materias relacionadas con el suelo. Sin embargo, consideramos que su creación es importante para contar con una identificación dominial y geográfica de los predios ubicados en las áreas de los proyectos de infraestructura.
2. Para lograr efectivizar las disposiciones incorporadas en el Decreto Legislativo N° 1192 y el TUO del Decreto Legislativo 1224, así como su reglamento, relacionadas con la posibilidad de que el concedente pueda realizar las labores de adquisición de terrenos y expropiación previo a la adjudicación del proyecto, haremos una breve referencia a los intentos fallidos del Gobierno y, sobre ello, plantearemos una propuesta.

Según la décimo séptima disposición complementaria final del Decreto Legislativo N° 1251 que modifica el Decreto Legislativo N° 1224, «Pronversión, con aprobación de su Consejo Directivo, puede realizar el mapeo de interferencias y evaluar el estado legal de los predios y áreas en aquellas zonas que considere prioritarias para el desarrollo de proyectos de Asociación Público Privadas [...]» (p. 605398). La función de “aprobación” del Consejo Directivo ha sido incluida en su Reglamento de Organización y Funciones; sin embargo, la “ejecución” de dichas labores no se encuentra expresamente atribuida a ninguna unidad orgánica u área operativa que conforma la actual organización de la entidad.

Ahora bien, mediante Decreto Legislativo N° 1333¹⁰, Decreto Legislativo para la simplificación del acceso a predios para proyectos de inversión priorizados, publicado el 6 de enero de 2017, se creó el Proyecto Especial de Acceso a Predios para Proyectos de Inversión Priorizados (APIP, el subrayado es nuestro), como un proyecto especial en ProInversión, que depende del director ejecutivo de ProInversión y tiene una vigencia de 3 años, que puede ser extendida por resolución ministerial del MEF¹¹. Entre las principales funciones del APIP se encuentra: «formular, aprobar y ejecutar de manera progresiva un programa de diagnóstico, saneamiento físico-legal y acceso a los predios comprendidos dentro del ámbito geográfico de ejecución de los proyectos de inversión priorizados, ya sean formales o informales, públicos o privados»¹²; «identificar y reconocer las diversas formas de posesión, ocupación, tenencia y titularidad de predios que se requieran para la ejecución de proyectos de inversión priorizados [e] identificar si los terrenos son de propiedad privada o estatal y, en este último caso, formalizar los derechos de propiedad del Estado a favor del Ministerio, Gobierno Regional y Gobierno Local»¹³.

Asimismo, se le asignó funciones como «declarar la prescripción adquisitiva administrativa y regularizar el tracto sucesivo [...], definir la necesidad de la reubicación de pobladores, coordinando con las entidades respectivas y convocar a las asambleas»¹⁴; sin embargo, estas últimas funciones han generado polémica, en especial de los colectivos de las comunidades campesinas. Ellos argumentan que la APIP posee funciones que exceden las facultades otorgadas por la Ley N° 30506¹⁵ y que, a la vez, vulneran derechos fundamentales de los pueblos indígenas. En dicho contexto, el 25 de mayo de 2017, el Pleno del Congreso de la República aprobó el dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento que deroga el Decreto Legislativo N° 1333 (Proyecto de Ley N° 1217/2016-CR), al considerar que esta vulnera los derechos de las comunidades campesinas y nativas en torno a su propiedad y la determinación del uso de sus territorios (Congreso de la República 2017).

¹⁰ Decreto legislativo que tuvo el objetivo de «establecer disposiciones orientadas a facilitar la ejecución de obras de infraestructura de interés nacional y de gran envergadura que sean priorizadas del listado de la Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30025 y modificatorias y otros proyectos que sean priorizados. En ambos casos, la priorización se realiza por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas y el titular del sector competente, denominándose a efectos de este Decreto Legislativo proyectos de inversión priorizados» (artículo 1, p. 50).

¹¹ Artículo 2 del D.L. N° 1333 (p. 50).

¹² Literal a) del artículo 3 del D.L. N°1333 (p. 50, el subrayado es nuestro).

¹³ Literales b) y c) del artículo 3 del D.L. N°1333 (p. 50).

¹⁴ Literales f) y h) del artículo 3 del D.L. N° 1333 (p. 50).

¹⁵ Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A.

Al respecto, Mario Mongilardi (2017), presidente de la Cámara de Comercio de Lima, señaló: «Esta norma era trascendental para el desarrollo económico del país». Asimismo, enfatizó «la urgente necesidad de disponer de una entidad similar que tenga los mismos cometidos planteados inicialmente, como ejecución de funciones de saneamiento, programas de reubicación, entre otros».

Como consecuencia, es necesario dar forma a una propuesta que contribuya a crear una entidad u organismo que coordine, facilite y ejecute las acciones requeridas para llevar a cabo, a nombre del Estado, el saneamiento físico legal y la liberación de interferencias sobre los predios solicitados para la ejecución de los proyectos de inversión priorizados. En dicho contexto, una propuesta válida sería optar por la conformación de comisiones multisectoriales de carácter permanente¹⁶, en función de la envergadura y características de cada proyecto de inversión, que tenga como finalidad promover el logro del saneamiento físico legal y la liberación de interferencias necesarias para su ejecución. Para ello, deberá considerarse muchas de las propuestas presentadas por el Decreto Legislativo N° 1333, pero con las limitaciones competenciales que corresponda. En ese sentido, podrá articularse desde varios frentes con los diferentes niveles de gobierno subnacional, así como con los organismos públicos especializados –Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp), Superintendencia Nacional de Bienes Nacionales (SBN), Cofopri, etcétera–, con el fin de lograr los objetivos de registro, reubicación de afectados, tasaciones, sensibilización, entre otros, correspondientes.

Por tanto, podemos concluir que, en la actualidad, el marco normativo establecido por el Reglamento del TUO del Decreto Legislativo N° 1224 regula el tratamiento del saneamiento físico legal y la liberación de predios y áreas necesarias para ejecutar los proyectos por APP. Sin embargo, dicha regulación debe ir acompañada de una estrategia operativa manejada por una comisión multisectorial, que agilice las actividades necesarias para que las entidades públicas puedan cumplir con las responsabilidades mencionadas; en caso contrario, el diagnóstico realizado por el OPIP, como pudiera ser ProInversión en algunos casos, solo ayudaría a medir la magnitud de la problemática por tratar, en cuanto al saneamiento y liberación de predios y áreas pendientes, trasladándole la responsabilidad de resolver dicha problemática a la entidad pública concedente.

¹⁶ Conforme al inciso 3 del artículo 36 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, estas son «creadas con fines específicos para cumplir funciones de seguimiento, fiscalización, o emisión de informes técnicos. Se crean formalmente mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y los titulares de los Sectores involucrados. Cuentan con Reglamento Interno aprobado por Resolución Ministerial del Sector al cual están adscritas» (p. 360410).

Esta Comisión multisectorial no solo se encargaría de hacer seguimiento al saneamiento físico legal de los proyectos por adjudicarse, sino también a los proyectos que se encuentran en ejecución. Respecto a los proyectos en ejecución, proponemos que el concedente realice un concurso entre empresas privadas especialistas en labores de adquisición de predios, que se encargarían de realizar las gestiones y las negociaciones con los afectados.

2.2 Factor 2: marco normativo en materia de trato directo y expropiaciones

A continuación se procede a analizar el marco normativo aplicable a la transferencia de predios para la expropiación y adquisición (trato directo) de los terrenos necesarios para llevar a cabo la ejecución de proyectos.

2.2.1 Problemática: “El limitado marco normativo en materia de trato directo y expropiación de los terrenos comprendidos en la primera etapa generó que dichos procesos sean lentos y no permitieran identificar procedimientos específicos para cada caso”

Sobre la expropiación, es preciso señalar que la regulación principal de nuestro país se enmarca en el artículo 70 de la Constitución Política del Perú de 1993, el cual dispone:

«El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio» (p. 16).

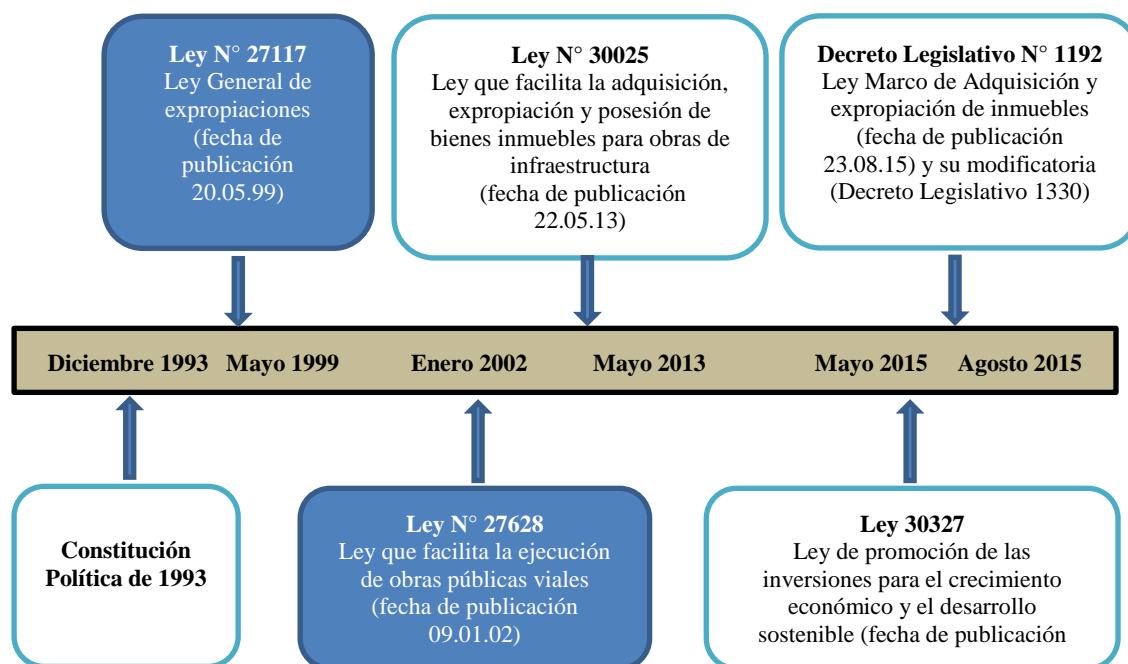
Dentro de este marco se han emitido diversas normas que han regulado la potestad expropiatoria del Estado, conforme se aprecia en el gráfico 3 de la página siguiente.

a. Subfactor 1: ausencia de procedimientos y plazos claramente definidos para el trato directo (adquisición) y la expropiación

En vista de que nuestra evaluación versa sobre la demora de la entrega de los terrenos de la primera etapa del proyecto, corresponde evaluar si las normas vigentes durante la fecha de

formulación y suscripción del contrato, y cuando se configuró la necesidad de llevar a cabo el cumplimiento de la entrega de dichos terrenos, en realidad, fueron un factor determinante en el retraso en la entrega de terrenos. Para ello, analizaremos la Ley N° 27117 y la Ley N° 27628.

Gráfico 3. Marco normativo para la transferencia de predios a favor del Estado



Fuente: Sistema Peruano de Información Jurídica.

a1. Ley N° 27117, Ley general de expropiaciones

Constituye una norma de carácter general, publicada el 20 de mayo de 1999, que regula la materia de expropiaciones, y la define como la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada, que incluya compensación por el eventual perjuicio (artículo 2, p. 173331). En la tabla 4 se presentan sus principales características.

Tabla 4. Características y limitaciones de la Ley N° 27117

Principales características	<ul style="list-style-type: none"> a. La expropiación se autoriza mediante ley, la cual deberá señalar la necesidad pública o seguridad nacional que la justifique. b. Reguló la figura del trato directo <u>como parte del procedimiento</u> de expropiación y procedía solo cuando no existía duplicidad registral o procesos judiciales en que se discuta la propiedad del inmueble. c. El <u>Estado podía ser representado en el trato directo por el concesionario</u>, pudiendo este hacer el pago del justiprecio.
-----------------------------	--

	<ul style="list-style-type: none"> d. La indemnización justipreciada incluía la tasación comercial y la compensación por los daños y perjuicios previamente acreditados (no incluye mejoras posteriores a la publicación de la resolución que aprueba la ejecución de la expropiación). e. La tasación y su actualización era realizada por el Consejo Nacional de Tasaciones (Conata). f. Mediante trato directo <u>se otorgaba al sujeto pasivo un 5% más respecto al valor comercial</u>, por concepto de indemnización justipreciada. g. Establece la vía arbitral como mecanismo potestativo del sujeto pasivo para la revisión del valor del bien expropiado. h. Contempla la facultad que el juez otorgue la posesión provisoria de manera excepcional^{1/}. i. Arbitraje potestativo del sujeto pasivo^{2/}. j. Para el caso excepcional de obras de gran envergadura se establece un procedimiento simplificado que ofrece un mayor monto indemnizatorio (10%).
Limitaciones	<ul style="list-style-type: none"> a. No se reguló disposiciones que permitieran que el concesionario pueda realizar eficientemente el trato directo y como mecanismo alternativo al de la expropiación. b. Regulación genérica del procedimiento del trato directo y la expropiación. c. Para su aplicación era necesaria la participación del Poder Judicial, en el marco de la aplicación de disposiciones contenidas en el Código Civil y Procesal Civil.

1/: El artículo 24 de la Ley N° 27117 dispone que «el Juez de la causa, de manera excepcional y solamente en los casos en que sean estrictamente necesarios para prevenir o corregir los efectos de fenómenos o catástrofes naturales, por razones de seguridad o en los casos de proyectos de gran envergadura a que se refiere la presente Ley, puede otorgar la posesión provisoria del bien a expropiarse a favor del beneficiario [...]» (p. 173333, el subrayado es nuestro).

2/: El artículo 25 de la Ley N° 27117 dispone que «el sujeto pasivo puede cursar una comunicación al sujeto activo, indicándole su decisión de acudir a un arbitraje, con el objeto de resolver las siguientes pretensiones relativas a la expropiación: a) Revisión del valor objetivo del bien expropiado; b) Determinación de la reparación por los daños y perjuicios que se generen para el sujeto pasivo; y c) La solicitud de expropiación total del bien, en los casos que el sujeto activo pretenda una expropiación parcial» (p. 173333).

Fuente: Ley N° 27117.

a2. Ley N° 27628, Ley que facilita la ejecución de obras públicas viales

Norma de carácter específico, publicada el 9 de enero de 2002, enfocada en promover la ejecución de obras públicas viales. Las principales características y limitaciones se muestran en la tabla 5.

Tabla 5. Características y limitaciones de la Ley N° 27628

Principales características	<ul style="list-style-type: none"> a. Intenta <u>independizar al procedimiento del trato directo</u> de las expropiaciones, precisa que esta será realizada entre la entidad ejecutora y los propietarios, permitiendo la obtención de predios de manera voluntaria^{1/}. b. <u>La tasación comprende el valor comercial</u> (en el año 2013 se agregan las mejoras y una indemnización por el perjuicio causado). c. <u>El valor de tasación sigue siendo fijado por la Conata</u> (hasta el año 2013, donde se cambia a la Dirección Nacional de Construcción del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento). d. Para el procedimiento de trato directo se dispone que se pueda otorgar, de manera adicional, un <u>incentivo del 10% del valor comercial</u> (en 2012 se modifica el incentivo y se agrega que será el 10% del valor comercial y las mejoras). e. Se facultó al concesionario a efectuar el trato directo para la adquisición de los inmuebles. f. Se facultó al Cofopri para ejecutar el saneamiento físico legal de predios.
Limitaciones	<ul style="list-style-type: none"> a. No se reguló procedimientos detallados para el trato directo ni la expropiación. b. No estableció plazos que especificaran el procedimiento de trato directo. c. No se reguló disposiciones para que el concesionario pueda realizar el trato directo.

1/: Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1192.

Fuente: Ley N° 27628.

Como se puede observar, las leyes N° 27117 y N° 27628 establecieron un marco legal escaso en cuanto a procedimientos claramente definidos, diferenciados (trato directo versus expropiación) y plazos normativos que contribuyeran a agilizar el actuar de los operadores para garantizar la transferencia oportuna de los terrenos. Estos aspectos se debieron mitigar de manera preliminar a la suscripción de los contratos de concesión, aún más para el caso del trato directo. Al respecto, Barrionuevo y Watanabe (2015) sostienen que «[...] el trato directo es el mecanismo más eficiente para obtener la propiedad de los predios afectados».

2.2.2 Evolución del marco normativo

De manera posterior a la configuración de la problemática descrita, se emitieron la Ley N° 30025, la Ley N° 30327 y el Decreto Legislativo N° 1192, con el objetivo de establecer disposiciones para impulsar la inversión y facilitar la adquisición y expropiación de terrenos. Por ello, corresponde analizar y obtener indicios de si dicha problemática se ha reducido al instaurarse procedimientos y plazos con la normativa emitida de manera posterior a su configuración.

a. Ley N° 30025, Ley que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de bienes inmuebles afectados para la ejecución de diversas obras de infraestructura

Publicada el 22 de mayo de 2013, tiene un ámbito de aplicación distinto al de la Ley N° 27628 (solo aplicaba a proyectos viales), toda vez que buscó «[...] establecer medidas que faciliten el procedimiento de adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles que se requieren para la ejecución de obras de infraestructura declaradas de necesidad pública, interés nacional, seguridad nacional y/o de gran envergadura, así como de las obras de infraestructura concesionadas o entregadas al sector privado a través de cualquier otra modalidad de asociación público-privada» (pp. 495193-495194, el subrayado es nuestro). Asimismo, modifica las disposiciones contenidas en la Ley N° 27628 con el objetivo de reforzarla (p. 495199). Las principales disposiciones contenidas en la Ley N° 30025 pueden apreciarse en la tabla 6.

Tabla 6. Principales disposiciones contenidas en la Ley N° 30025

Principales características	<p>a. Se considera al <u>trato directo</u> como una de las etapas de la expropiación.</p> <p>b. <u>La tasación comprende el valor comercial</u>, las mejoras o cultivos y una indemnización por el perjuicio causado, esta modificación se agrega en la Ley N° 27628. Se incluye, además, el resarcimiento de los gastos tributarios, incluyendo gastos notariales y registrales.</p> <p>c. <u>El valor de tasación es fijado por la Dirección Nacional de Construcción del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento</u>. Esta disposición es incorporada mediante una modificación a la Ley N° 27628.</p> <p>d. Para el procedimiento de trato directo se dispone el otorgamiento, de manera adicional, de un <u>incentivo del 10% del valor comercial y las mejoras o cultivos</u>.</p> <p>e. Se dispone que el <u>concesionario o inversionista privado efectúe la implementación, gestión y culminación del procedimiento de adquisición por trato directo</u>, dándosele así mayor intervención al inversionista en el proceso de transferencia de bienes inmuebles a favor del Estado. Esta disposición es incorporada mediante una modificación a la Ley N° 27628.</p> <p>f. El sujeto activo puede realizar el reembolso (valor de adquisición del inmueble y gastos incurridos, estos últimos deben estar dentro de los límites previamente convenidos) a favor del inversionista.</p> <p>g. Una vez que el inversionista informe el agotamiento de la vía de trato directo sin éxito, procede la expropiación por vía arbitral o judicial.</p> <p>h. En cualquier estado del proceso, el tribunal arbitral o la autoridad judicial pueden otorgar la posesión provisoria.</p> <p>i. Se refuerzan disposiciones relacionadas con el lanzamiento y descerraje en caso de oposición del sujeto pasivo en entregar el bien inmueble.</p> <p>j. Regula la transferencia de inmuebles entre entidades públicas, disponiendo el lanzamiento en caso de negativa.</p> <p>k. Se facultó nuevamente a Cofopri para ejecutar el saneamiento físico legal de predios, incluyendo rectificación de áreas, de predios de dominio privado del Estado o particulares. Esta facultad puede ser ejercida también por la SBN.</p> <p>l. Declara de necesidad pública la ejecución de 147 obras de infraestructura de interés nacional y de gran envergadura; en consecuencia, autoriza su expropiación (entre las cuales se encuentra la Red Vial N° 6). Esta disposición sigue vigente.</p> <p>m. Dispone que el sujeto activo o ProInversión, de ser el caso, durante la formulación del proyecto, deben contar con el Plan de saneamiento físico legal de los predios por expropiarse, que comprende la elaboración del correspondiente diagnóstico y de la estrategia de saneamiento.</p> <p>n. Dispone que la Oficina de Patrimonio realice la fiscalización del cumplimiento de las disposiciones de esta norma.</p> <p>o. Dispone que, previo al trato directo, las entidades deben contar con los recursos necesarios en su presupuesto institucional.</p>
Limitaciones	<p>a. La norma no es de aplicación general, pues solo aplica para proyectos de interés nacional y gran envergadura</p> <p>b. Coexistencia de diversos marcos normativos: la Ley N° 27117, la Ley N° 27628 y la Ley N° 30025.</p>

Fuente: Ley N° 30025

b. Ley N° 30327, Ley de promoción de las inversiones para el crecimiento económico y el desarrollo sostenible

Publicada el 21 de mayo de 2015, establece el procedimiento de expropiación aplicable a los bienes inmuebles requeridos para la ejecución de las obras contenidas en la quinta disposición complementaria final de la Ley N° 30025, que estén a cargo del Gobierno nacional. En la tabla 7 se presentan sus principales características y limitaciones.

Tabla 7. Principales disposiciones contenidas en la Ley N° 30327

Principales características	<ul style="list-style-type: none"> a. Establece el procedimiento y plazos de la expropiación desde la identificación de los bienes afectados que se requerirán para la ejecución de las obras de infraestructura, hasta la inscripción registral del bien a favor del sujeto activo ante el Registro de Predios de la Oficina Registral correspondiente (art. 30). b. El sector correspondiente expide la resolución ministerial que aprueba la ejecución de expropiación del bien y el valor total de la tasación (art. 30). c. El cuestionamiento del valor total de tasación no suspende el procedimiento de expropiación ni el procedimiento de ejecución coactiva (art. 34). d. Establece disposiciones para el fortalecimiento del procedimiento de ejecución coactiva, toda vez que la resolución ministerial mencionada señala que en el plazo de 30 días hábiles de notificada dicha resolución al sujeto pasivo, este deberá entregar el bien materia de expropiación. De no ser así, el sector correspondiente debe iniciar el procedimiento de ejecución coactiva. De mantenerse renuente el sujeto pasivo, el ejecutor coactivo ordena la ejecución de lanzamiento contra todos los ocupantes y bienes que se encuentren en el predio. Para tal fin, se dispone que las autoridades policiales y municipales encargadas de la seguridad prestan su apoyo inmediato, bajo sanción de destitución.
Limitaciones	<ul style="list-style-type: none"> a. La norma no es de aplicación general, pues solo aplica para proyectos de interés nacional y gran envergadura. b. Coexistencia de diversos marcos normativos: la Ley N° 27117, la Ley N° 27628, la Ley N° 30025 y la Ley N° 30327.

Fuente: Ley N° 30327.

c. El Decreto Legislativo 1192, Decreto legislativo que aprueba la ley marco de adquisición y expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura

Fue publicado el 23 de agosto de 2015, y tiene como finalidad agilizar la ejecución de la inversión público privada mediante la obtención oportuna de los terrenos necesarios para la ejecución de las obras públicas y obras de gran envergadura¹⁷. Asimismo, dicha norma establece que es de interés público primordial la adquisición y expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado y liberación de interferencias para la ejecución de obras de infraestructura.

En la actualidad, el Decreto Legislativo N° 1192 ha sistematizado la normativa anterior y regulado con mayor detalle el procedimiento de adquisición (trato directo) y expropiaciones, estableciendo plazos para los actores. Sus principales características y limitaciones se muestran en la tabla 8.

¹⁷ Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1192.

Tabla 8. Principales disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 1192

Principales características	<ul style="list-style-type: none"> a. Distingue el procedimiento de “adquisición o trato directo” del procedimiento de expropiación. b. Para el procedimiento de trato directo, se dispone que el valor total de tasación pueda agregar un 20% del valor comercial y las mejoras. c. Se incorpora la figura del valor estimado del inmueble, con el fin de habilitar pagos anticipados al sujeto pasivo para obtener la posesión anticipada del inmueble. d. En caso de existir discusión de la propiedad, se efectuará la consignación judicial. e. Se autoriza al Ministerio de Transportes y Comunicaciones la inaplicación, hasta el 31 de diciembre del 2019, de la Ley N° 30225, Ley de contrataciones del Estado de los servicios que se requieran en el marco de D.L. 1192. Esto ha permitido la realización, de una manera más ágil, de las contrataciones de los servicios vinculados a los procesos de identificación de sujetos pasivos y la elaboración de los expedientes técnico-legales para la tasación del valor del inmueble.
Trato directo	<ul style="list-style-type: none"> a. El trato directo no se encuentra sujeto a la emisión de la ley que autorice la expropiación, puede ser realizado antes o después de dicho acto. b. Se incorpora la posibilidad de realizar actos preparatorios para obtener la posesión anticipada del bien, efectuando el pago hasta del 50% del valor estimado del inmueble, que será considerado como pago a cuenta del valor de tasación. c. Se incorpora el procedimiento de Carta de Intención de Adquisición (adjunta el informe técnico de tasación y el 20% de incentivo). Asimismo, se verifica la disponibilidad presupuestal; si el sujeto pasivo acepta, se formaliza la aprobación de la tasación mediante resolución ministerial, delegable. d. Se incorpora la figura de la adquisición a cargo del inversionista privado, en los casos que el Estado no pueda entregar la totalidad de los predios al cierre del proceso de promoción privada. Se señala que el inversionista realizará los expedientes técnicos durante la elaboración del estudio definitivo de ingeniería. e. Habilita a que el contrato de concesión disponga que es obligación del concesionario la liberación por trato directo. En estos casos, los costos son asumidos por el inversionista e incorporados dentro de la oferta durante el proceso de promoción de la inversión privada; o pueden ser asumidos por el Estado, conforme lo regule el contrato. f. El Estado reembolsará, en un plazo de 30 días, el valor de adquisición y otros gastos acreditados. Este reembolso no podrá superar el límite establecido por el sujeto activo en el contrato de concesión o acuerdo realizado con el inversionista. g. Una vez que se haya agotado las gestiones para adquirir el inmueble por adquisición, se inicia el procedimiento de expropiación.
Expropiación	<ul style="list-style-type: none"> a. Señala que se debe emitir una ley autoritativa de expropiación. b. Mediante resolución ministerial se aprueba la ejecución de la expropiación, el valor de la tasación, la orden de consignar en el Banco de la Nación el monto del valor de tasación y la orden de desocupación (10 días hábiles para bienes desocupados y 30 días hábiles para bienes ocupados).

Fuente: Decreto Legislativo N° 1192.

El Decreto Legislativo N° 1192 busca definir el procedimiento de trato directo y expropiación, incorporando plazos y procesos regulados que permitan dotar de predictibilidad a dichos trámites. En vista que en la actualidad es posible contabilizar el procedimiento por trato directo, este tendría una duración de aproximadamente 11 meses; mientras que la expropiación tomaría un plazo aproximado de 12 meses (véase el anexo 2). Asimismo, se advierte la intención del Estado de reforzar el procedimiento de trato directo, dándole cierta autonomía frente a la figura de expropiación, contemplando la posibilidad de realizar tratos directos, incluso antes de emitirse la ley que declare de necesidad pública la

expropiación. Ello, dada la naturaleza de este procedimiento, pues el trato directo debe ser visto como una enajenación directa, donde no necesariamente se requiere el *Ius Imperium* del Estado, como ocurre en el caso de las expropiaciones.

Además, se ha establecido recién, mediante el Decreto Legislativo N° 1192, que la oportunidad para realizar el saneamiento físico legal, tratándose de obras de infraestructura por ser ejecutadas mediante el mecanismo de APP, y las gestiones para la adquisición de los inmuebles (trato directo) se pueden iniciar, a más tardar, con la declaratoria de viabilidad en el marco del SNIP. En el caso de las APP autosostenibles, se pueden iniciar a más tardar con los estudios desarrollados para la etapa de diseño del proyecto, considerando la naturaleza y características del proyecto. Sin embargo, a la fecha de suscripción del contrato, dicha estipulación no se encontraba establecida.

Asimismo, con la publicación del Decreto Legislativo N° 1192, queda establecido que el organismo promotor de la inversión privada evalúa y determina en los respectivos contratos de APP, el régimen aplicable a las adquisiciones de inmuebles por parte del inversionista. Si el contrato lo dispone, el inversionista efectúa la implementación, gestión y/o culminación del proceso de adquisición por trato directo y liberación de interferencias. En dicho caso, el inversionista privado se obliga a obtener la propiedad del inmueble, a favor del beneficiario, mediante adquisición por trato directo.

Si bien los antecedentes de la participación del inversionista o concesionario en el proceso del trato directo no es algo nuevo, recién en el año 2015, cuando se publica el Decreto Legislativo N° 1192, dichas disposiciones se recogen en un marco normativo sistemático. Este permite incorporar, de manera clara, dichas condiciones en los nuevos contratos de APP y darle un tratamiento mucho más oportuno al saneamiento físico legal.

Cabe señalar que, a la fecha de suscripción del contrato de concesión materia de estudio, solo se encontraba vigente la Ley N° 27117 y la Ley N° 27628. Sin embargo, dichos marcos normativos no regulaban el detalle de los procedimientos y los plazos para llevar a cabo el trato directo y la expropiación. Así, se emitieron con posterioridad otras normas, tales como la Ley N° 30025, la Ley N° 30327, entre otras normas de carácter específico y cuya aplicación coexistía con el resto de normas precedentes (véase el anexo 3), lo cual mostraría los intentos del Estado por impulsar las inversiones y establecer medidas que regulen el trato directo y la expropiación con mayor detalle. Finalmente, con el Decreto Legislativo N° 1192, se sistematiza el marco normativo vigente, difuso y engorroso, que existía hasta el año 2015.

Al respecto, la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1192 señala que «[...]en el Perú los problemas de las expropiaciones generan retrasos en las inversiones e incremento de costos que generalmente asume el Estado». En ese sentido, dicho documento muestra el compromiso de inversión y el avance de los proyectos carreteros, tales como la Red Vial N° 6, la Red Vial N° 4, la Autopista del Sol y la IIRSA Centro Tramo 2 a marzo de 2015, y muestra además la existencia del retraso en las inversiones producido por las expropiaciones pendientes, como se aprecia en la tabla 9.

Tabla 9. Compromisos de inversión y avance de los proyectos carreteros (a marzo de 2005)

Proyecto	Fecha de inicio	Compromiso de inversión (US\$ MM c/IGV)	Avance a la fecha (%)	Retraso
Red Vial N° 6	2005	293,9	36,50%	Expropiaciones
Red Vial N° 4	2009	286,2	44,80%	Expropiaciones/interferencias
Autopista del Sol	2009	329,7	21,20%	Expropiaciones/interferencias
IIRSA Centro Tramo 2	2010	127,2	1,20%	Expropiaciones

Fuente: Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1192.

En dicho contexto, se evidencia la necesidad que existía de establecer procedimientos y plazos claros para el tratamiento de las transferencias de terrenos mediante trato directo o expropiación, a partir de la sistematización de la normativa vigente hasta antes de 2015. Ello con el objetivo de conseguir el impulso de las inversiones, las cuales se encontrarían retrasadas por causas de las expropiaciones pendientes, como se observa en la tabla 9.

Hoy, a más de dos años de la publicación del Decreto Legislativo N° 1192, se puede apreciar un avance de los proyectos mencionados en la exposición de motivos que sustenta el Decreto Legislativo N° 1192 (véase la tabla 10 en la página siguiente).

De manera preliminar, según los porcentajes mostrados, se puede observar una respuesta positiva del avance en la ejecución de los contratos de concesión de los proyectos mencionados, entre febrero a agosto de 2017. Sin embargo, hace falta que la implementación del Decreto Legislativo N° 1192 brinde resultados mucho más contundentes.

Tabla 10. Porcentaje de cumplimiento de las concesiones

	Febrero 2017	Agosto 2017
Red Vial N° 6	39,6%	40,4%
Red Vial N° 4	61,1%	61,1%
Autopista del Sol	31,6%	36,7%
IIRSA Centro Tramo 2	15,3%	70,0%

Fuente: Ositran, 2017a, c.

Al respecto, en opinión de uno de los funcionarios entrevistados, la emisión del Decreto Legislativo N° 1192 ha facilitado la identificación de los procesos que forman parte del procedimiento de trato directo y expropiación. Esto a su vez ha facilitado la labor de seguimiento realizada por el Equipo especializado de seguimiento a la inversión del Ministerio de Economía y Finanzas, toda vez que le permite medir el nivel de progreso en la entrega de terrenos que tiene el Estado de las concesiones priorizadas por el MEF, entre las cuales se encuentra la Red Vial N° 6. Señalando que a setiembre de 2017, dicha concesión, para los tramos 3, 4, 5 y 6, tiene pendiente la elaboración de los expedientes técnicos para la tasación de 418 terrenos.

En este sentido, se puede notar los esfuerzos del Estado por el establecimiento de un marco normativo que regule con mayor detalle los procedimientos y plazos para realizar el trato directo y la expropiación, mediante la publicación de, principalmente, la Ley N° 30025, la Ley N° 30327 y el Decreto Legislativo N° 1192. Este último es de gran importancia, toda vez que aportó a la sistematización de la normativa antecedente con el fin de promover marcos legales claros y actualizados, que faciliten la inversión y contribuyan con su desarrollo, mediante la entrega oportuna de terrenos.

2.2.3 Propuestas de mejora

Si bien se reconoce que el Decreto Legislativo N° 1192 ha incorporado mejoras importantes en materia de trato directo y expropiación, se considera que dicha norma por sí sola no es suficiente para garantizar una eficiente transferencia de terrenos, siendo necesario que, a su vez, se generen condiciones y estrategias múltiples que garanticen el cumplimiento efectivo de las disposiciones normativas establecidas. En dicho contexto, el Decreto Legislativo N° 1192 puede ser perfeccionado aún más, por lo que proponemos las siguientes incorporaciones:

- Agregar la posibilidad que la aprobación de la ejecución de la expropiación (propriadamente dicha), la tasación y el pago pueda ser delegable, como es en el caso del trato directo, toda vez que actualmente solo se da por Resolución Ministerial. Aún más, si se tiene en cuenta que el monto de tasación no contendría el incentivo del 20% adicional. Sin perjuicio de la ley autoritativa de la expropiación, establecida en la Constitución, que se deba gestionar previamente¹⁸.
- Cabe agregar que será de gran importancia que el Decreto Legislativo N° 1192 incorpore la posibilidad de desconcentrar y/o delegar mayor cantidad de facultades atribuidas actualmente al ministro, siempre que no sean privativas de su función, a fin de agilizar las gestiones internas necesarias para la transferencia de terrenos, en concordancia con el artículo 25 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; y el artículo 74 y 76 del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento administrativo general.

2.3 Factor 3: asignación de riesgos e identificación de incentivos

2.3.1 Problemática: “El inadecuado análisis de los riesgos referidos a la transferencia de los terrenos comprendidos en la primera etapa del proyecto generó que estos no fueran mitigados oportunamente, ni por el agente que estaba en las mejores condiciones para hacerlo”

a. Subfactor 1. La matriz de riesgos no distinguió el riesgo de adquisición del riesgo de expropiación

Durante la ejecución de un contrato de concesión pueden presentarse eventos que fueron considerados inciertos en la fase de su diseño, los cuales de presentarse generarían desequilibrios contractuales que harían peligrar su continuación. Por tanto, desarrollar una adecuada identificación de los riesgos asociados a un contrato de concesión, durante la fase de diseño, tiene un impacto significativo para lograr el éxito en la culminación del mismo. Sin embargo, debe identificarse además al agente a quien se le asignará cada uno de los riesgos. Para ello, se debe realizar un análisis profundo sobre las capacidades que tienen los agentes involucrados en el contrato para mitigar, adecuada y oportunamente, cada riesgo identificado.

¹⁸ Esta propuesta se realiza en el marco del análisis del numeral 20.4 del artículo 20, el artículo 27 y el numeral 28.1 del artículo 28 del Decreto Legislativo N° 1192.

Sobre la asignación del riesgo, Barrantes (2009: 331) señala:

«[...] podrían ser compartidos en diferente medida por los agentes involucrados, es decir, por consumidores, inversionistas privados y el gobierno. Sin embargo, la recomendación eficiente para la asignación de riesgos entre los agentes depende del grado en que el agente puede influir en el resultado del riesgo, es decir, puede controlarlo; así como el grado en que el agente puede sobrellevarlo, es decir, cuál agente lo soporta al menor costo posible».

En este marco, una herramienta utilizada en la fase de diseño de contratos de concesión es la matriz de riesgos. En ella no solo se identifican aquellos asociados al contrato, sino también se evalúa qué agente (concedente o concesionario) tendría la mejor capacidad para mitigarlo.

En dicho contexto, la fase de asignación de riesgos es muy importante porque, una vez identificados estos, así como los responsables de su mitigación, un adecuado contrato de concesión debiera identificar también un conjunto de incentivos capaces de promover que el agente a quien se le asignó la mitigación de un riesgo, lo realice de manera efectiva. Sin embargo, este aporte de la matriz de riesgos en el diseño del presente contrato habría sido desarrollado obviando el hecho de que su adecuado desarrollo es una buena oportunidad para asegurar el éxito y la ejecución efectiva de una concesión.

Cabe precisar que en el período del diseño de este contrato (2004-2005), la experiencia de nuestro país en cuanto a la elaboración de la matriz de riesgos era limitada. Como consecuencia, el análisis de riesgos desarrollado en este contrato fue superficial. Así, en la matriz correspondiente a esta concesión (véase el anexo 4) se identificaron seis tipos de riesgos. El riesgo de expropiación se consideró dentro del riesgo de construcción. Es decir, dicho riesgo se conformaba por (i) los incrementos de costos, (ii) el inicio de la recaudación del peaje, (iii) fuerza mayor y (iv) *los retrasos en la obtención de permisos, expropiaciones y otros*. En vista de que este último es de responsabilidad del concedente, se señala como medida de mitigación la inclusión de una cláusula en el contrato de concesión, en el caso de presentarse algún inconveniente.

Con relación a las cláusulas del contrato de concesión motivo de análisis, referidas al riesgo de entrega de los terrenos, se advierte lo siguiente:

«Cláusula 5.1:

Todos los bienes que el CONCEDENTE esté obligado a entregar a la SOCIEDAD CONCESIONARIA bajo este Contrato, incluyendo pero sin estar limitados a terrenos, predios y demás inmuebles, deberán ser entregados por el CONCEDENTE libre de cargas y gravámenes, libre de personas u otros ocupantes, así como de cualquier otro tipo de afectación [...].

Cláusula 5.14

El CONCEDENTE está obligado a poner a disposición de la SOCIEDAD CONCESIONARIA, las áreas de terreno que correspondan al Área de la Concesión y al Derecho de Vía, en los plazos a los que se refiere la Cláusula 5.2.» (ProInversión 2005: 28 y 33).

Asimismo, mediante la Adenda N° 9, suscrita el 1 de diciembre de 2016, se incorporó la cláusula 5.2.A al contrato de concesión, a efectos de encargar algunos aspectos a la sociedad concesionaria, tal como se indica a continuación:

«Cláusula 5.2.A:

Previo acuerdo suscrito por las Partes, la SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá encargarse de formular los expedientes individuales de los predios afectados por el Área de Concesión y/o el Derecho de Vía (de acuerdo a los términos de referencia elaborados por el CONCEDENTE) así como respecto de la adquisición de terrenos y/o predios.

[...]

De ninguna forma la colaboración que sea prestada por parte de la SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá ser considerada como una variación en la asignación de riesgos del Contrato de Concesión, por lo que el riesgo respecto de la entrega de terrenos en los términos y condiciones previstos en el Contrato se mantiene en el CONCEDENTE» (MTC 2016: 4).

De lo anterior se concluye que el contrato originalmente suscrito asignó el riesgo de expropiación (transferencia de terrenos) al concedente, sin realizar una distinción entre el riesgo de expropiación y el riesgo de adquisición de terrenos porque, en ese entonces, el marco normativo concebía a la adquisición o trato directo como parte del proceso para llegar a la expropiación. Luego, con la Adenda N° 9 se otorga al concesionario la posibilidad de realizar expedientes individuales y adquisición de terrenos, aunque el riesgo de expropiación se mantuvo a cargo del concedente.

En la actualidad, en el marco normativo peruano, la “expropiación de terrenos” ha sido institucionalizada a partir de los “Lineamientos para la asignación de riesgos en los contratos de asociaciones público privadas”, aprobados por el MEF, mediante Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15, de fecha 31 de mayo de 2016. En dicho documento se indica que esta variable requiere una evaluación particular para el diseño de un contrato de APP. Entre otras cosas, se señala «[...] con respecto a la gestión, es importante resaltar que el concesionario puede ser más eficiente que el concedente agilizando los trámites por lo que en determinadas circunstancias debe evaluarse la conveniencia de que parte del riesgo de expropiaciones pudiera ser compartido trasladándose al concesionario la gestión [...]» (p. 6; el subrayado es nuestro).

Además, es importante considerar que el análisis de la “expropiación de terrenos” se ha perfeccionado en otros países en cuanto a nivel y profundidad. Así, por ejemplo, según Rojas y Morales (2014), en el caso colombiano se tuvo lo siguiente:

«Para la primera generación de Concesiones, este riesgo le correspondía a la Entidad, quien se encargaba de los trámites y compra de los predios [...] transfiriendo al Concesionario la tarea de realizar la gestión predial.

Para los Proyectos de segunda generación, se definió que el INVIAS¹⁹ sería responsable de la adquisición de los predios requeridos para la ejecución del Proyecto, para tal efecto, el INVIAS debería celebrar los Contratos de promesa de venta, compraventa, servidumbre o demás Contratos o acuerdos que permitieran la ocupación de los predios para los fines del Proyecto y/o realizar los procesos de expropiación necesarios para garantizar que el Concesionario tuviera la disponibilidad de ocupar los predios, para efectos de la ejecución del Proyecto.

En los Contratos de tercera generación, empezó a asignarse la Gestión Predial al Concesionario, mientras que el riesgo por mayor valor de los Predios, se compartió, correspondiéndole al Concesionario asumir un porcentaje del 30% del mayor costo de predios; a su vez, la Entidad asumía los valores que sobrepasaran ese 30%.

Para la cuarta generación, [...] la adquisición de los Predios estará a cargo del Concesionario, siendo la Gestión Predial obligación y responsabilidad del Concesionario» (Rojas y Morales 2014: 218-219).

¹⁹ Instituto Nacional de Vías, entidad encargada de estructurar y gestionar proyectos de infraestructura de transporte a nivel nacional en Colombia. La nota es nuestra.

En este marco, y sobre la base de lo encontrado respecto de la evaluación del riesgo de expropiación de la Red Vial N° 6, se puede concluir lo siguiente:

- i. El riesgo de expropiación de terrenos no fue identificado como una variable relevante para esta concesión. Prueba de ello es que no fue analizada de manera independiente, sino como parte del riesgo de construcción.
- ii. En el período de diseño de este contrato no existían lineamientos, directivas, pautas o instrumentos metodológicos, que orientaran a los estructuradores de los contratos de concesión a realizar un adecuado análisis del riesgo de transferencia de terrenos.
- iii. El caso colombiano pasó por las siguientes etapas: (i) identificación de la transferencia de predios como una variable importante dentro de la matriz de riesgos; (ii) realización de un análisis particular de este proceso, diferenciando el riesgo de adquisición del riesgo de expropiación de predio; y (iii) elaboración de modelos para la asignación del riesgo de adquisición al concesionario. De esta ruta, el caso peruano se encuentra aún en la fase inicial, es decir, recién se ha identificado la importancia de medir el riesgo de la expropiación de terrenos, por lo que corresponde incluir las buenas prácticas de otros países en el diseño de nuestros contratos; en especial, en lo referido a delegar el riesgo de adquisición al concesionario, aspecto que se desarrollará más adelante.

b. Subfactor 2. El diseño del contrato no identificó incentivos/penalizaciones entre el concedente y concesionario para la transferencia oportuna de los terrenos

- **Ausencia de incentivos en el concedente**

Durante la ejecución del contrato de la Red Vial N° 6 se encontró que los procedimientos de adquisición y expropiación, por parte del concedente, se iniciaron de manera tardía. Ello se corrobora en el Convenio N° 21-2007-MTC/20, suscrito el 30 de octubre de 2007 entre el MTC y Cofopri, en el cual se le encarga a este último la realización del saneamiento físico legal de 862 predios urbanos y rurales; y la elaboración del expediente técnico legal del proyecto. Es decir, una vez vencido el plazo original para la entrega del 100% de los predios de la primera etapa (setiembre 2007), el concedente recién encargó la transferencia de predios al Cofopri, a pesar de que desde enero de 2002 el MTC ya contaba con la facultad normativa de celebrar un convenio con Cofopri para dichos fines (tercera disposición final

transitoria y complementaria de la Ley N° 27628, p. 215298). El concesionario corrobora esta información mediante Carta C.494.08, de fecha 29 de mayo del 2008, en donde señala que hasta ese momento no se había iniciado la transferencia del subtramo 5. Es decir, 8 meses después de vencido el plazo contractual, el Estado aún no había iniciado la transferencia de predios de este subtramo.

En opinión de uno de los funcionarios entrevistados, lo anterior se habría originado porque los profesionales a cargo del proceso de transferencia de predios no contaban con la experiencia técnica necesaria para desarrollar, de manera oportuna y eficiente, este proceso. Además, como el procedimiento de saneamiento físico legal no se analizó de manera adecuada durante el diseño del contrato, tampoco se previó el impacto que podría generar en su ejecución las demoras en la entrega de los predios.

Para efectos de complementar esta opinión, señalamos que si bien el desconocimiento de este procedimiento habría generado la problemática indicada por el entrevistado, hoy, los aspectos referidos al saneamiento físico legal sí son considerados relevantes. Sin embargo, a nuestro parecer, este es solo el punto de partida pues además, se deben identificar incentivos para que los funcionarios públicos a cargo de estas gestiones desarrollen sus labores de manera oportuna, y para que el concesionario apoye los esfuerzos desarrollados por el concedente en este aspecto. Al respecto, el contrato materia de análisis no previó la consideración de tales incentivos.

- **Ausencia de incentivos en el concesionario**

El contrato de concesión de la Red Vial N° 6 no estableció cláusulas que generaran incentivos para que el concesionario coadyuve a la entrega oportuna de los terrenos, ni para que ejecute las obras en los plazos previstos. Por el contrario, al presentarse el retraso en la entrega de los terrenos se originó un desfase en las fechas de inicio de ejecución de la primera etapa, beneficiando al concesionario porque no realizó las inversiones pactadas, a pesar de que venía percibiendo ingresos por concepto de peajes.

Por otro lado, este retraso originó también que no gatillara el inicio del cobro de la tarifa de US\$ 1,50 (sin IGV) en el plazo originalmente previsto en el contrato (setiembre de 2009)²⁰, el cual estaba pactado en la fecha de culminación de la primera etapa. Esta situación fue sometida a opinión del Tribunal Arbitral por parte de concesionario, quien señaló que el retraso en la entrega de terrenos generó una tarifa menor a la que hubiera cobrado, si el concedente hubiera cumplido con entregar los terrenos de manera oportuna. El Tribunal Arbitral lauda a su favor y como consecuencia se generaron ganancias adicionales e inesperadas para el concesionario. A continuación, se evaluarán estos dos escenarios:

Impacto del desfase en la fecha de inicio de las obras asociadas a la primera etapa del proyecto en la rentabilidad del concesionario

Para estimar el impacto generado, se parte del siguiente escenario:

- (1) Se consideró la información incluida en el Informe N° 007-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN, elaborado por el Ositran (véase la tabla 11).

Tabla 11. Variables consideradas para la estimación del impacto

Inversión programada	Millones de US\$	Millones de S/
Primer año (con IGV)	26,44	87,47
Segundo año (con IGV)	36,23	119,86
Tipo de cambio a setiembre 2005 ^{1/}	3,30	
WACC (anual)	10,0%	
WACC (mensual) ^{2/}	0,8%	

1/: BCRP, s.f.

2/: Estimación realizada sobre el WACC anual.

Fuente: Ositran, 2008: 24.

- (2) Se asume por simplicidad, que la inversión mensual proyectada es lineal respecto de la proyección de inversión anual. Se consideran que la ejecución de la primera etapa, empezó en junio de 2008 y concluyó en diciembre de 2010 (al 99,9%)²¹. Se estimó el WACC mensual para aplicarlo a lo ejecutado mensualmente, con la finalidad de estimar el valor actual de costos (VAC) de lo programado y lo ejecutado, y compararlos.

²⁰ Aplicar el tipo de cambio vigente en esa fecha hubiera generado que el ingreso por peaje sea menor al que el concesionario venía cobrando hasta ese momento.

²¹ La primera etapa del proyecto concluyó oficialmente en el año 2013, debido a que en la Adenda N° 5 (suscrita el 13 de agosto de 2012) se incluyó la ejecución del Intercambio vial Asia y Puente Peatonal Asia (MTC 2012) y se solicitó la opinión del Tribunal Arbitral respecto de las tarifas. Sin embargo, para fines comparativos, lo previsto en un inicio por el contrato para esta etapa concluyó en diciembre de 2010.

(3) La comparación del VAC se sustenta en lo siguiente:

$$\begin{aligned} \text{Rentabilidad del desfase} &= VAN(\text{del desfase}) - VAN(\text{programado}) \\ \text{Rentabilidad del desfase} &= \{IN(\text{del desfase}) - CN(\text{del desfase})\} \\ &\quad - \{IN(\text{programado}) - CN(\text{programado})\} \end{aligned}$$

Donde: IN → Ingresos netos CN → Costos netos

Supuesto: IN(del desfase) = IN(programado)

En este contrato, los ingresos del proyecto dependen principalmente del cobro del peaje, el cual no estuvo atado a la fecha de entrega de los terrenos. Por tanto, se asume que los ingresos del proyecto son los mismos si lo programado se cumple o se desfasa.

Por tanto:

$$\text{Rentabilidad del desfase} = CN(\text{programado}) - CN(\text{del desfase})$$

(4) Si se considera la ecuación anterior y se incluyen los datos estimados considerando lo indicado en el punto (2) (véase el anexo 5), se obtienen los siguientes resultados:

El VAC programado, es decir, el que hubiese obtenido el concesionario si la entrega de terrenos se hubiera dado según lo establecido en el contrato, ascendió a S/ 186,63 millones; mientras que el VAC en el escenario con retrasos ascendió a S/ 129,75 millones. Es decir, dicho retraso significó un ahorro de costos para el concesionario de S/ 56,88 millones. Esta diferencia fue importante porque los ingresos por peaje aumentaron de manera significativa, pues el tráfico estimado en la fase de diseño de proyecto fue superado largamente por el tráfico que se presentó en realidad.

Impacto del laudo del Tribunal Arbitral en la rentabilidad del concesionario

Iniciamos esta sección señalando lo indicado en el literal a) del numeral 8.17 del contrato de concesión:

«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 más 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, [...], 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» (ProInversión 2005: 53-54).

Sin embargo, en diciembre de 2012, el concesionario sometió a opinión del Tribunal Arbitral el hecho de que al haber existido retrasos en la entrega de los terrenos de la primera etapa, y dada la tendencia a la baja del tipo de cambio en la fecha en la cual efectivamente concluyeron dichas obras, la aplicación de lo indicado en el numeral 8.17 (ProInversión 2005: 53-55) repercutía en la tarifa que cobraría de allí en adelante, pues sería menor a la que venía cobrando. Luego de la evaluación realizada por el Tribunal, hacia agosto de 2013, este laudó a favor del concesionario, motivo por el cual se desarrolló la Adenda N° 6 del contrato para actualizar la fórmula tarifaria. Existen muchas críticas a este fallo, en vista de las competencias del Tribunal para laudar en materia de tarifas, lo cual es competencia del organismo regulador. Sin embargo, la decisión finalmente tuvo que acatarse.

En este marco, esta sección tiene como finalidad analizar el impacto del laudo arbitral en la rentabilidad del concesionario. En esa dirección, se considera lo siguiente:

- (1) Los datos del tráfico en número de ejes que circuló mensualmente en las estaciones de servicio de este proyecto.
- (2) El período de estimación del valor actual de ingresos (VAI) será de setiembre de 2005 (inicio de la concesión) hasta diciembre de 2013 (año en el que el Tribunal Arbitral laudó). Cabe precisar que el cambio en la fórmula tarifaria se implementó con la Adenda N° 6, suscrita el 30 de enero de 2015; sin embargo, para la estimación de la rentabilidad, se tomará como año de cierre del análisis, el correspondiente a la emisión del laudo.

(3) Se evaluarán dos escenarios: el primero considera que en setiembre de 2009²² se produjo el cambio de tarifa (escenario con cambio de tarifa - CCT) y el segundo, que no se produjo el cambio de tarifa hasta el final del período de evaluación (escenario sin cambio de tarifa - SCT).

(4) La comparación del VAI se sustenta en lo siguiente:

$$\begin{aligned} \text{Rentabilidad SCT} &= \text{VAN}(\text{SCT}) - \text{VAN}(\text{CCT}) \\ \text{Rentabilidad SCT} &= \{ \text{IN}(\text{SCT}) - \text{CN}(\text{SCT}) \} \\ &\quad - \{ \text{IN}(\text{CCT}) - \text{CN}(\text{CCT}) \} \end{aligned}$$

Donde: IN → Ingresos netos CN → Costos netos

Supuesto: CN(SCT) = CN(CCT)

Asumiremos que los costos, con y sin cambio de tarifa, son los mismos, con el fin de medir solo el impacto en los ingresos.

Por tanto:

$$\text{Rentabilidad SCT} = \text{IN}(\text{CCT}) - \text{IN}(\text{SCT})$$

(5) De lo anterior, se obtuvieron los siguientes resultados (véase el anexo 6):

El VAI sin cambio de tarifa ascendió a S/ 503,28 millones, mientras que el VAI con cambio de tarifa fue de S/ 472,87. Es decir, mantener la tarifa de S/ 4,62 hasta el año 2013 (excluyendo el impacto económico del retraso en la entrega de terrenos) significó una rentabilidad para el concesionario de S/ 30,41 millones.

De la evaluación realizada en este literal se concluye que las características propias de este contrato atenuaron los incentivos del concesionario para coadyuvar al concedente en la entrega oportuna de los terrenos. Además de lo anterior, encontramos que no se identificaron incentivos para la ejecución de las obras, lo cual hubiera permitido motivar, de manera indirecta, a que el concesionario apoye al concedente en esta tarea.

²² Al cierre estimado de la 1ra etapa (setiembre de 2009), la tarifa de S/ 4,62 (sin IGV) que el concesionario venía cobrando en las estaciones de peajes debía cambiar a US\$ 1,50 (sin IGV), al tipo de cambio de esa fecha (S/ 2.91).

2.3.2 Transferencia de terrenos en otras concesiones de transporte

El retraso en la entrega de terrenos es un problema que presentan casi todos los contratos, aunque tiene mayor incidencia en infraestructuras viales, al ser estas de extenso recorrido. Si bien las normas emitidas por el Estado, como el Decreto Legislativo N° 1192, buscan agilizar la adquisición, no habrían sido suficientes para mitigar el problema de la entrega tardía. Por tanto, consideramos que, mediante la generación de incentivos, se debería permitir la participación del concesionario en la adquisición de predios. A efectos de conocer la relevancia de tener en cuenta incentivos en el diseño de los contratos de concesión, se efectuó una entrevista a dos ingenieros del Ositran, quienes señalaron la existencia de contratos que, a pesar de tener los mismos problemas de expropiaciones y estar regidos por las mismas normas que la Red Vial N° 6, mostraron niveles de ejecución de obra mayores, tales como: la Autopista del Norte (Aunor) y Autopista del Sol (Covisol). En dichos contratos, la consideración de algunas medidas (incentivos), que se detallan en el anexo 7, habrían motivado que el concesionario coadyuve al concedente en la entrega oportuna de terrenos, por lo que las mismas deberían analizarse con mayor detenimiento.

2.3.3 Propuestas de mejora

De acuerdo con lo indicado en las secciones previas, es preciso identificar algunas propuestas de mejora con el fin que puedan ser consideradas en el diseño de nuevos contratos de concesión.

a. Sobre el análisis y asignación de riesgos de la transferencia de predios

Según señala el MEF, parte del riesgo de expropiación se vincula a la gestión y reconoce que el concesionario puede ser más eficiente que el concedente para agilizar este trámite. En ese mismo tenor, el Decreto Legislativo N° 1192 señala que la adquisición de los predios puede estar a cargo del inversionista privado. En este contexto se propone:

- Analizar por separado el riesgo de expropiación y el riesgo de adquisición de terrenos, pues el primero comprende la facultad de *Ius Imperium* del Estado de declarar de necesidad pública un determinado proyecto y con ello autorizar las expropiaciones necesarias, así como usar la fuerza pública para lograr la desocupación de las viviendas. El segundo consiste en las gestiones para lograr la adquisición de predios por medio del mecanismo de trato directo, donde no existe la necesidad de usar la fuerza pública sino que se apela a la voluntad de sujeto pasivo para transferir su bien al Estado, y al poder de negociación del agente que quiere hacerse del predio para fines del proyecto.

- Asignar el riesgo de adquisición al concesionario, en vista de que se encuentra en mejor capacidad de realizar el trato directo por su mayor poder de negociación. Este poder se acrecienta cuando el concesionario tiene mayor liquidez al momento de consensuar con los propietarios el precio para la entrega de los terrenos. Para asegurar dicha liquidez, se propone que los contratos incluyan un fondo concursable²³ exclusivo para hacerse de los predios del proyecto. Sobre este punto es importante tener en cuenta que, conforme al TUO del Decreto Legislativo N° 1224, el Estado debe incorporar en el informe de evaluación, el estudio donde se analicen los predios que serán afectados por el proyecto. Así también, conforme al Decreto Legislativo N° 1192, el inversionista privado debe incorporar en su propuesta económica el gasto que le demande las adquisiciones de los predios y en el estudio definitivo de ingeniería, se debe consignar la evaluación de los predios por liberar. Es decir, a la fecha existen mecanismos que permiten al concesionario conocer, al detalle, el diagnóstico de los predios. Por lo tanto, es factible transferirle el riesgo de adquisición.
- Asignar el riesgo de expropiación al concedente, por ser de naturaleza indelegable.

b. Sobre la identificación de incentivos para la adquisición y expropiación

Para desarrollar esta sección, se asumirá que el diagnóstico de predios –desarrollado por el concedente que se incluirá en el Informe de Evaluación– es adecuado, debido a que por medio de este documento, se conocerá la situación de los predios y el valor de la tasación que ofrecerá el Estado. Con dicha información, los postores tendrán una idea más clara del cronograma y los plazos para llevar a cabo la transferencia de los terrenos. En este marco, se propone incorporar un sistema de incentivos para lograr que la transferencia de los predios se realice en los plazos previstos. Dichos incentivos se mencionan a continuación:

Incentivos para el Concesionario:

- ***Fondo concursable para financiar la transferencia de los terrenos***
 - Sobre la base de la tasación realizada por la Dirección Nacional de Construcción (DNC) del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS), que deberá formar parte del expediente de diagnóstico de saneamiento físico legal, se debe constituir un fondo concursable colocado por el concedente para cubrir los

²³ Los detalles de este fondo se desarrollarán más adelante.

gastos relacionados con la adquisición de predios. Para que este mecanismo sea eficiente, corresponde que: a) la DNC realice tasaciones que consideren todas las características físicas del inmueble a adquirir o expropiar, y b) el aporte realizado por el concedente a este fondo se efectúe por etapas, sobre la base del cronograma de entrega de terrenos establecido en el diagnóstico de saneamiento físico legal, y considerando la capacidad presupuestal del concedente.

- Dicho fondo debe conformarse por: (i) el valor del predio, de acuerdo con la tasación (100%), (ii) un monto adicional para ofrecer a los propietarios, en los casos en que su disponibilidad a transferir supere el valor tasado (hasta 20%)²⁴ y (iii) un monto que cubra los gastos de gestión en los que incurrirá el concesionario para desarrollar la adquisición de predios (hasta 10%)²⁵. Sobre estos porcentajes, se puede establecer como factor de competencia el menor costo por gastos de gestión.
- El concesionario, en la fase de concurso, deberá contar con un plazo de 3 a 6 meses, en función del tipo de proyecto, para verificar la información proporcionada por el concedente y el monto del fondo, con lo cual realizará su oferta económica.
- El contrato otorgará la administración del fondo al concesionario, quien será el encargado de adquirir los predios, estando bajo su cuenta y riesgo el uso eficiente de los recursos. Por tanto, deberá agotar todas las gestiones para realizar la adquisición, a partir de una negociación eficiente con los propietarios evitando la expropiación.
- El concesionario podrá ofrecer por predio hasta el 120% de su valor tasado. Además, tendrá la libertad de negociar con los sujetos pasivos porcentajes menores, pudiendo quedarse con el diferencial que resulte de su eficiente negociación.
- La existencia del fondo, a su vez, le dará poder de negociación al concesionario, pues podrá ofrecer liquidez a corto plazo a los propietarios que estén dispuestos a transferir su terreno. La negociación con el concesionario debería ser más fluida en comparación con la negociación realizada por los propietarios y el Estado, en cuyo caso los procesos administrativos son más largos y engorrosos, aspecto que podría motivar a los propietarios a transferir sus terrenos.

²⁴ Tomando como referencia el numeral 20.2 del Decreto Legislativo N° 1192, porcentaje adicional por incentivo.

²⁵ Haciendo un símil entre gastos generales y gastos de gestión por simplicidad.

- En los casos que, a pesar de la gestión desarrollada por el concesionario, los propietarios no estén dispuestos a transferir sus terrenos, estos pasarán a expropiación. En este caso, el concesionario deberá demostrar al concedente, con la documentación correspondiente, el monto máximo que ha ofrecido por predio y deberá devolver al concedente el 120% del valor tasado del predio.

- ***Fideicomiso de Recaudación***

- De las evaluaciones realizadas a los contratos de concesión de la Red Vial N° 6, Autopista del Sol y Autopista del Norte (véase el anexo 7), concluimos que los concesionarios tienen más incentivos para ejecutar obras cuando la disposición de sus recursos se encuentran supeditadas a la ejecución de un compromiso de inversión. En tal sentido, proponemos la formalización de la constitución de fideicomisos de recaudación. Este mecanismo no solo impulsará la ejecución de las obras, sino también la transferencia de predios.

- ***Porcentaje de predios que debe liberar el concedente antes de otorgar la buena pro***

- Considerando que el diagnóstico de predios nos dará una idea del cronograma, plazos de la transferencia de terrenos y su situación jurídica, es preciso que a fin de asegurar el inicio oportuno de la ejecución de las obras, así como incentivar al concesionario a involucrarse con el proyecto, el concedente estime un porcentaje mínimo de predios a liberarse antes de su adjudicación. Para ello se propone que, según el tipo de infraestructura por ejecutar, se defina un porcentaje mínimo a liberar. Este porcentaje, para proyectos con áreas definidas (como colegios u hospitales), puede ser mayor que en áreas no definidas (como carreteras, en las que pueden aparecer nuevos terrenos a transferir hasta que no se cuente con el diseño final). Por tanto, a fin de brindar la asistencia técnica necesaria para obtener ese porcentaje mínimo, el MEF en coordinación con los sectores competentes deberán elaborar metodologías generales y/o específicas orientadas a realizar dicha estimación.

Incentivos para el Concedente:

- ***Incentivos (positivos o negativos)²⁶ para la entidad del Estado que tenga a su cargo ejecutar la transferencia de predios comprometidos en un contrato de concesión***
 - En el nivel de entidades públicas, el MEF podría generar un fondo de incentivos asignable a las entidades que cumplan con desarrollar un eficiente saneamiento físico legal, así como con sus metas de transferencia de predios en los plazos previstos. La entidad que obtenga estos recursos podrá utilizarlo para: (i) financiar nuevos diagnósticos de saneamiento físico legal y (ii) fortalecer las capacidades de los funcionarios encargados de los procesos de transferencia de predios en la entidad.
 - Para las entidades que no cumplan de manera eficiente con los compromisos asumidos para el saneamiento físico legal, disponer lo siguiente: (i) en caso de iniciativas privadas, que no se otorgue la declaratoria de interés y (ii) en caso de iniciativas públicas, que no se proceda con la convocatoria del proceso de selección y (iii) que se asignen las responsabilidades administrativas a los funcionarios encargados por el perjuicio económico que se habría generado.
 - En aquellos casos que la transferencia de predios no pudo hacerse efectiva porque el valor de tasación no fue estimado de manera correcta, afectando tanto el compromiso de porcentaje mínimo a ser liberado por el concedente como las gestiones que el concesionario realice para la transferencia, se implementará un registro de tasaciones observadas, de carácter público, en el cual se incluirá el nombre de los tasadores (sean estos parte del Estado o servicio de terceros). Este mecanismo tiene por finalidad mejorar el desempeño de los funcionarios responsables de realizar el saneamiento físico legal y determinar un valor de tasación sincerado; reduciendo a su vez el incentivo de los propietarios de ir por la expropiación, en busca de un mayor justiprecio²⁷.

²⁶ A modo de complemento remitirse a Mendiola *et al.* (2011: 77).

²⁷ Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1330. Las estadísticas señalan que los predios se expropian a un valor de hasta tres veces el valor tasado.

Conclusiones y recomendaciones

- El contrato de concesión de la Red Vial N° 6 no contó con un estudio específico de saneamiento físico legal que permitiera conocer el estado real de los terrenos afectados por el proyecto, entre ellos la identificación de los propietarios y la valorización de los predios. Ello impidió establecer plazos reales para la entrega oportuna de los terrenos, así como evitar incumplimientos constantes del concedente.
- Los cambios normativos emitidos en materia de saneamiento físico legal evidenciarían que la identificación de propietarios en los procedimientos de adquisición y expropiación de terrenos, ha sido un problema transversal suscitado en distintas concesiones en el Perú, entre ellas la Red Vial N° 6. Dichas normas facultan la realización de la adquisición o expropiación de terrenos antes de la adjudicación del proyecto. Sin embargo, en nuestra opinión, estas medidas no serían suficientes si previamente el Estado no genera estrategias institucionales orientadas a solucionar primero el problema de nuestro catastro.
- Es necesaria la creación de una Comisión Multisectorial a cargo del MEF, responsable de hacer seguimiento a las adquisiciones y expropiaciones de terrenos. Esta comisión trabajará de manera articulada con los distintos niveles de Gobierno responsables de proporcionar la información necesaria y, en algunos casos, coadyuvará en la sensibilización del proyecto con la población. Así también, velará por que cada entidad (MEF, Proinversión, Sectores), cumpla con su rol con el objeto de agilizar la entrega de los terrenos.
- Las normas existentes, al momento de la ejecución de la primera etapa de la concesión, no hacían una distinción clara entre los procedimientos de adquisición y expropiación de los terrenos, lo cual hubiera permitido la posibilidad de asignar los riesgos de adquisición y expropiación a la parte que se encontraba en mejores condiciones para mitigarlos o quien contaba con mayores incentivos para ello. Asimismo, la Ley N° 27117 y la Ley N° 27628, vigentes en ese entonces, no establecieron procedimientos regulados claros en materia de adquisición o expropiación de terrenos.
- En la actualidad, el Estado ha evidenciado sus esfuerzos en el establecimiento de un marco normativo que regule con mayor detalle los procedimientos y plazos para realizar el trato directo y la expropiación, mediante la publicación de las leyes N° 30025 y N° 30327, así como del Decreto Legislativo N° 1192. Este último es de gran importancia, pues aportó a la

sistematización de la normativa antecedente con el fin de promover marcos legales claros y actualizados que faciliten la inversión y contribuyan con su desarrollo, por medio de la entrega oportuna de terrenos. Sin embargo, hace falta que la implementación del Decreto Legislativo N° 1192 brinde resultados más contundentes.

- Se recomienda que el Decreto Legislativo N° 1192 agregue la posibilidad que la aprobación de la ejecución de la expropiación (propia y directamente), la tasación y el pago pueda ser delegable, como es en el caso del trato directo e incorpore la posibilidad de desconcentrar y/o delegar mayor cantidad de facultades atribuidas actualmente al ministro, siempre que no sea privativas de su función, a fin de agilizar las gestiones internas.
- El trato directo constituye un procedimiento importante que debería ser reforzado y tomado como primera opción para realizar la transferencia de terrenos toda vez que implica menores costos en términos de tiempo y transacción y no requiere el *Ius Imperium* del Estado puesto que existe acuerdo entre las partes.
- La elaboración de la matriz de riesgos no debe considerarse como una parte aislada en el diseño del contrato de concesión o desarrollarse por cumplir con la formalidad. Por el contrario, se trata de un proceso complejo, que la convierte en uno de los aspectos de mayor cuidado en cuanto a su desarrollo, sustento e identificación de los agentes encargados de mitigar los principales riesgos que pudieran retrasar la ejecución del contrato de concesión.
- Los lineamientos para la asignación de riesgos del MEF no contemplan la posibilidad de distinguir dos tipos de riesgos en esta materia (el riesgo de adquisición de predios o trato directo y el de expropiación), llamándolos en su conjunto como riesgo de expropiación, asignándosele al Estado y previendo únicamente la posibilidad de encargar las gestiones de adquisición al privado.
- Se recomienda asignar el riesgo de adquisición al concesionario en vista de que se encuentra en mejor capacidad de realizar el trato directo por su mayor capacidad de negociación y liquidez. Por su parte, el riesgo de expropiación corresponde ser asignado al concedente, en vista de que este incluye distintos actos de gobierno que no pueden ser atribuidos ni compartidos con el concesionario.

- El contrato de la Red Vial N° 6, por ser uno de los primeros contratos de concesión suscritos por el Estado peruano en infraestructura vial, no consideró en su diseño original incentivos que permitan al concesionario coadyuvar esfuerzos con el concedente para la adquisición de terrenos.
- Como incentivo para que el concesionario asuma el riesgo de adquisición de terrenos, se recomienda la creación de un fondo concursable. Dicho fondo debe conformarse por: (i) el valor de los predios objeto de adquisición (100%), (ii) un monto adicional para ofrecer a los propietarios como incentivo (20%) y (iii) un monto por concepto de gastos de gestión (hasta 10%). El concesionario, en la fase de concurso, deberá contar con un plazo razonable para verificar la información proporcionada por el concedente y el monto del fondo. El contrato otorgará la administración del fondo al concesionario quien tendrá la libertad de negociar con los sujetos pasivos, pudiendo quedarse con el diferencial que resulte de su eficiente negociación.
- Se recomienda que se incorpore en el diseño de los contratos la constitución de fideicomisos de recaudación, a fin de impulsar la ejecución de las obras, lo cual a su vez permitirá que el inversionista se involucre en la eficiente y oportuna transferencia de predios.
- El TUO del Decreto Legislativo N° 1224 y su reglamento establece que se debe contar con una meta de liberación de predios para proceder a la adjudicación del proyecto, sin embargo, no detalla un límite mínimo. Por tanto resulta viable establecer un porcentaje mínimo en función del tipo del proyecto. Para ello corresponde que el MEF en coordinación con los sectores proporcionen metodologías generales y/o específicas para determinar dichos porcentajes.
- En relación a los incentivos para el concedente, se recomienda generar un fondo de incentivos asignable a las entidades públicas involucradas en el proceso de adquisición a fin de fortalecer sus capacidades y financiar nuevos diagnósticos de saneamiento físico legal. Este mecanismo tiene por finalidad mejorar el desempeño de los funcionarios responsables de realizar el saneamiento físico legal y determinar un valor de tasación sincerado; reduciendo a su vez el incentivo de los propietarios de ir por la expropiación, en busca de un mayor justiprecio.

- El problema abordado en la presente investigación de carácter multidimensional, por lo cual su solución debe ser también de naturaleza multidimensional. Por tanto, las medidas dirigidas a mejorar la identificación de los propietarios en el área de ejecución del proyecto, en el marco normativo referido a la adquisición de terrenos y en el desarrollo de un análisis eficiente de riesgos e incentivos, deben desarrollarse en paralelo, con el fin de atenuar los retrasos que se pudieran presentar en la entrega de los terrenos implicados en una concesión. Resolver estos problemas de manera aislada generaría una solución parcial y limitada; no garantizando un impacto significativo en la solución de la problemática identificada.

Bibliografía

Agencia de Promoción de la Inversión Privada-ProInversión (2009a). *Contrato de concesión de la Autopista del Sol tramos Trujillo-Sullana*. [En línea]. Lima: ProInversión. Disponible en: <<https://www.mtc.gob.pe/transportes/concesiones/documentos/Contrato%20Autopista%20del%20Sol.pdf>>.

Agencia de Promoción de la Inversión Privada-ProInversión (2009b). *Contrato de concesión de los tramos viales de la red vial N° 4*. [En línea]. Lima: ProInversión. Disponible en: <<https://www.mtc.gob.pe/transportes/concesiones/documentos/Contrato%20Red%20Vial%204.pdf>>.

Agencia de Promoción de la Inversión Privada-ProInversión (2005). *Concesión del tramo vial Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica (red vial N° 6)*. [En línea]. Lima: ProInversión. Disponible en: <https://www.ositran.gob.pe/joomlatools-files/docman-files//RepositorioAPS/0/0/par/RED_VIAL_6/RED-VIAL-6.pdf>.

Andina (2017). “CCL: Decreto derogado por Congreso era trascendental para desarrollo del país”. 30 de mayo. <<http://www.andina.com.pe/agencia/noticia-ccl-dl-1333-derogado-congreso-era-trascendental-para-desarrollo-del-pais-668900.aspx>>.

Arizmendi, Pedro, Oliveros, Enrique, Pantigoso, Paulo, Rivera, Manuel, García, Claudia, Montoya, Rosa, Castañeda, Hernán, Talavera, Andrés y Chávez, Diego (2016). *Agilizando la ruta del crecimiento: II parte del Plan Nacional de Infraestructura 2016-2015*. Lima: Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (AFIN).

Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional-AFIN (2017). *Reflexionar hoy para construir mañana: mecanismo de inversión en infraestructura para un desarrollo sostenible*. Lima: AFIN y EY.

Banco Central de Reserva del Perú-BCRP (s.f). “Tipo de cambio desde 1950”. [En línea]. Disponible en: <<http://www.bcrp.gob.pe/estadisticas/cuadros-anuales-historicos.html>>.

Barnard, Chester (1964). *The Functions of the Executive*. Cambridge: Harvard University Press.

Barrantes, Roxana (2009). “Los fundamentos económicos de las concesiones de infraestructura y servicios públicos”. *Círculo de Derecho Administrativo*, núm. 7, pp. 329-337.

Barrionuevo, Ana y Watanabe, Angie (2015). “Demora en la entrega de predios necesarios para la ejecución de proyectos viales concesionados”. Trabajo de Investigación de Magíster. Universidad del Pacífico, Lima.

Colombia (22 de noviembre de 2013). Ley N° 1682, Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura y se conceden facultades extraordinarias. Recuperado de <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/2013/LEY%201682%20DEL%2022%20DE%20NOVIEMBRE%20DE%202013.pdf>>.

Congreso de la República (2017). “Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento que deroga el Decreto Legislativo N° 1333 (Proyecto de Ley N° 1217/2016-CR)”. Disponible en: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/01217DC04MAY20170920.PDF>.

Consultora Proyectos Supervisión S.A.C.-C.P.S de Ingeniería (2017). Informe mensual de avance de obra de segunda etapa, período: marzo 2017”. Lima: C.P.S de Ingeniería.

Consultora Proyectos Supervisión S.A.C.-C.P.S de Ingeniería (2011). “Informe de Obras- Adelanto de Inversiones a) segunda calzada km 38+620 al 53+386 f) Puente Topará Calzada izquierda”. Lima: C.P.S de Ingeniería.

Consultora Proyectos Supervisión S.A.C.-C.P.S de Ingeniería (2010). “Informe mensual del supervisor de avance de obra del período: julio 2010, sub tramo 2, 3 y 4”. Lima: C.P.S de Ingeniería.

El Comercio (2016). “El gobierno modificó el Sistema Nacional Integrado de Catastro” [Lima]. 30 de diciembre. <<https://elcomercio.pe/economia/peru/gobierno-modifico-sistema-nacional-integrado-catastro-231381>>.

Gestión (2015). “Expropiación de terrenos puede ser el “cáncer” de las APP” [Lima]. 23 de marzo. <<https://gestion.pe/impres/expropiacion-terrenos-cancer-app-82242>>.

Guasch, José Luis (2005). *Concesiones en infraestructura: cómo hacerlo bien*. Washington, D.C., Barcelona, España: Banco Mundial, Antoni Bosch.

Instituto Geográfico Agustín Codazzi-IGAC (2015). *Informe de gestión sector estadístico 2014-2015*. [En línea]. Colombia: IGAC. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/files/control_participacion/rendicion_cuentas/informe_congreso_IGAC_2014_2015.pdf>.

Lama, Antonio y Vargas, Tito (2014). “Retraso en la entrega de predios, un problema a resolver en las APP: efecto en los usuarios”. *Pensamiento Crítico*, 19 (1), pp.71-83.

Mankiw, Gregory (2012). *Principios de economía*. 6ª ed. México: Paraninfo.

Mendiola, Alfredo, Alvarado, Francisco, Chocano, Zoila, Cotrado, Alfredo, García, Luis y Aguirre, Carlos (2011). *Factores críticos de éxito en concesiones viales en el Perú*. (Serie Gerencia para el Desarrollo 25). Lima: Esan.

Ministerio de Transportes y Comunicaciones-MTC (2016). *Adenda N° 9 al contrato de concesión de la Red Vial N° 6*. Lima: MTC.

Ministerio de Transportes y Comunicaciones-MTC (2015). *Adenda N° 6 al contrato de concesión de la Red Vial N° 6*. Lima: MTC.

Ministerio de Transportes y Comunicaciones-MTC (2012). *Adenda N° 5 al contrato de concesión de la Red Vial N° 6*. Lima: MTC.

Ministerio de Transportes y Comunicaciones-MTC (2009). *Adenda N° 2 al contrato de concesión de la Red Vial N° 6*. Lima: MTC.

Montesinos, Jorge y Saavedra, Eduardo (2011). “Algunos alcances en torno a la institucionalidad y renegociación de concesiones en la infraestructura de transporte de uso público en Perú”. *Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte*, núm. 7, pp. 45-67.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - Ositran (2017a). “Inversiones reconocidas en los contratos de concesión (a agosto de 2017)”. En: *Ositran en cifras*. <https://www.ositran.gob.pe/images/documents/cifras/08_INVERS_RECONOC_AGO2017.pdf>.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - Ositran (2017b). “Inversiones reconocidas en los contratos de concesión (a marzo de 2017)”. En: *Ositran en cifras*. <https://www.ositran.gob.pe/images/documents/cifras/03_INVERS_RECONOC_MAR2017.pdf>.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - Ositran (2017c). “Inversiones reconocidas en los contratos de concesión (a febrero de 2017)”. En: *Ositran en cifras*. <https://www.ositran.gob.pe/images/documents/cifras/02_INVERS_RECONOC_FEB2017.pdf>.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - Ositran (2017-2014). “Boletín estadístico mensual”. En: *Ositran*. <<https://www.ositran.gob.pe/publicaciones1/boletin-estadistico.html>>.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - Ositran (2016-2005). “Red Vial N° 6: Puente Pucusana – Cerro Azul - Ica”. En: *Ositran*. <<https://www.ositran.gob.pe/carreteras/149-red-vial-6-puente-pucusana-cerro-azul-ica.html#informes-de-desempe%C3%B1o>>.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - Ositran (2008). “Informe N° 007-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN”. En: *Ositran*. <<https://www.ositran.gob.pe/joomlatools-files/docman-files//RepositorioAPS/0/0/par/INF-007-08-GS-GRE-GAL-OSITRAN/Inf-007-08-GS-GRE-GAL-OSITRAN.pdf>>.

Portillo, Angélica María (2009). “El catastro y su diferenciación con el registro de predios. Análisis desde una perspectiva conceptual, jurídica y de gestión”. *Fuero Registral*, vol. 10 (6), pp. 135-163.

Prendergast, Canice (1999). “The Provision of Incentives in Firms”. *Journal of Economic Literature*, vol. 37 (1), pp. 7-63.

Rojas B., Diego y Morales M., Oscar (2014). “Formulación de criterios para la asignación y mitigación de riesgos en las concesiones carreteras en Colombia”. Tesis de Maestría. Universidad de Santo Tomás, Bogotá.

Sánchez, Carlos Andrés (2012). “Caracterización del proceso de recaudo del impuesto predial unificado en el Municipio del Ocaña”. Tesis de pregrado. Universidad Francisco de Paula Santander Ocaña, Colombia. <<http://repositorio.ufpso.edu.co:8080/dspaceufpso/bitstream/123456789/222/1/25167.pdf>>.

Tribunal Constitucional del Perú (2009). «Sentencia recaída en el Expediente N.º 0864-2009-PA/TC». [En línea]. Lima: Tribunal Constitucional del Perú. Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00864-2009-AA.html>>.

Tribunal Constitucional del Perú (2003). «Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC». [En línea]. Lima: Tribunal Constitucional del Perú. Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>>.

Anexos

Anexo 1. Descripción de la entrega de predios

La cláusula 5.2 de la versión original del contrato de concesión reguló el plazo para la entrega de los predios de la primera y segunda etapa de la concesión, al ser parte de las obras obligatorias (ProInversión 2005: 28-30). Sin embargo, no se hizo mención al plazo de entrega de los predios de la tercera etapa, por ser una obra opcional que podría ser ejecutada por el concesionario, el concedente o un tercero. En el anexo II del contrato se reguló el plazo de ejecución de las obras de la primera y segunda etapa de la concesión (ProInversión 2005: 171-174); luego, con la Adenda N° 6 se reguló el plazo de ejecución de las obras de la etapa 3 (MTC 2015). Tanto dicha cláusula como el anexo han sufrido modificaciones, a partir de las adendas N° 2, 6 y 9 (véase la tabla 1A).

Tabla 1A. Adendas suscritas con impacto en predios

Adenda	Fecha de suscripción	Objeto de la adenda
Adenda 2	Suscrita el 08.04.2009	Se sinceraron los plazos de entrega de los terrenos necesarios para la ejecución de la primera etapa.
Adenda 6	Suscrita el 30.01.2015	Se establecieron nuevos plazos para la entrega de los terrenos que serían utilizados en la ejecución de la etapa 2 (adelanto de inversión) y el plazo de ejecución de dichas obras (24 meses). Se estableció el plazo para la entrega de terreno de la tercera etapa, así como el plazo de ejecución de las obras (24 meses).
Adenda 9	Suscrita el 01.12.2016	Permitió la colaboración de la concesionaria en la liberación de predios que está a cargo del concedente, por lo que se incorporó la cláusula 5.2.A.

Fuente: MTC, 2016, 2015 y 2009.

a) Predios de la primera etapa

Respecto de la entrega de predios de la primera etapa, la cláusula 5.2 del contrato señaló que el 80% de los terrenos correspondiente a dicha etapa serían entregados dentro de los 540 días calendarios, contados desde la fecha de suscripción del contrato (ProInversión 2005: 28-30). Es decir, el contrato previó que el 80% de los terrenos debían ser entregados a más tardar en marzo 2007 y el 20% restante, a los 180 días calendario de entregado el 80% de los terrenos. Por tanto, el inicio de las obras sería, como mínimo, al empezar el tercer año de la concesión (setiembre 2007), cuya ejecución se realizaría en un plazo de 2 años (setiembre 2009). Sin embargo, dichos plazos no fueron cumplidos, razón por la cual se suscribió la Adenda N° 2, con el objeto de modificar el cronograma contractual de las obras y actualizar los plazos previstos en el contrato de concesión para la entrega de predios, intercambiando obras de la primera etapa y del módulo A de la segunda etapa, para adaptarse a la disponibilidad de los terrenos adquiridos por el concedente (véanse las tablas 1B y 1C en la página siguiente).

Tabla 1B. Plazo contractual inicial para la entrega de terrenos de la primera etapa

Primera etapa – Contrato original			
Primera etapa	Plazo contractual de entrega del 80%	Plazo contractual de entrega del 20%	Plazo de ejecución de las obras
Predios del subtramo 3	540 días calendario de suscrito el contrato (marzo 2007)	180 días siguientes a la fecha de entrega del 80% (setiembre 2007)	2 años (máximo setiembre 2009)
Predios del subtramo 5	540 días calendario de suscrito el contrato (marzo 2007)	180 días siguientes a la fecha de entrega del 80% (setiembre 2007)	

Fuente: ProInversión, 2005.

Tabla 1C. Plazo contractual para la entrega de terrenos de la primera etapa con Adenda N° 2

Primera etapa - Con Adenda N° 2			
Primera etapa	Plazo contractual de entrega del 80%	Plazo contractual de entrega del 20%	Plazo de ejecución de las obras
Predios del subtramo 3	30 de mayo de 2009	30 de setiembre de 2009	2 años (máximo octubre 2011)
Predios del subtramo 4	30 de junio de 2009	30 de octubre de 2009	

Fuente: MTC, 2009.

Se aprecia que por los retrasos en la entrega de los terrenos se ha prorrogado el plazo de la ejecución de las obras de la primera etapa en, aproximadamente, dos años. Esto, finalmente, se traduce en un perjuicio a los usuarios de la vía, pues los plazos se prorrogan para contar con la infraestructura disponible.

En la tabla 1D (presentada en la página siguiente) se muestra la cronología de la entrega de los terrenos de la primera etapa.

De lo citado en la tabla 1C se advierte que, mediante la Adenda N° 2 del contrato de concesión, se modificaron los plazos previstos para la entrega de terrenos: el subtramo 3 debía entregarse a un 100%, como máximo, en setiembre de 2009. Sin embargo, estos terminaron de entregarse en diciembre de 2009. Es decir, el Estado nuevamente incumplió con el plazo de entrega de terrenos previstos en la Adenda N° 2.

Tabla 1D. Cronología de la entrega de terrenos

Subtramo 3				Subtramo 4			
Fecha de entrega	Área entregada			Fecha de entrega	Área entregada		
	Parcial		Acumulado		Parcial		Acumulado
	m ²	%	%		m ²	%	%
12/05/2008	259.997,84	26,60%	26,60%	17/06/2008	1.212.61,50	63,81%	63,81%
17/06/2008	178.367,90	18,25%	44,85%	25/06/2009	453.203,55	23,85%	87,65%
31/07/2008	165.248,41	16,91%	61,76%	Total	1.665.821,05	87,65%	87,65%
03/10/2008	104.386,32	10,68%	72,44%				
26/05/2009	179.044,18	18,32%	90,76%				
Dic. 2009	90.332,63	9,24%	100,00%				
Total	977.377,28	100,00%	100,00%				

Fuente: CPS de Ingeniería, 2010: 10.

b) Predios de la segunda etapa

Con relación a la entrega de predios de la segunda etapa, la cláusula 5.2. del contrato de concesión señaló que los terrenos correspondientes a dicha etapa serían entregados a más tardar tres (3) años antes del año doce de la concesión, en el año 2014; y las obras del Módulo A de dicha etapa debían ejecutarse al verificarse el gatillo de tráfico de 36 meses entre los años 12 al 16 de la concesión; es decir, las obras debían ejecutarse a partir del año 16, desde 2021; mientras que las obras del Módulo B de dicha etapa debían ejecutarse en el año 17 de la concesión. Asimismo, la ejecución de las obras se daría en el plazo de 24 meses o 2 años.

Dicho plazo fue modificado por medio de la Adenda N° 6, suscrita el 30 de enero de 2015, previéndose un adelanto de inversión de la etapa 2, a cambio del reconocimiento de una incidencia financiera por dicho adelanto de inversión, pagada por medio de un descuento mensual de la retribución, como máximo de 17,61% de los ingresos mensuales por concepto de peaje, a partir del mes siguiente de suscrita la citada adenda. Para ello, se modificó el cronograma de entrega de terrenos, que también fue incumplido (véase la tabla 1E).

Tabla 1E. Plazo contractual para la entrega de terrenos de la segunda etapa

Segunda etapa				
Plazo establecido en la Adenda N° 6			Estado actual	
Porcentaje de entrega	Fecha máxima de entrega de terreno	Plazo de ejecución de las obras	Fecha de entrega de terreno	Plazo máximo de ejecución
Plazo Adenda N° 6, 80%	45 días de suscrita la Adenda N° 6 (15.03.2015)	2 años	9 de abril de 2015	28 de abril de 2017
Plazo Adenda N° 6, 20%	120 días de suscrita la Adenda N° 6 (30.05.2015)	2 años	Pendiente	2 años después de haberse entregado los terrenos

Fuente: MTC, 2015 y CPS de Ingeniería, 2017: 4.

c) Predios de la tercera etapa

En este caso, la cláusula 5.2 del contrato de concesión original no previó un plazo para la entrega de predios, toda vez que se trataba de una obra no obligatoria, hasta la suscripción de la Adenda N° 6. En ella, se acordó la realización de dichas obras por parte del concesionario, a cambio de un descuento mensual de la retribución, como máximo de 17,61% de los ingresos mensuales por concepto de peaje, a partir del mes siguiente de aceptadas las obras en esta etapa, tal como se ha señalado en el anexo 10 del contrato de concesión, incorporado en la citada Adenda N° 6. Asimismo, se indicó que si al terminar el plazo de la concesión aún quedara un saldo por pagar al concesionario, esta obligación se considerará extinguida. Además, con la Adenda N° 6 se incorporó el párrafo décimo tercero de la citada cláusula 5.2., en el cual se establecieron los plazos para las entregas de predios.

Cabe precisar que el anexo II del contrato de concesión, modificado mediante la citada Adenda N° 6, indicó que el plazo para la ejecución de las obras sería de 2 años. En la tabla 1F se muestra la situación actual de entrega de terrenos de la tercera etapa.

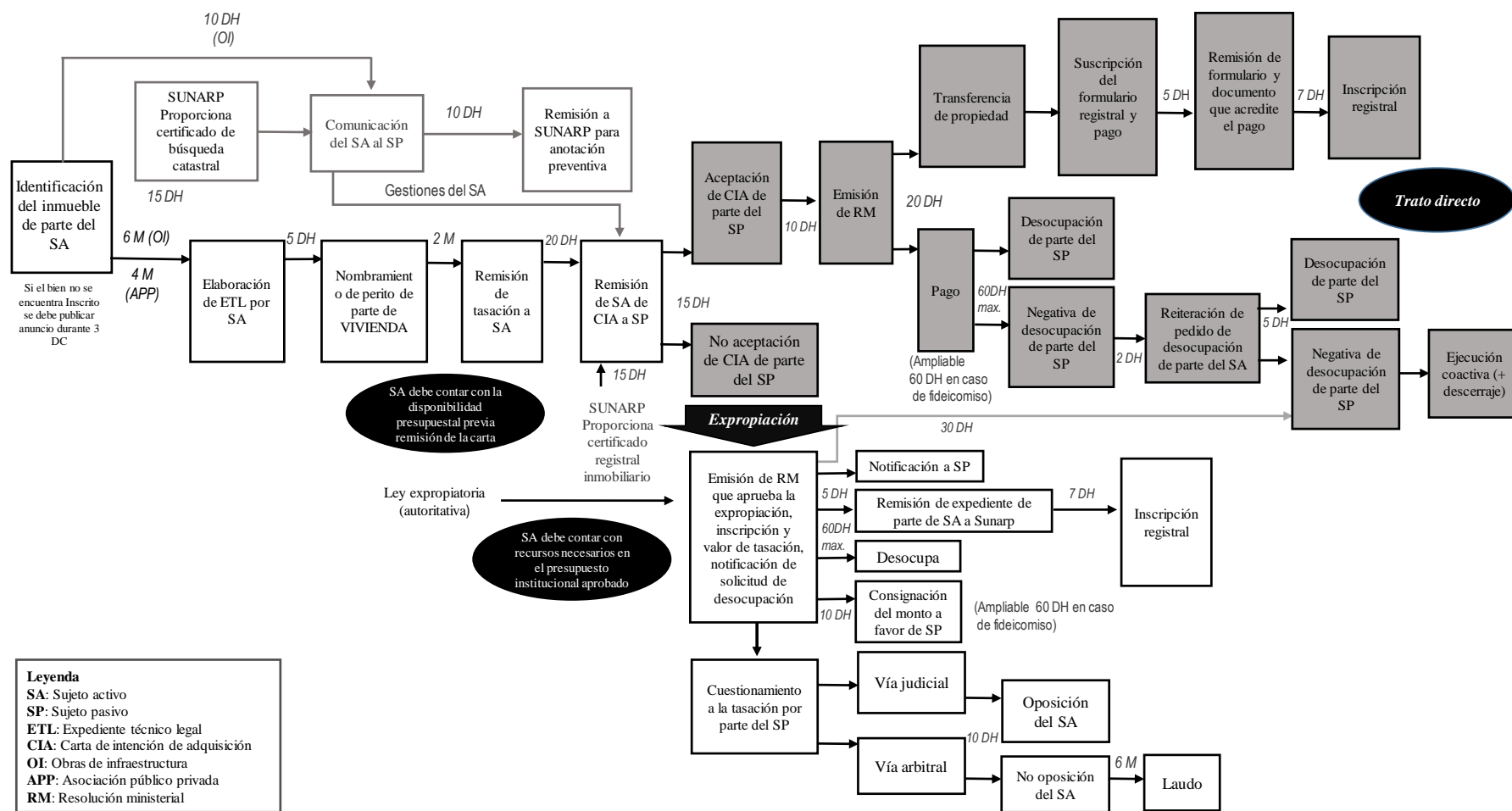
Tabla 1F. Plazo contractual para la entrega de terrenos de la tercera etapa

Tercera etapa				
Plazo establecido en la Adenda N° 6			Estado actual	
Porcentaje de entrega	Fecha máxima de entrega de terreno	Plazo de ejecución de las obras	Fecha de entrega de terreno	Plazo máximo de ejecución
Plazo Adenda N° 6, 40%	120 días de suscrita la Adenda N° 6 (30 de mayo 2015)	2 años	Pendiente	30 de junio de 2017
Plazo Adenda N° 6, 60%	9 meses de suscrita la Adenda N° 6 (30 de octubre 2015)	2 años	Pendiente	30 de noviembre de 2017

Fuente: MTC, 2015 y CPS de Ingeniería, 2017: 4.

De lo expuesto se advierte que los retrasos en la entrega de terrenos han impactado gravemente en los cronogramas de ejecución de obra originalmente establecidos para la primera etapa. Además, se advierte el interés del Estado en ejecutar obras que se encontraban previstas para un futuro, en la segunda y tercera etapa, con el fin de lograr un bienestar en los usuarios. Sin embargo, todas estas buenas intenciones se han visto melladas por la problemática en la entrega de predios.

Anexo 2. Procedimientos para la transferencia de terrenos en el marco del Decreto Legislativo N° 1192



Fuente: Decreto legislativo 1192 (para la emisión de la ley expropiatoria se considera un plazo de 30 días hábiles).

Anexo 3. Marco legal para el trato directo y la expropiación

Antes de 2015	Después de 2015
<p style="text-align: center;">Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones</p> <p>Concordancias con la Ley N° 27117:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ley N° 27628 (Ley que facilita la ejecución de obras públicas viales) • Ley N° 28728 (Ley que declara de necesidad pública la expropiación de inmuebles afectados por la ejecución de proyectos viales a cargo del Ministro de Transportes y Comunicaciones y autoriza la expropiación para una generalidad de casos) • Ley N° 29089 (Ley que declara de necesidad pública la construcción de la obra de gran envergadura denominada “Vía de Interconexión de los distritos del Rímac y San Juan de Lurigancho”, en la provincia y departamento de Lima; así como la expropiación de inmuebles para la ejecución de la obra) • Ley N° 29095 (Ley que establece medidas excepcionales para agilizar el procedimiento de expropiación de los inmuebles afectados por la ejecución de obras públicas en las localidades declaradas en emergencia a consecuencia de los sismos del 15 de agosto de 2007) • Ley N° 29171 (Ley que establece medidas para agilizar el procedimiento de expropiación de los inmuebles afectados por la ejecución de obras públicas de infraestructura de gran envergadura) (derogada) • Ley N° 29190, Art.2 (Ley que declara de necesidad pública la expropiación de inmuebles para la ejecución de la obra de gran envergadura “Proyecto especial sistema eléctrico de transporte masivo de Lima y Callao”) • Resolución Ministerial N° 103-2009-MTC-02 (“Procedimiento para solicitar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones que asuma el pago de los costos y gastos del arbitraje”, para casos de expropiación de inmuebles para la ejecución de obras públicas de infraestructura de transporte de gran envergadura) • Ley N° 29339 (Ley que declara de necesidad pública la expropiación de inmuebles necesarios para la ejecución de proyectos de inversión durante el Bienio 2009-2010) • Ley N° 29415 (Ley de saneamiento físico legal de predios tugurizados con fines de renovación urbana), Art. 21 • Ley N° 30025 (Ley que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de bienes inmuebles afectados para la ejecución de diversas obras de infraestructura) • Decreto Supremo N° 011-2013-VIVIENDA (Decreto Supremo que reglamenta los procedimientos especiales de saneamiento físico-legal y reglas para la inscripción de transferencias y modificaciones físicas de predios sujetos a trato directo o expropiación y aprueba otras disposiciones) 	<p style="text-align: center;">Decreto Legislativo N° 1192, Decreto Legislativo que aprueba la ley marco de adquisición y expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura</p>

Fuente: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)

Anexo 4. Matriz de riesgos

Diseño/Riesgo de tecnología

Descripción	Asignación	Mitigante
Errores de cálculo en el diseño del proyecto; demora y/o incremento en los costos de construcción.	Constructor / Consultor independiente	<ul style="list-style-type: none"> * Las obras de la Red Vial N° 6 son, razonablemente, estándares. * Precio, duración y calidad predeterminados en el contrato de construcción y diseño. * Una firma independiente de ingeniería deberá evaluar el proyecto y su diseño.

Riesgo de construcción

Descripción	Asignación	Mitigante
Incremento en los costos de construcción impacta de manera negativa la rentabilidad del proyecto.	Constructor / Consultor independiente	<ul style="list-style-type: none"> * Contrato a precio fijo en dólares americanos, con calidad y plazos de ejecución de obra determinados. * La compañía constructora emitirá garantías de fiel cumplimiento del contrato. * Las entidades que financiarán las obras exigirán la contratación de una firma consultora independiente de ingeniería, para realizar las verificaciones necesarias.
El inicio de la recaudación de peaje será pospuesto por la demora de la construcción, afectando la rentabilidad del proyecto.	Constructor / Concesionario	<ul style="list-style-type: none"> * Contrato a precio fijo en dólares americanos, con calidad y plazos de ejecución de obra determinados. * La compañía constructora emitirá garantías de fiel cumplimiento del contrato. * Los acreedores <i>senior</i> solicitarán a los socios compromisos de aportes de capital para financiar eventuales contingencias causadas por retrasos en la construcción.
Fuerza mayor (ejemplo: causas naturales, violencia y otros).	Compañías de seguro / Estado	<ul style="list-style-type: none"> * El consorcio contratará pólizas de seguro para cubrir estos eventos. * Prolongados eventos de fuerza mayor pueden llevar a la terminación anticipada de la concesión y al correspondiente pago por parte del Estado.
Retrasos en la obtención de permisos, expropiaciones y otros.	Estado	<ul style="list-style-type: none"> * Cláusula en el contrato de concesión que asigna una solución a esos eventos.

Riesgo operativo

Descripción	Asignación	Mitigante
Operación ineficiente de la red (ejemplo: mantenimiento inadecuado y otros).	Concesionario / Acreedores	<ul style="list-style-type: none"> * Solo precalificarán operadores con experiencia comprobada. * El contrato de concesión penalizará el incumplimiento en la operación de la red. * Acreedores establecerán estándares mínimos de operación.
Operación ineficiente debido a factores relacionados con el Estado.	Estado	<ul style="list-style-type: none"> * Cláusula en el contrato de concesión que asigna una solución a esos eventos.

Riesgo de mercado

Descripción	Asignación	Mitigante
Tráfico menor al proyectado y/o menor tarifa.	Concesionario / Acreedores	<ul style="list-style-type: none"> * Los estudios de tráfico se han realizado sobre la base de las cifras anuales. * No existen rutas alternativas a la Red Vial N° 6 en los tramos de la carretera Panamericana. * Las obras en la red significarán reducciones en los costos de transporte para los usuarios. * Los acreedores contratarán un consultor independiente, encargado de realizar el estudio de tráfico.

Riesgos macroeconómicos

Descripción	Asignación	Mitigante
Devaluación, adelanto cambiario, tasa de interés y legislación tributaria.	Usuarios / Concesionario / Acreedores / Gobierno central	<ul style="list-style-type: none"> * Las tarifas deberán estar denominadas en dólares americanos y ser ajustadas conforme la inflación minorista de los Estados Unidos. * Los acreedores exigirán la construcción de una cuenta de reserva por el servicio de deuda. * Se deberá desarrollar una estrategia de cobertura de fluctuaciones de tasa de interés al momento de contraer la deuda. * Firma de convenio de estabilidad tributaria para los inversionistas.

Riesgo ambiental

Descripción	Asignación	Mitigante
Existencia de impactos ambientales negativos que se originarán a raíz del proyecto.	Consultor independiente / Acreedores	<ul style="list-style-type: none"> * El operador deberá realizar estudios de impacto ambiental. * Los acreedores financiarán la obra, si cumple con estándares ambientales internacionales.

Anexo 5. Estimación del valor actual de costos

	Progra- mado	VAC progra- mado	Desfa- sado	VAC desfa- sado
	Mill. S/.			
Set-05	7,29	7,23		
Oct-05	7,29	7,17		
Nov-05	7,29	7,12		
Dic-05	7,29	7,06		
Ene-06	7,29	7,01		
Feb-06	7,29	6,95		
Mar-06	7,29	6,90		
Abr-06	7,29	6,84		
May-06	7,29	6,79		
Jun-06	7,29	6,73		
Jul-06	7,29	6,68		
Ago-06	7,29	6,63		
Set-06	9,99	9,01		
Oct-06	9,99	8,94		
Nov-06	9,99	8,87		
Dic-06	9,99	8,80		
Ene-07	9,99	8,73		
Feb-07	9,99	8,66		
Mar-07	9,99	8,59		
Abr-07	9,99	8,52		
May-07	9,99	8,45		
Jun-07	9,99	8,39		
Jul-07	9,99	8,32		
Ago-07	9,99	8,26		
Set-07				
Oct-07				
Nov-07				
Dic-07				
Ene-08				
Feb-08				
Mar-08				
Abr-08				

	Progra- mado	VAC progra- mado	Desfa- sado	VAC desfa- sado
	Mill. S/.			
May-08				
Jun-08			0,00	0,00
Jul-08			0,19	0,15
Ago-08			0,84	0,63
Set-08			0,90	0,67
Oct-08			1,59	1,18
Nov-08			1,89	1,39
Dic-08			2,11	1,54
Ene-09			2,10	1,51
Feb-09			2,20	1,58
Mar-09			2,57	1,83
Abr-09			6,68	4,71
May-09			9,06	6,34
Jun-09			11,99	8,32
Jul-09			14,44	9,94
Ago-09			12,15	8,30
Set-09			15,18	10,28
Oct-09			14,11	9,49
Nov-09			9,93	6,62
Dic-09			8,77	5,80
Ene-10			8,02	5,26
Feb-10			6,52	4,25
Mar-10			7,36	4,75
Abr-10			6,70	4,29
May-10			8,30	5,28
Jun-10			8,67	5,47
Jul-10			8,42	5,27
Ago-10			10,65	6,61
Set-10			5,74	3,54
Oct-10			2,52	1,54
Nov-10			2,80	1,70
Dic-10			2,53	1,52
	207,34	186,63	194,93	129,75

Fuente: Estimaciones realizadas sobre la base del Informe N° 007-08-GS-GAL-OSITRAN.

Anexo 6. Estimación del valor actual de ingresos

	Con cambio de tarifa	VAI _{CCT}	Sin cambio de tarifa	VAI _{CST}		Con cambio de tarifa	VAI _{CCT}	Sin cambio de tarifa	VAI _{CST}
	Mill. S/.					Mill. S/.			
Set-05	1,05	1,04	1,05	1,04	Nov-09	6,97	4,65	7,44	4,96
Oct-05	3,70	3,64	3,70	3,64	Dic-09	7,99	5,28	8,55	5,66
Nov-05	4,07	3,98	4,07	3,98	Ene-10	8,12	5,33	8,75	5,75
Dic-05	4,67	4,52	4,67	4,52	Feb-10	7,77	5,06	8,39	5,46
Ene-06	4,94	4,75	4,94	4,75	Mar-10	7,72	4,99	8,37	5,41
Feb-06	4,61	4,39	4,61	4,39	Abr-10	7,08	4,54	7,68	4,92
Mar-06	4,51	4,26	4,51	4,26	May-10	6,90	4,39	7,47	4,75
Abr-06	4,20	3,94	4,20	3,94	Jun-10	6,71	4,23	7,28	4,59
May-06	4,85	4,52	4,85	4,52	Jul-10	7,16	4,48	7,82	4,89
Jun-06	4,69	4,33	4,69	4,33	Ago-10	7,24	4,50	7,96	4,94
Jul-06	5,01	4,59	5,01	4,59	Set-10	7,18	4,43	7,93	4,89
Ago-06	5,17	4,70	5,17	4,70	Oct-10	7,83	4,78	8,64	5,28
Set-06	5,13	4,63	5,13	4,63	Nov-10	7,63	4,63	8,38	5,08
Oct-06	5,47	4,89	5,47	4,89	Dic-10	8,76	5,27	9,59	5,77
Nov-06	5,40	4,79	5,40	4,79	Ene-11	8,94	5,34	9,88	5,90
Dic-06	6,44	5,67	6,44	5,67	Feb-11	8,39	4,97	9,33	5,52
Ene-07	6,68	5,84	6,68	5,84	Mar-11	8,05	4,73	9,00	5,28
Feb-07	6,44	5,58	6,44	5,58	Abr-11	7,77	4,53	8,57	5,00
Mar-07	6,36	5,47	6,36	5,47	May-11	7,32	4,23	8,19	4,73
Abr-07	5,90	5,03	5,90	5,03	Jun-11	7,05	4,04	7,92	4,54
May-07	5,60	4,74	5,60	4,74	Jul-11	7,63	4,34	8,65	4,92
Jun-07	5,38	4,51	5,38	4,51	Ago-11	7,72	4,36	8,76	4,94
Jul-07	5,80	4,83	5,80	4,83	Set-11	7,57	4,24	8,57	4,80
Ago-07	6,30	5,21	6,30	5,21	Oct-11	7,98	4,43	9,07	5,04
Set-07	6,20	5,08	6,20	5,08	Nov-11	7,77	4,29	8,93	4,92
Oct-07	6,52	5,31	6,52	5,31	Dic-11	8,95	4,90	10,32	5,64
Nov-07	6,51	5,25	6,51	5,25	Ene-12	9,45	5,12	10,90	5,91
Dic-07	7,46	5,97	7,46	5,97	Feb-12	8,83	4,75	10,22	5,50
Ene-08	7,68	6,10	7,68	6,10	Mar-12	8,57	4,58	9,97	5,32
Feb-08	7,58	5,97	7,58	5,97	Abr-12	7,97	4,22	9,32	4,93
Mar-08	7,68	6,00	7,68	6,00	May-12	7,52	3,95	8,75	4,60
Abr-08	6,70	5,20	6,70	5,20	Jun-12	7,53	3,93	8,76	4,57
May-08	6,83	5,26	6,83	5,26	Jul-12	8,13	4,20	9,58	4,96
Jun-08	6,35	4,85	6,35	4,85	Ago-12	8,28	4,25	9,84	5,05
Jul-08	7,03	5,32	7,03	5,32	Set-12	7,92	4,03	9,46	4,82
Ago-08	7,17	5,39	7,17	5,39	Oct-12	8,49	4,29	10,19	5,15
Set-08	7,02	5,23	7,02	5,23	Nov-12	8,37	4,20	10,01	5,02
Oct-08	7,30	5,40	7,30	5,40	Dic-12	9,27	4,61	11,22	5,58
Nov-08	7,11	5,21	7,11	5,21	Ene-13	9,84	4,85	11,98	5,91
Dic-08	7,88	5,74	7,88	5,74	Feb-13	9,01	4,41	10,86	5,31
Ene-09	8,22	5,94	8,22	5,94	Mar-13	9,40	4,56	11,25	5,46
Feb-09	7,64	5,47	7,64	5,47	Abr-13	7,92	3,81	9,47	4,56
Mar-09	7,56	5,38	7,56	5,38	May-13	8,23	3,93	9,67	4,62
Abr-09	7,14	5,04	7,14	5,04	Jun-13	8,35	3,96	9,44	4,48
May-09	6,78	4,74	6,78	4,74	Jul-13	9,11	4,28	10,19	4,79
Jun-09	6,65	4,62	6,65	4,62	Ago-13	9,39	4,38	10,41	4,86
Jul-09	7,24	4,98	7,24	4,98	Set-13	8,83	4,09	9,87	4,57
Ago-09	7,44	5,08	7,44	5,08	Oct-13	9,54	4,38	10,70	4,91
Set-09	6,83	4,63	7,23	4,90	Nov-13	9,71	4,42	10,77	4,91
Oct-09	7,22	4,85	7,74	5,21	Dic-13	10,75	4,86	11,99	5,42
						718,70	472,87	775,28	503,28

Fuente: Estimaciones realizadas sobre la base del Informe N° 007-08-GS-GAL-OSITRAN.

Anexo 7. Transferencia de terrenos en otras concesiones de transportes

a. Autopista del Norte - Aunor

El contrato de concesión de la Red Vial N° 4, tramos viales Pativilca - Santa - Trujillo y Puerto Salaverry - Empalme R01N, fue suscrito el 18 de febrero de 2009, entre el MTC y la Sociedad Concesionaria Autopista del Norte S.A.C. En la tabla 7A se presentan sus principales características.

Tabla 7A. Principales características del contrato

Plazo	25 años	Cláusula 4.1.
Modalidad	Autosostenible	Cláusula 2.5
Compromiso de inversión	Inversión proyectada, referencia US\$ 286 millones (incluido IGV)	Anexo VII: Propuesta económica

Fuente: ProInversión, 2009b.

En la cláusula 5.8 de este contrato se señala que «el Concedente está obligado a poner a disposición del Concesionario, el área del terreno del Área de Concesión y del Derecho de Vía» (ProInversión 2009b: 32); es decir, el concedente mantiene la obligación de la entrega de terrenos. Sin embargo, el contrato consideró la posibilidad que **el concesionario efectúe la liberación de las áreas necesarias para el inicio o continuación de la ejecución de las obras de construcción, previo acuerdo con el concedente**, conforme lo señalado en la cláusula 5.12 (ProInversión 2009b: 32). Por su parte, la cláusula 5.38 establece que el costo de las expropiaciones sea asumido por el concedente.

En este marco, mediante Resolución Directoral N° 357-2012-MTC/20, de fecha 7 de junio de 2012, emitido por Provias Nacional, se aprueba el presupuesto para la elaboración del diagnóstico técnico legal y los expedientes de los predios, tal como se señala a continuación:

«Artículo 1°.- Aprobar administrativamente el Presupuesto para la elaboración del Diagnostico Técnico Legal y Expedientes Individuales de los predios que se encuentran dentro del derecho de vía de los Tramos 1, 2, 4, y 26 expedientes individuales del Tramo 3 de la Red Vial N° 4: Pativilca – Trujillo, cuyo costo para la primera etapa asciende a S/. 1327 500, 00 (Un Millón Trescientos Veintisiete Mil Quinientos con 00/100 Nuevos Soles), incluido el IGV., y para la segunda etapa el costo unitario por expediente individual a S/ 600, 00 (Seiscientos y 00/100 Nuevos Soles), Incluido IGV, **el cual ha sido elaborado y presentado por la Sociedad Concesionaria Autopista del Norte S.A.C [...]**».

De lo señalado, se aprecia el esfuerzo del concesionario para gestionar la liberación de los predios con el objetivo de liberar el Fideicomiso de Recaudación, que fue constituido para garantizar el empleo eficiente de lo recaudado por peaje y dar un impulso inicial a la ejecución de las obras durante los primeros años de la concesión. La liberalización se efectuaría una vez que se haya verificado una inversión en obras de responsabilidad del concesionario de US\$ 20 millones (sin IGV), conforme se advierte en el anexo XI – Fideicomiso de Recaudación del Contrato de Concesión (ProInversión 2009b: 181-183).

Por tanto, en este contrato se contemplaba mecanismos que permitían *incentivar* al concesionario a ejecutar obras, y contaba con herramientas contractuales para que el concesionario elabore los expedientes de diagnóstico y efectúe las coordinaciones para liberar predios. Por tal razón, pese a que las normas de la materia, vigentes en ese entonces, no contenían un procedimiento claro, ello no fue un limitante para que el concesionario apoye al concedente en la liberación de predios.

Extracto de cláusulas de este contrato de concesión (ProInversión, 2009b):

«5.38. El CONCEDENTE es responsable y se compromete a ejecutar los procedimientos de expropiación de derechos y/o de imposición de servidumbres que requiera el CONCESIONARIO para el cumplimiento de sus obligaciones conforme a este Contrato, previa solicitud de este último, conforme al procedimiento y cumpliendo los requisitos previstos en la ley de la materia, y las atribuciones conferidas por el Artículo 30 del Reglamento. Todos los costos relacionados con los procedimientos de expropiación de derechos y/o de imposición de servidumbres serán asumidos en su totalidad por el CONCEDENTE.

(...)

5.8. El CONCEDENTE está obligado a poner a disposición del CONCESIONARIO, el área de terreno del Área de la Concesión y del Derecho de Vía, en los plazos a que se refiere la Cláusulas 5.11 y 5.12, respectivamente.

(...)

5.12 Por lo menos el veinticinco por ciento (25%) de las áreas de terreno referentes al Área de Concesión o Derecho de Vía, para la Construcción de la Segunda Calzada a cargo del CONCESIONARIO, deberán ser entregadas por el CONCEDENTE a más tardar a los sesenta

(60) Días Calendario desde la acreditación del Cierre Financiero, libre de invasiones u ocupaciones y en un estado, características y situación tal que permita al CONCESIONARIO dar inicio a la ejecución de las Obras. Este veinticinco por ciento (25%) debe corresponder a kilómetros continuos desde el Norte hacia el sur.

El saldo deberá ser entregado en una (1) o más oportunidades por el CONCEDENTE al CONCESIONARIO a más tardar a los trescientos sesenta y cinco (365) Días Calendario de la primera entrega mencionada en el párrafo anterior.

El CONCESIONARIO podrá efectuar la liberación de las áreas necesarias para el inicio o continuación de la ejecución de las Obras de Construcción, previo acuerdo con el CONCEDENTE, para tal efecto el CONCEDENTE deberá aprobar el presupuesto que proponga el CONCESIONARIO, para lo cual deberá presentar un expediente técnico-legal para adquisición de los predios, el cual contará principalmente con la siguiente información: nombre del propietario o poseerlo, ubicación georeferenciada, progresiva, planos del área, de la edificación afectada, memoria descriptiva e información legal.

Previa conformidad y aprobación por parte del CONCEDENTE del expediente técnico, el CONCESIONARIO podrá realizar las acciones necesarias para contar con la libre disponibilidad de las áreas. Los gastos en que incurra el CONCESIONARIO por la ejecución de dichas actividades serán aprobados y pagados por el CONCEDENTE».

b. Autopista del Sol - Covisol

El contrato de concesión Autopista del Sol Tramo Trujillo - Sullana fue suscrito el 25 de agosto de 2009, entre el MTC y la Sociedad Concesionaria Vial del Sol S.A. (Covisol). En la tabla 7B se muestran sus principales características.

Tabla 7B. Principales características del contrato de concesión

Plazo	25 años	Cláusula 4.1.
Modalidad	Autosostenible	Cláusula 2.5
Compromiso de inversión	Inversión proyectada, referencia US\$ 360 millones (incluido IGV)	Anexo VII: Propuesta económica

Fuente: ProInversión, 2009a.

Este contrato, de manera similar al caso de Aunor, estableció en sus cláusulas 5.8 y 5.12 que si bien el concedente mantiene la obligación de la entrega de terrenos, el concesionario puede efectuar la liberación de las áreas necesarias para el inicio o continuación de la ejecución de las obras (ProInversión 2009a: 32-33). Así también, la cláusula 5.38 establece que el costo de las expropiaciones sea asumido por el concedente (ProInversión 2009a: 37).

Así también, mediante Adenda N° 2, suscrita el 23 de diciembre de 2016, se incorporó la posibilidad que el concesionario, a solicitud del concedente, y siempre que cuente con recursos para ello, efectúe los pagos a los beneficiarios y, una vez acreditado el pago, el concedente le restituya el desembolso en un plazo no mayor a seis meses. Es decir, este contrato contemplaba disposiciones que facultaban al concesionario a liberar predios. Sin embargo, de la documentación revisada, se encontró que dicho mecanismo se utilizó recién en el año 2013, tal como se advierte en el Acta de Trato Directo, de fecha 18 de enero de 2013, mediante la cual se encarga al concesionario realizar las acciones de liberación de las interferencias (fibra óptica, postes de energía eléctrica, etcétera), con el fin que se pueda continuar con la ejecución de las obras.

Previo a dicho encargo, el concesionario ejecutó obras en los terrenos que el concedente le iba entregando, tal como se aprecia en el Acta de Trato Directo suscrita el 1 de marzo de 2011, mediante la cual se acordó que el concedente se encargue de liberar terrenos y el concesionario realice obras en los terrenos que el primero le iba entregando en el tramo Piura - Sullana. También se indicó que el inicio de la ejecución de las obras se computaría a partir de la entrega de los terrenos. Por tanto, el concesionario ejecutó a medida que recibía los terrenos, pese a que contractualmente estaba obligado a ejecutar una vez que el Estado le entregara la totalidad de los terrenos.

De lo expuesto se aprecia el interés del concesionario por ejecutar las obras. Sin embargo, a pesar de contar con un mecanismo contractual para coadyuvar esfuerzos en la liberación de terrenos, este recién se usó al cuarto año de la concesión; a diferencia de lo ocurrido con Aunor, en el que esto gatilló desde el inicio de la concesión. Este contrato también estableció la creación del Fideicomiso de Recaudación, que quedaría liberado una vez verificada una inversión en obras de responsabilidad del concesionario de US\$ 20 millones (sin IGV), conforme se advierte en el Anexo XI – Fideicomiso de recaudación (ProInversión 2009a: 183-184).

Extracto de cláusulas de este contrato de concesión (Fuente: ProInversión, 2009a.)

«5.38. El CONCEDENTE es responsable y se compromete a ejecutar los procedimientos de expropiación de derechos y/o de imposición de servidumbres que requiera el CONCESIONARIO para el cumplimiento de sus obligaciones conforme a este Contrato, previa solicitud de este último, conforme al procedimiento y cumpliendo los requisitos previstos en la ley de la materia, y las atribuciones conferidas por el Artículo 30 del Reglamento. Todos los costos relacionados con los procedimientos de expropiación de derechos y/o de imposición de servidumbres serán asumidos en su totalidad por el CONCEDENTE.

5.8. El CONCEDENTE está obligado a poner a disposición del CONCESIONARIO, el área de terreno del Área de la Concesión y del Derecho de Vía, en los plazos a que se refiere la Cláusulas 5.11 y 5.12, respectivamente.

5.12 (...) El CONCESIONARIO podrá efectuar la liberación de las áreas necesarias para el inicio o continuación de la ejecución de las Obras de Construcción, previo acuerdo con el CONCEDENTE, para tal efecto el CONCEDENTE deberá aprobar el presupuesto que proponga el CONCESIONARIO para la elaboración de los expedientes necesarios para la liberación de predios afectados e interferencias en las Áreas de la Concesión y/o Derecho de Vía.

Previa conformidad y aprobación por parte del CONCEDENTE de los expedientes correspondientes, el CONCESIONARIO podrá realizar las acciones necesarias para contar con la libre disponibilidad de las áreas. Los gastos en que incurra el CONCESIONARIO por la ejecución de dichas actividades serán aprobados y pagados por el CONCEDENTE.

Asimismo, para facilitar el proceso de liberación de áreas de terreno necesarios para dar la continuidad a las Obras en ejecución y previo acuerdo entre las partes, el CONCESIONARIO podrá, a solicitud del CONCEDENTE y siempre que este cuente con los recursos para ello, efectuar los pagos a los beneficiarios. Una vez acreditado el pago el CONCEDENTE deberá restituir el desembolso en un plazo no mayor a seis (06) meses al CONCESIONARIO».

c. Análisis de ambas concesiones

De lo indicado en los dos contratos analizados, se aprecia lo siguiente:

- Si bien el Fideicomiso de Recaudación fue un mecanismo que motivó la ejecución de las obras en los primeros años de ambas concesiones, dicho mecanismo no sería sostenible en el tiempo porque una vez alcanzando el monto fijado, el fideicomiso se libera a favor del concesionario. De esta forma, se extingue el incentivo que este pudiera tener para seguir ejecutando obras (véase la tabla 7C).

Tabla 7C. Ejecución del proyecto (en millones de S/ y porcentaje)

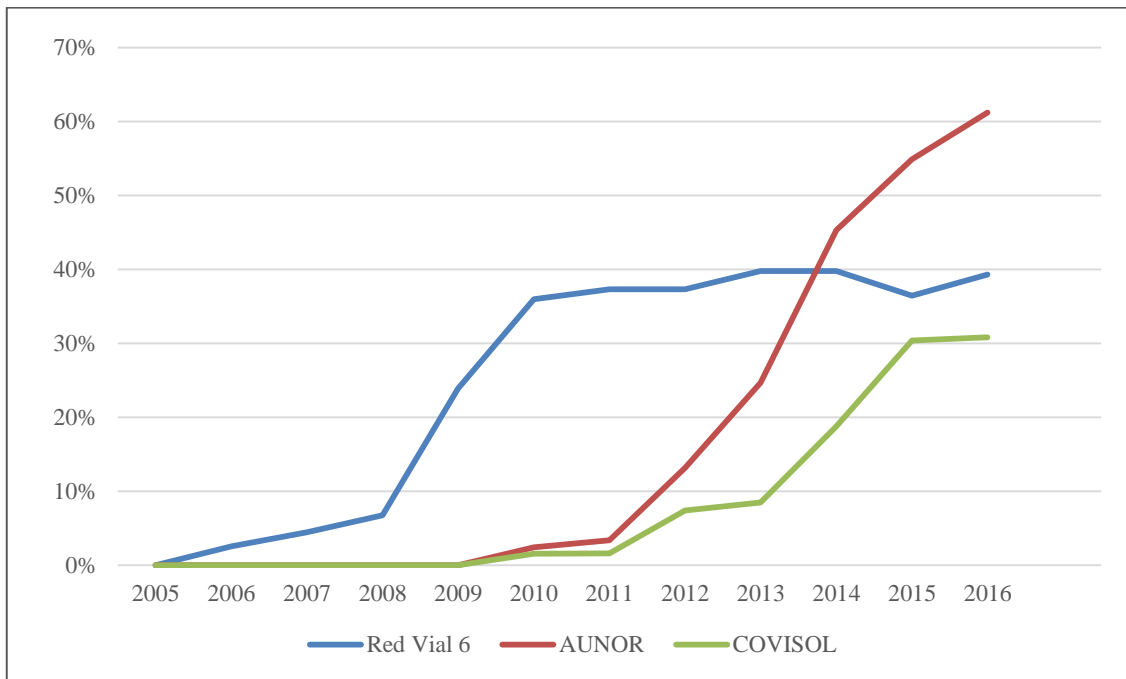
Inicio de la concesión	Red Vial N° 6		Autopista del Norte		Concesionaria Vial del Sol	
	2005		2009		2009	
Año de la concesión	Compromiso de inversión acumulado (millones de S/)	Porcentaje de ejecución acumulado	Compromiso de inversión acumulado (millones de S/)	Porcentaje de ejecución acumulado	Compromiso de inversión acumulado (millones de S/)	Porcentaje de ejecución acumulado
2005	229	0%				
2006	229	2,57%				
2007	229	4,48%				
2008	229	6,76%				
2009	229	23,89%	286	0%	299,96	0%
2010	229	35,96%	286	2,45%	299,96	1,58%
2011	232	37,30%	286	3,40%	299,96	1,60%
2012	232	37,30%	286	13,18%	299,96	7,40%
2013	232	39,80%	286	24,70%	299,96	8,50%
2014	232	39,80%	286	45,32%	299,96	18,80%
2015	294	36,46%	286	54,90%	300,00	30,40%
2016	294	39,30%	286	61,20%	398,03	30,81%

Fuente: Ositran, 2016-2005.

Ambas concesiones llegaron a los US\$ 20 millones de inversión en el año 2012; sin embargo, una vez ocurrida la liberación del fideicomiso, Covisol tuvo un nivel de ejecución lento durante el año 2013, a diferencia de Aunor, cuya tendencia fue creciente, superando a la Red Vial N° 6 y a Covisol (véase el gráfico 7A). Se aprecia que el Fideicomiso de Recaudación surgió como una motivación del concesionario para apoyar al Estado en la adquisición de los terrenos, así como las medidas contractuales que permitían su participación, las cuales se incluyeron en el contrato de concesión.

- Es preciso indicar que la Red Vial N° 6 incorpora la cláusula de adquisición de terrenos en la Adenda N° 9, suscrita el 1 de diciembre de 2016, permitiendo que el concesionario se encargue de la formulación de expedientes individuales de los predios y de su adquisición. Es decir, en este año, el concedente está generando los mecanismos para que el concesionario lo apoye a solucionar la problemática de la entrega de terrenos. Sin embargo, como se verá más adelante, esto no sería suficiente para lograr este objetivo.

Gráfico 7A. Ejecución de obras



Fuente: Tabla 7C.

Anexo 8. Marco normativo comparado respecto al catastro

La identificación de los propietarios o poseedores de los predios es un problema transversal en todas las concesiones del Perú, originado por la ausencia de estudios específicos de saneamiento físico legal que evalúen la situación jurídica de la propiedad y por contar con un catastro desactualizado. Este problema no solo se ha visto reflejado en las concesiones peruanas, sino también en las concesiones de otros países, como las colombianas. Es en ese sentido que algunos países han empezado a trabajar en su modificación normativa, para solucionar el problema presentado en los proyectos de infraestructura, y en la actualización de su catastro.

Al respecto, el catastro suizo ha sido uno de los más técnicos y precisos del mundo, al realizar la descripción física de los inmuebles, lo que garantiza la seguridad jurídica de estos. Este modelo catastral le sirvió de base al catastro colombiano. El Gobierno colombiano encargó al Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) la conformación, actualización y vigilancia de los procesos catastrales, con el fin que esta entidad defina las características físicas, jurídicas, económicas y fiscales de los predios, de acuerdo con la metodología que considere necesaria para llevar a cabo dicho proceso (Sánchez 2012: 23).

Pese a los esfuerzos desplegados por el Gobierno colombiano en la actualización de su catastro, mediante la Ley N° 1682, se incorporó en el artículo 21° la figura del saneamiento automático en el caso de infraestructuras de transportes declaradas de necesidad pública (p. 15). Esta figura podrá invocarse cuando la entidad pública adquirente, durante el proceso de adquisición predial o a su término, no haya logrado consolidar el derecho real de dominio a su favor por existir circunstancias que le hayan impedido hacerlo, como, por ejemplo, la transferencia imperfecta del dominio por el vendedor, la existencia de limitaciones, gravámenes, afectaciones o medidas cautelares que impidan el uso, goce y disposición plena del predio para los proyectos de infraestructura de transporte.

Por otro lado, dicha ley incorporó también, en el artículo 23° (pp. 18-19), el mandato a la IGAC para realizar valuaciones comerciales de los predios afectados por las infraestructuras de transportes, las que debían incluir el valor de las indemnizaciones o compensaciones.

Anexo 9. Relación de normas legales citadas en el trabajo de investigación

Perú (6 de enero de 2017). Decreto Legislativo N° 1333, Decreto legislativo para la simplificación del acceso a predios para proyectos de inversión priorizados. *El Peruano. Normas Legales* (Lima), pp. 49-53.

Perú (30 de noviembre de 2016). Decreto Legislativo N° 1251, Decreto legislativo que modifica el Decreto legislativo N° 1224, Ley marco de promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos. *El Peruano. Normas Legales* (Lima), pp. 605394-605399.

Perú (31 de mayo de 2016). Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15, Lineamientos para la asignación de riesgos en los contratos de asociaciones público privadas. *El Peruano. Normas Legales* (Lima), pp. 588328-588329.

Perú (27 de diciembre de 2015). Decreto Supremo N° 410-2015-EF, Aprueban reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del marco de promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos. *El Peruano. Normas Legales* (Lima), pp. 55-72.

Perú (25 de setiembre de 2015). Decreto Legislativo N° 1224, Decreto legislativo del Marco de promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos. *El Peruano. Normas Legales* (Lima), pp. 562173-562181.

Perú (23 de agosto de 2015). Decreto Legislativo N° 1192, Decreto legislativo que aprueba la ley marco de adquisición y expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura. *El Peruano. Normas Legales* (Lima), pp. 559912-559921.

Perú (23 de agosto de 2015). Ley N° 30327, Ley de promoción de las inversiones para el crecimiento económico y el desarrollo sostenible. *El Peruano. Normas Legales* (Lima), pp. 5529245-552955.

Perú (22 de mayo de 2013). Ley N° 30025, Ley que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de bienes inmuebles afectados para la ejecución de diversas obras de infraestructura. *El Peruano. Normas Legales* (Lima), pp. 495193-495199.

Perú (20 de diciembre de 2007). Ley N° 29158, Ley orgánica del Poder Ejecutivo. *El Peruano. Normas Legales* (Lima), pp. 360404-360413.

Perú (9 de enero de 2002). Ley 27628, Ley que facilita la ejecución de obras públicas viales. *El Peruano. Normas Legales* (Lima), p. 215298.

Perú (20 de mayo de 1999). Ley 27117, Ley general de expropiaciones. *El Peruano. Normas Legales* (Lima), pp. 173331-17337.

Perú (26 de diciembre de 1996a). Decreto Supremo 060-96-PCM, Reglamento del texto único ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Recuperado de <<https://www.mef.gob.pe/es/normatividad-sp-29923/por-temas/7033-decreto-supremo-n-059-96-pcm/file>>.

Perú (26 de diciembre de 1996b). Decreto Supremo 059-96-PCM, Texto único ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Recuperado de <<https://www.mef.gob.pe/es/normatividad-sp-29923/por-temas/7033-decreto-supremo-n-059-96-pcm/file>>.

Perú (29 de diciembre de 1993). *Constitución política del Perú, 1993*. Lima: Congreso Constituyente Democrático.

Anexo 10. Relación de funcionarios entrevistados

Funcionario (a)	Cargo o área
Ana Cristina Barrionuevo Luna	En la actualidad, Asesora legal de la Secretaría General del Ministerio de Energía y Minas, ex asesora legal en la Secretaría General y en la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y en el Ministerio de Economía y Finanzas.
Carlos Carrasco Boza	Se desempeña como abogado de la Concesionaria Línea Amarilla (Lamsac). Ex asesor legal de la Oficina General de Asesoría Jurídica en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, así como en Provias Nacional, con amplia experiencia en procedimientos de adquisición de predios y expropiaciones.
Karin Granda Sánchez	En la actualidad, directora de la Dirección de Política de Inversión Privada del Ministerio de Economía y Finanzas. Se ha desempeñado como asesora legal del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, así como del Ositran, con amplia experiencia en regulación de infraestructura. Participó en la emisión del Decreto Legislativo N° 1224 y en su Reglamento.
Giancarlo Noriega del Castillo	En la actualidad, gerente técnico de la empresa Concesionaria Vial del Perú (Coviperú). Participó en la supervisión de la obra de la primera etapa del Proyecto de la Red Vial N° 6.
Nancy Zedano Martínez	Se desempeña como subdirectora de la Dirección Especial de Proyectos de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión). Ex directora general de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Cuenta con amplia experiencia en regulación de infraestructura y saneamiento de predios.
Jorge Luis Zavaleta Altamirano	En la actualidad es supervisor in situ en Ositran. Participó en la ejecución de la primera etapa del Proyecto de la Red Vial N° 6.
Anónimo	En la actualidad desarrolla labores de Supervisión de Inversiones en Ositran. Con amplia experiencia en infraestructura de transportes.
Anónimo	Brinda Asesoría Legal en Provias Nacional, con amplia experiencia en procedimientos de adquisición de predios y expropiaciones.
Anónimo	Brinda Asesoría en el Equipo Especializado al Seguimiento de la Inversión del Ministerio de Economía y Finanzas, con experiencia en proyecto de inversión pública y privada.

Elaboración propia.

Nota biográfica

Julissa Verónica Alarcón Morales

Nació en Lima, el 17 de junio de 1984. Bachiller en Derecho y Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Tiene experiencia laboral en el sector público, en áreas vinculadas a la aplicación y desarrollo normativo del Sistema Nacional de Inversión Pública; inversión con participación del sector privado mediante obras por impuestos y asociaciones público-privadas; control previo y seguimiento especializado a las inversiones público-privadas; así como emisión de instrumentos normativos y metodológicos en materia de inversiones. Ha incursionado en la enseñanza en temas de inversión pública y público-privada. En la actualidad se desempeña como asesora legal de la Oficina General de Asesoría Jurídica en el Ministerio de Educación.

Sandra Beatriz Manco Menéndez

Nació en Lima, el 22 de marzo de 1977. Bachiller en Ciencias con Mención en Ingeniería Económica e Ingeniera Economista por la Universidad Nacional de Ingeniería. Egresada de la Maestría en Economía de la Universidad de Chile. Cuenta con Especialización en Proyectos de Inversión Pública de la Universidad del Pacífico y Certificación en Asociaciones Público-Privadas en Perú y América Latina y el Caribe del INDES-BID y el MEF.

Tiene experiencia laboral en inversión pública de energía y telecomunicaciones, obras por impuestos y asociaciones público-privadas en educación y saneamiento, entre otros, en el sector público. En la actualidad es Directora Nacional y Responsable de Unidad Formuladora en PCM.

Paola Liset Velasquez Paucar

Nació en Lima, el 6 de octubre de 1983. Bachiller en Derecho y Abogada por la Universidad de San Martín de Porres. Egresada de la carrera de Administración de Negocios Internacionales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Cuenta con Especialización en Derecho de las Concesiones por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Certificación en Asociaciones Público-Privadas en Perú y América Latina y el Caribe en el INDES-BID y el MEF.

Tiene experiencia laboral en concesiones de infraestructura de transportes, telecomunicaciones y energía, derecho administrativo, entre otros, en el sector público. En la actualidad se desempeña como Asesora legal de la Secretaría General en el Ministerio de Energía y Minas.