



**“ANÁLISIS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE LA RED VIAL
N° 6, TRAMO VIAL PUENTE PUCUSANA - CERRO AZUL - ICA
DE LA CARRETERA PANAMERICANA SUR”**

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

Presentado por

Sr. Humberto Manuel Balbuena Pérez

Sra. Elizabeth Mora Ramírez

Sr. Edgar Cristian Tello Rivera

Asesor: Profesor Víctor Arroyo Tocto

2017

Esta tesis se la dedico a mi padre, por todo el esfuerzo que hace día a día para que sea una mejor persona y profesional, dado que es el ejemplo de vida que sigo para guiar mi camino.

Humberto Manuel Balbuena Pérez

Dedico este trabajo de investigación a mis padres, mis hermanos y a mi sobrino, quienes día a día me mostraron su amor incondicional y me esperaron fielmente cada domingo a que llegara a casa.

Elizabeth Mora Ramírez

A mis padres y hermanos, por su apoyo incondicional, su tiempo, sus enseñanzas, su amor y cada una de esas cosas que han inculcado y aportado en mí. A mi esposa y mi hijo, por su amor y por aunarse a ser ese motivo de mi vida.

Edgar Cristian Tello Rivera

A Dios, por inspirar mis decisiones y por permitirme cumplir cada una de mis metas, y porque en cada etapa de mi vida siempre he contado con buenas personas.

Humberto Manuel Balbuena Pérez

A Dios, mis amigos y cada persona que me ayudó a recaudar información y me inspiró a ser mejor profesionalmente.

Elizabeth Mora Ramírez

A Dios, por darme vida y tiempo, y por rodearme de personas buenas, para lograr cada meta y alcanzar mis aspiraciones.

Edgar Cristian Tello Rivera

Resumen ejecutivo

En el presente trabajo de investigación se analiza el contrato de concesión del tramo vial "Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica" (Red Vial N° 6), suscrito el 20 de setiembre de 2005, así como los problemas que se han suscitado en el transcurso del proceso de promoción de la inversión y la ejecución contractual.

El proceso de promoción del proyecto Red Vial N° 6 presentó problemas en la adjudicación de la buena pro, al tener que recurrirse a una segunda convocatoria y licitación, debido a que solo se presentó un postor, lo que representaba una limitación a la libre competencia. Luego de la primera licitación, las bases fueron modificadas para permitir la adjudicación. Asimismo, se analizó el factor de competencia aplicado y cuál fue la experiencia en otros proyectos.

En la fase de ejecución contractual, el proyecto Red Vial N° 6 presentó problemas con la entrega de terrenos al concesionario, lo que implicó demoras en la ejecución de la inversión y, a la vez, problemas en la aplicación de la tarifa, en especial lo relacionado con la fórmula de actualización y el tipo de cambio. En este contexto, el concesionario se veía afectado al reducirse su ingreso, debido a una fórmula de actualización de la tarifa que no era coherente con los niveles de inversión realizados y que con la coyuntura cambiaría. Ello fue solucionado con las partes, mediante una modificación contractual que establecía una nueva fórmula de cálculo. Los niveles de servicio se vieron afectados debido a un error en la modificación del contrato que no previó mayores labores de mantenimiento en el caso de retraso en la entrega de los subtramos 2, 4 y 5. Al respecto, el concedente exigió que el concesionario cumpliera con las labores de mantenimiento periódico, a pesar de que el contrato de concesión solo había establecido que era responsable por el mantenimiento rutinario.

Un problema sobre la aplicación de la tarifa estuvo relacionado con el mecanismo de redondeo, respecto del cual el contrato de concesión no había establecido detalladamente el proceso de redondeo para el cálculo de la tarifa cuando se trataba de la suma de varios peajes. Es así que el problema se debió a un error en el diseño contractual, al no establecerse la oportunidad ni el orden de prelación en la fórmula aplicable. Finalmente, se analizó la caída del Puente Topará (que es parte de la Red Vial N° 6) como un error en el diseño del proyecto y de responsabilidad del concesionario, en tanto que este había asumido el riesgo del diseño, de acuerdo con las estipulaciones del contrato de concesión.

Índice

Resumen ejecutivo	iv
Índice de tablas	viii
Índice de gráficos	ix
Índice de anexos	x
Introducción	1
Capítulo I. Información general	2
1. Justificación	2
2. Antecedentes	3
3. Planteamiento del problema	5
4. Objetivos del trabajo de investigación	7
4.1. Objetivos generales	7
4.2. Objetivos específicos	7
5. Metodología	7
Capítulo II. Marco referencial	8
1. Marco teórico	8
2. Marco normativo.....	8
2.1. Descripción del contrato de concesión de la Red Vial N° 6	9
2.2. Actores que participan en la concesión de la Red Vial N° 6.....	10
2.3. Sobre el plan de promoción y el factor de competencia	11
2.4. Sobre la entrega de terrenos	11
2.5. Sobre la aplicación de la tarifa	13
2.6. Sobre los niveles de servicialidad, las labores de puesta a punto y el mantenimiento.....	14
3. Sobre la distribución de riesgos	15

Capítulo III. Caso de estudio: el contrato de concesión.....	17
1. Plan de promoción y bases del proceso.....	17
1.1. Fase de precalificación.....	17
1.2. Fase de acreditación de la capacidad legal.....	17
1.3. Fase de presentación y evaluación de la propuesta técnica.....	18
1.4. Fase de presentación y evaluación de la oferta económica y el factor de competencia.....	19
1.5. Declaración de desierta de la primera licitación pública especial.....	20
1.6. Segunda licitación pública.....	20
2. Sobre la problemática en torno a la dificultad de adjudicar la buena pro.....	21
3. Análisis de riesgos.....	22
3.1. Riesgos en la etapa de diseño y construcción.....	22
3.1.1. Riesgo de diseño.....	22
3.1.2. Riesgo de construcción.....	23
3.1.3. Riesgo de expropiación de terrenos.....	24
3.1.4. Riesgo geológico / geotécnico.....	24
3.1.5. Riesgo de interferencias / servicios afectados.....	25
3.1.6. Riesgo ambiental.....	25
3.1.7. Riesgo arqueológico.....	25
3.1.8. Riesgo de infraestructura existente transferida al concesionario.....	26
3.1.9. Riesgo por inversiones adicionales.....	27
3.1.10. Riesgo de financiamiento.....	27
3.1.11. Riesgo de tipo de cambio (diseño y construcción).....	27
3.1.12. Riesgos derivados de eventos de fuerza mayor.....	28
3.1.13. Riesgos en la etapa de operación y mantenimiento.....	28
4. Regulación del contrato.....	30
4.1. La demora en la entrega de áreas liberadas para la construcción de obras.....	30
4.1.1. Sobre la demora en la entrega de los terrenos y el marco contractual.....	30
4.1.2. Razones de la demora en la entrega de terrenos.....	31

4.1.3. Sobre el problema de la aplicación del tipo de cambio al incremento de la tarifa debido a la demora en la entrega de terrenos	33
4.1.4. La problemática en el alcance de los niveles de servicialidad	35
4.1.5. La dificultad en la determinación de la tarifa durante la concesión: fórmula de redondeo	38
4.1.6. Caída del Puente Topará como un error en el diseño técnico	40
4.2. Desempeño de la concesión	41
4.2.1. Cumplimiento de los objetivos de la concesión	41
4.2.2. Sobre la tasa de ganancia del concesionario	43
Capítulo IV. Análisis y propuestas	45
1. Sobre el factor de competencia en el proceso licitatorio.....	45
1.1. La falta de competencia en el proceso licitatorio	45
2. Sobre la demora en la entrega de terrenos necesarios para la construcción de obras	46
3. Sobre el problema de la aplicación del tipo de cambio al incremento de la tarifa	48
4. Sobre la problemática en el alcance de los niveles de servicialidad	49
5. Sobre el redondeo de la tarifa.....	50
6. Sobre el error en el diseño y la caída del Puente Topará	50
Conclusiones y recomendaciones	51
Bibliografía	52
Anexos	53
Nota biográfica	72

Índice de tablas

Tabla 1. Concesión carretera Red Vial N° 6	2
Tabla 2. Costo de capital de concesiones de carreteras.....	44

Índice de gráficos

Gráfico 1. Descripción general de las obras de la Red Vial N° 6.....	12
--	----

Índice de anexos

Anexo 1. Matriz de riesgos	54
----------------------------------	----

Introducción

Han pasado más de dos décadas desde que el Perú viene aplicando el modelo económico de promoción de la participación del sector privado en las actividades económicas y en el desarrollo de infraestructura en nuestro país, tiempo en el que se ha ido mejorando este modelo económico.

Entre las primeras experiencias en concesiones de carreteras, está el contrato de concesión del tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, Red Vial N° 6, suscrito el 20 de setiembre de 2005, que es una de las principales vías de acceso del sur del país hacia Lima, además de atravesar las provincias de Cañete y Pisco y de unir la red nacional en empalmes que se dirigen a Junín y Huancavelica. Esta carretera es de suma importancia para el desarrollo económico del sur del país, porque es la vía de acceso y de salida al puerto del Callao, lo que promueve la importación y la exportación de productos necesarios para la producción y el consumo de la población. Siendo una de las primeras experiencias en concesiones de infraestructura vial (carreteras), resulta comprensible que hoy pueda advertirse que el contrato de concesión presentó fallas en su estructuración, las cuales se han evidenciado a lo largo de la ejecución del contrato. Esta investigación permitirá identificar y corroborar ciertos hechos relevantes, en atención a la experiencia acumulada en la ejecución del contrato.

El presente trabajo de investigación se divide en cuatro capítulos. El primero está dedicado a la información general respecto de la investigación realizada, la cual está dividida en justificación, antecedentes, planteamiento del problema, objetivos del trabajo de investigación y la metodología. El segundo capítulo está referido al marco referencial, en el que se estudian temas como el marco teórico, el marco normativo e institucional, así como los actores que participan en la ejecución del proyecto. El tercer capítulo tiene como objetivo el estudio del contrato de concesión bajo los siguientes temas: el plan de promoción y las bases del proceso, el análisis de la distribución de los riesgos, la regulación del contrato, la problemática advertida y el desempeño de la concesión. El cuarto capítulo está dedicado al análisis final y las propuestas y se termina con una serie de conclusiones de la presente investigación.

Capítulo I. Información general

1. Justificación

En el Perú la participación privada en proyectos en carreteras ha sido moderada, aunque con matices distintos en los rubros que la integran. Una de las primeras experiencias en el Perú fue el contrato de concesión del tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, Red Vial N° 6, una de las primeras experiencias en concesiones autosostenibles en el sector de transporte terrestre. El objeto de la concesión es la construcción, conservación y explotación de 221,7 km de la carretera Panamericana Sur, comprendida por los subtramos señalados en el siguiente cuadro.

Tabla 1. Concesión carretera Red Vial N° 6

SUBTRAMO	RUTA	LOCALIDAD		LONGITUD (km)
		Desde	Hasta	
1	R01S	Puente Pucusana	Ingreso Cerro Azul	72.70
2	R01S	Ingreso Cerro Azul	Cerro Calavera	1.60
3	R01S	Cerro Calavera	Pampa Clarita	18.70
4	R01S	Pampa Clarita	Intercambio Chincha Alta	33.10
5	R01S	Intercambio Chincha Alta	Empalme San Andrés	41.10
6	R01S	Empalme San Andrés	Guadalupe	54.50
				221.70

Fuente: Elaboración propia con base en el contrato de concesión.

Se estableció la ejecución de las obras en una etapa preparatoria, seguida de tres etapas, con una inversión total de US\$ 192.091.308,57. Para cumplir con los compromisos de inversión, se otorgó al concesionario la facultad de explotación de la infraestructura, la cual prevé la ubicación de tres peajes y el cobro de tarifas de peaje a los usuarios, con la finalidad de financiar las labores de inversión, operación y mantenimiento de la carretera.

El contrato elegido tiene determinadas particularidades, pues es uno de los primeros contratos de concesión que se suscribieron en infraestructura vial de carreteras y el primer contrato por un plazo de treinta años¹. La vía concesionada se dividió en seis subtramos, entre los cuales hay tres subtramos preexistentes y paralelos a las obras nuevas a construirse, que debían ser

¹ Se debe tomar en cuenta que, de acuerdo con la Cláusula 4.1, en caso de que el inicio de las obras de la segunda etapa fuese posterior al año diecisiete (17), se ampliará la concesión a treinta y dos (32) años. Por otro lado, en caso de que genere la obligación de ejecutar la tercera etapa, el plazo de la concesión se ampliará de acuerdo a cómo lo acuerden las partes.

mantenidos por el concesionario hasta la operación de los tramos nuevos, para posteriormente ser devueltos al concedente.

2. Antecedentes

Mediante acuerdo de la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI), del 13 de febrero de 2002, se aprobó el plan de promoción de la inversión privada para el otorgamiento en concesión del tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica y Cañete – Lunahuaná de la Carretera Panamericana Sur. Posteriormente, el 26 de marzo de 2002, mediante acuerdo de la COPRI, se aprobó las bases y el cronograma para la entrega en concesión del tramo vial antes señalado. La convocatoria se publicó el 9 de abril de 2002. El comité de Proinversión, en proyectos de infraestructura y de servicios públicos (llamado en adelante el comité de Proinversión), que estaba a cargo de dicha licitación pública, declaró el 31 de marzo de 2005 que la misma quedaba desierta, debido a la falta de pluralidad de propuestas económicas conforme a lo que se establecía en las respectivas bases.

Asimismo, el 18 de abril de 2005, el comité de Proinversión aprobó las bases de la segunda convocatoria para la entrega en concesión al sector privado del tramo vial Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica de la Carretera Panamericana Sur - R01S, las que a su vez fueron aprobadas por el consejo directivo de Proinversión en su sesión de fecha 22 de abril de 2005. Luego, el 20 de julio de 2005, el comité de Proinversión en proyectos de infraestructura y de servicios públicos adjudicó la buena pro al socio estratégico Consorcio Binacional Andino. Finalmente, el 20 de septiembre de 2005, se suscribió el contrato de concesión de la Red Vial N° 6 correspondiente al tramo vial Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica (que llamaremos en adelante el contrato de concesión) entre la sociedad concesionaria, la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. (que en adelante llamaremos el concesionario) y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Posteriormente, el contrato de concesión fue sujeto a modificaciones, las cuales mencionamos a continuación:

- El 28 de agosto de 2007, el concesionario y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones firmaron la Adenda N° 1 al contrato de concesión, con el fin de reducir la incidencia de accidentes, para lo cual el concesionario realizaría obras destinadas a salvaguardar la integridad de los usuarios y de terceras personas.
- El 8 de abril de 2009 se suscribió la Adenda N° 2 al contrato de concesión, con el objeto de establecer las condiciones por las cuales se llevó a cabo la modificación del

cronograma contractual de obras. Es así como los plazos previstos en el contrato de concesión para la entrega de predios a la sociedad concesionaria fueron actualizados, decidiéndose el intercambio de obras entre las de la primera etapa y las del módulo A de la segunda etapa, de acuerdo con la disponibilidad de los terrenos adquiridos por el concedente.

- El 16 de marzo de 2010 se suscribió la Adenda N° 3 al contrato de concesión, con la finalidad de autorizar al concedente la ejecución directa de las nuevas obras.
- El 15 de junio de 2011 se suscribió la Adenda N° 4 al contrato de concesión, con la finalidad de adelantar el inicio de la ejecución de las obras correspondientes a la puesta a punto de la calzada en el tramo Pampa Clarita e Intercambio Chíncha Alta. Asimismo, la construcción de un puente de 35 metros lineales sobre la quebrada de Tambo de Mora, indicados en el Módulo A de la segunda etapa, así como la incorporación del régimen económico de adelanto de inversiones, en el cual se establecía la evaluación financiera, el procedimiento para el descuento de la retribución y el monto de incidencia financiera, producto del adelanto de inversiones.
- El 13 de agosto de 2012, se suscribió la Adenda N° 5 al contrato de concesión, por la cual se sustituyeron las obras de revegetación y su mantenimiento correspondiente a las progresivas km 0+00 al km 53+386, a cambio de la construcción del intercambio vial Asia – primera etapa y la construcción del puente peatonal Asia – Módulo A de la segunda etapa.
- EL 30 de enero de 2015 se suscribió la Adenda N° 6 al contrato de concesión, con el fin de adelantar el inicio de la ejecución de las obras correspondientes a la segunda etapa, acordar las condiciones para la ejecución de las obras de la tercera etapa y sus respectivos mantenimientos, implementar lo resuelto en el laudo arbitral del caso No. 2474-2012-CCL y acordar la no ejecución de las obras de revegetación correspondientes a las progresivas km 53+386 al km 94+500 de segunda etapa.
- El 20 de julio de 2016 se suscribió la Adenda N° 7 al contrato de concesión, con el objeto de que el concesionario se encargue de la elaboración de los estudios de las nuevas obras a ser realizadas, labores constructivas, ejecución del mantenimiento periódico del tramo N° 5 y ejecución de obras correspondientes al cierre de las lagunas de oxidación ubicadas en el km. 84 (subtramo 5).
- El 1 de diciembre de 2016 se suscribió la Adenda N° 8, con la finalidad de permitir que la sociedad concesionaria obtenga el financiamiento necesario para la acreditación del cierre financiero correspondiente a las obras de la segunda y tercera etapa.

- El 1 de diciembre de 2016 se suscribió la Adenda N° 9, con la finalidad de permitir la sustitución del intercambio vial de Tambo de Mora por el paso a desnivel de Tambo de Mora y sus mejoras, permitir que la concesionaria colabore en la liberación de predios, precisar la regulación sobre la caducidad del contrato de concesión por pagos pendientes relacionados con encargos de obras nuevas y colaboración en la liberación de predios, y precisar el inicio de la ejecución de las obras nuevas contempladas en el anexo 2 de la Adenda N° 7 al contrato de concesión.

3. Planteamiento del problema

En lo que respecta a los problemas que hemos identificado en la concesión de la Red Vial N° 6, tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, se puede indicar lo siguiente:

-Demora en la entrega de terrenos necesarios para la construcción de obras del Proyecto Red Vial N° 6

Pregunta general: ¿A qué se debió el retraso en la entrega de los terrenos de la concesión?

Hipótesis: Es importante señalar que el problema de la entrega de terrenos se originó desde el mismo diseño del contrato de concesión, es decir, que uno de los aspectos que no se consideró en el diseño del contrato fue el plazo adecuado para la entrega de los terrenos liberados para ejecutar las obras, lo cual generó que el concesionario ejecutase obras de manera parcial y aislada, en virtud de lo cual no fue posible que se diera cumplimiento al cronograma inicialmente establecido en el contrato de concesión.

Pregunta específica: ¿Tuvo impacto el retraso de la entrega de terrenos en otras obligaciones de las partes?

Hipótesis: El retraso en la entrega de los terrenos no solo tiene efectos en el aplazamiento de la ejecución de las obras, sino también en el cálculo de la tarifa aplicable, en especial lo relacionado con su actualización.

-Inoportuno alcance de los niveles de servicio en los subtramos 2, 3 y 5 de la concesión

En el desarrollo de la concesión se ha observado que durante los primeros años de la concesión respecto de los subtramos 2, 3 y 5, el concesionario no alcanzó los niveles de servicio exigidos por el regulador.

Pregunta general: ¿Cuáles fueron las razones por las que no se alcanzó oportunamente los niveles de servicio requeridos en los subtramos 2, 3 y 5?

Se debe tomar en cuenta el laudo arbitral del caso arbitral N° 153-162-2008, que tuvo por objeto resolver un problema entre las partes relacionado con las actividades de mantenimiento y el nivel que debió alcanzarse del servicio a brindar.

Hipótesis general: No hubo un adecuado establecimiento de obligaciones contractuales respecto de las obligaciones de mantenimiento de los subtramos 2, 3 y 5.

Pregunta específica: ¿Cuál fue el error en el diseño del contrato de concesión que no permitió alcanzar los niveles de servicio esperados en los subtramos 2, 3 y 5?

Hipótesis: Es posible que el contrato de concesión no haya definido adecuadamente la oportunidad, los trabajos y el mantenimiento a realizar en los subtramos 2, 3 y 5 de la concesión, por lo que, a efectos de lograr alcanzar los niveles de servicio, resultaba necesaria una modificación, precisión o interpretación del contrato.

-Conflictos en la determinación de la tarifa aplicable

El contrato de concesión establece en su texto el régimen aplicable al esquema tarifario, así como al procedimiento de actualización. Sin embargo, algunas imprecisiones contractuales han llevado a las partes a presentar puntos de controversia.

Pregunta general: ¿Cuáles fueron las dificultades en la determinación de la tarifa?

Se busca establecer cuáles fueron los problemas al momento de establecer la tarifa en el marco de la ejecución del contrato de concesión.

Hipótesis general: Se plantea como hipótesis que las dificultades en la determinación de la tarifa provienen de un mal diseño del contrato respecto del mecanismo de redondeo del monto final a cobrarse al usuario.

Pregunta específica: ¿Cuáles fueron los errores de diseño en el contrato que implicaron una dificultad en la determinación de la tarifa?

Hipótesis: El error en el diseño del contrato se encuentra en la determinación de la fórmula tarifaria referida al redondeo.

-Error en el diseño ante la destrucción de infraestructura

Como consecuencia del desplome del Puente Topará², perteneciente a la carretera Red Vial N° 6, se han encontrado indicios de error en el diseño³ que podrían generar responsabilidad en la ejecución del contrato.

Pregunta general: ¿Como consecuencia de qué ocurre la destrucción de infraestructura?

² Véase: <http://elcomercio.pe/peru/ica/plataforma-puente-unia-canete-chincha-desplomo-179579>

³ Véase: <http://elcomercio.pe/peru/ica/puente-topara-sugieren-colapso-diseno-construccion-180294>

Hipótesis general: Aunque la destrucción de la infraestructura puede deberse a distintas causas que llevarían a variados efectos respecto de las partes, se presenta como hipótesis que esta se debió a errores en el diseño.

Pregunta específica: ¿Quién asume la responsabilidad ante un error en el diseño?

En el contrato de concesión se establece que el concesionario asume los riesgos de la ejecución de la construcción de la infraestructura, así como por toda la información brindada por el concedente. Por ello sería el concesionario el que asumiría la responsabilidad por el error en el diseño.

4. Objetivos del trabajo de investigación

4.1 Objetivos generales

El objetivo general del presente trabajo es analizar el contrato de concesión de la Red Vial N° 6, respecto del diseño, la ejecución y el plan de promoción, con el fin de determinar los principales problemas suscitados y plantear soluciones que se puedan implementar.

4.2 Objetivos específicos

Los objetivos específicos son los siguientes:

- a. Investigar las causas que generaron la demora en la entrega de terrenos por parte del Estado y sus consecuencias a nivel tarifario.
- b. Analizar si las labores de mantenimiento periódico son aplicables para los tramos que el concesionario tenía que devolver al concedente
- c. Analizar si en la fórmula tarifaria (redondeo) hay alguna cláusula que podría ser interpretable.
- d. Analizar la caída del Puente Topará y si esto puede ser imputable al concesionario, por causal de error en el diseño

5. Metodología

Se emplea una metodología cualitativa, en tanto se analizan los problemas surgidos en el contrato de concesión a lo largo de la ejecución de la concesión de la Red Vial N° 6, los cuales generan información descriptiva que requiere que se haga un análisis subjetivo de dicha información, desde distintas perspectivas. Los métodos para la recolección de información que emplearemos consisten en la revisión de documentos, de la normativa y de legislación comparada, así como entrevistas a los actores, como los funcionarios del Provías Nacional del MTC y los funcionarios del OSITRAN.

Capítulo II. Marco referencial

1. Marco teórico

Según Bonifaz (1998), las concesiones viales son contratos mediante los cuales el Estado peruano transfiere por un periodo limitado a una empresa privada el derecho para operar un tramo o red de carreteras, autopistas o avenidas de propiedad pública. Asimismo, Bonifaz & Mantilla (2003) indican que las concesiones son un acuerdo entre el Estado y una empresa para proveer algún bien o servicio dentro de un mercado específico. Así, desde un enfoque más empresarial, este último no es el dueño absoluto de dicha infraestructura, sino que es el socio principal.

En cambio, Sánchez (2003) va más allá y observa que, en este tipo de operaciones, existe un concesionario (empresa) de los derechos y un Estado concedente, los que se relacionan entre sí a través de distintas formas de contrato. Además, suele estar asociado a un organismo de control y fiscalización de estos contratos, y de regulación, cuando los derechos transferidos involucran prestaciones de utilidad pública o cuentan con un operador dominante o monopólico. En nuestra opinión, consideramos que para un buen funcionamiento de las concesiones viales deben reunirse algunas condiciones necesarias, como las siguientes:

- **Racionalidad económica**, la cual se aborda en temas de monopolios naturales y con la peculiaridad de que no existe la presión disciplinaria de la competencia debido, en gran parte, a las condiciones tecnológicas y estructurales del sector.
- **Exclusividad de la concesión**, que tiene argumentos en contra, como la ausencia de la amenaza de la competencia, factor que incentiva al concesionario a ser eficiente. Sin embargo, si la industria es realmente un monopolio natural, la exclusividad es irrelevante, porque no existe la amenaza de un competidor entrante, al ser demasiado oneroso, y no ofrece la productividad necesaria, lo cual disminuye la satisfacción para la sociedad. Cabe señalar que la exclusividad hace más atractiva la concesión y, por lo tanto, promueve una subasta de la concesión más competitiva en beneficio de los usuarios, a través de los precios y la calidad brindada durante la ejecución de la concesión.

2. Marco normativo

Inicialmente, para llevar a cabo el desarrollo de proyectos mediante la modalidad de asociación público-privada, se aprobó el Decreto supremo N° 059-96-PCM, texto único ordenado de las normas de rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de obra públicas

de infraestructura y servicios públicos (TUO de la Ley de Concesiones) y su reglamento se estableció mediante el Decreto Supremo N° 060-96-PCM. Con dicho marco normativo, en los años 90, se suscribieron algunos contratos de concesión, tales como el servicio de limpieza pública en el Cercado de Lima, el reforzamiento de sistemas eléctricos de transmisión sur, el terminal portuario Matarani, el Ferrocarril del Centro y el Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, entre otros y, en la siguiente década, la promoción de la inversión privada se concentraría en proyectos tales como la concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, la Red Vial N° 5, Red Vial N° 6, el proyecto Olmos, la IIRSA Norte, la IIRSA Sur y el terminal de contenedores en el Callao, entre otros.

En el año 2008 se publicó el decreto legislativo N° 1012, ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada. Posteriormente se emitieron otras normas que permitieron promover las asociaciones público-privadas. Finalmente, en el 2015, se aprobó el decreto legislativo N° 1224 y su reglamento, el decreto supremo N° 410-2015-EF, los cuales fueron modificados posteriormente por el decreto legislativo N° 1251 y el decreto supremo N° 068-2017-EF, respectivamente.

2.1 Descripción del contrato de concesión de la Red Vial N° 6

El contrato de concesión fue suscrito en setiembre del 2005 entre el Estado peruano y la Concesionaria Vial del Perú S.A. (COVIPERÚ S.A.), conformada por la empresa peruana Construcción y Administración S.A. y por las empresas ecuatorianas Hidalgo & Hidalgo y Conorte S.A., por un plazo de concesión de treinta años. Dicha concesión es autosostenible, con 221,7 kilómetros de longitud, siendo suscrito bajo los procedimientos de la normativa del TUO de la ley de concesiones y su reglamento.

La concesionaria realizó un plan de inversiones en obras, que abarcaban actividades preparatorias entre el primer y segundo año, tales como el reforzamiento de la vía actual, la construcción de 1,6 km de vía (doble calzada), la construcción de Intercambio Cerro Azul y la reubicación de estaciones de peaje. Asimismo, se definió tres etapas posteriores a la preparatoria, siendo que en la primera etapa (tercer y cuarto año) se construirían las primeras calzadas, como la vía de evitamiento Cañete (20 km) y la de Chincha (41 km), así como la construcción de tres intercambios viales: Pampa Clarita, Tambo de Mora y Pisco, y seis pasos a desnivel.

En la segunda etapa, se consideró la construcción de las segundas calzadas, como la de Cerro Azul – Intercambio Chincha (52 km) e Intercambio Chincha – San Andrés (41 km); asimismo, se construirían tres intercambios viales: Chincha Alta, San Andrés y Paracas. Y en cuanto a la tercera etapa, se estableció la construcción de una segunda calzada, entre San Andrés y Guadalupe (55 km).

2.2 Actores que participan en la concesión de la Red Vial N° 6

-El concedente: es el Estado y, como tal, es el actor principal. Puede delegar al privado la dotación de los servicios de construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento de la carretera. Las labores se encuentran a cargo de la Dirección General de Concesiones en Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, de acuerdo con el artículo 78 de su Reglamento de Organización y Funciones, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-MTC.

-El concesionario: actúa como el agente que brinda el servicio de construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento por delegación del Estado, a partir de la adjudicación de la buena pro y la suscripción del contrato de concesión.

-El promotor: es la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – Proinversión, que estuvo a cargo de realizar el proceso de promoción de la concesión y la selección del concesionario. Actualmente Proinversión actúa en el marco de su Reglamento de Organización y Funciones, aprobado por el Decreto Supremo N° 185-2017-EF.

-El regulador: es el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN. Es un organismo público descentralizado, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera, en el marco de lo establecido por la Ley N° 27332, ley marco de los organismos reguladores de la inversión privada en los servicios públicos, y la Ley N° 26917, ley de supervisión de la inversión privada en infraestructura de transporte de uso público y promoción de los servicios de transporte aéreo.

-Los propietarios de los predios: son los terceros que ven afectado su derecho de propiedad. Sin embargo, también constituyen los beneficiarios directos de las obras de infraestructura.

-Los usuarios de la vía concesionada: son los que se benefician directamente con la obra, ya que utilizarán los servicios de la vía concesionada, lo cual les brinda ahorro de tiempo de viaje, auxilio mecánico, ahorro de combustible, fortalecimiento de las empresas de transporte y negocios afines, apertura de nuevos canales comerciales para los productos de la región e incremento de la producción regional.

2.3 Sobre el plan de promoción y el factor de competencia

La licitación pública que se llevó a cabo para seleccionar al postor que llevará a cabo la ejecución de la Red Vial N° 6 tuvo como punto de partida el plan de promoción. En esa línea, de acuerdo con el artículo 11 del Reglamento del TUO de la ley de concesiones, se estableció que el plan de promoción contiene información relevante, tal como el diseño general del proceso, el esquema financiero, el plazo de la concesión y, en especial, la modalidad de otorgamiento de la concesión y el cronograma del proceso.

Posteriormente, el reglamento del TUO del decreto legislativo N° 1224 también estableció el contenido del plan de promoción, en su artículo 18. Asimismo, en el anexo de definiciones de dicho reglamento, se ha definido que el plan de promoción es el documento que contiene las características básicas del proyecto de inversión. El plan de promoción constituye, por lo tanto, uno de los documentos más importantes del proceso de promoción de la inversión privada, porque permite establecer inicialmente las características esenciales del proyecto, así como del proceso licitatorio.

Otro tema de gran importancia es el factor de competencia que se emplea en el proceso licitatorio y que ha servido para determinar al ganador de la buena pro. En esa línea, podemos revisar que el artículo 14 del TUO de la ley de concesiones ha establecido entre las modalidades del otorgamiento de concesiones que es posible que el Estado participe de la rentabilidad generada por la concesión otorgada. En el caso de la Red Vial N° 6, la retribución al Estado se configuró como un factor de competencia, como se verá más adelante. En este caso, el factor de competencia es la variable o conjunto de variables que permiten comparar las ofertas económicas presentadas por los postores en el proceso licitatorio, con el fin de determinar al ganador de la buena pro, como se ha establecido en el reglamento del decreto legislativo N° 1224, aprobado por decreto supremo N° 410-2015-EF. Por lo tanto, el factor de competencia que se establezca en los documentos del proceso licitatorio servirá como una forma de determinar al postor ganador que pasará a recibir la concesión y ejecutar el proyecto.

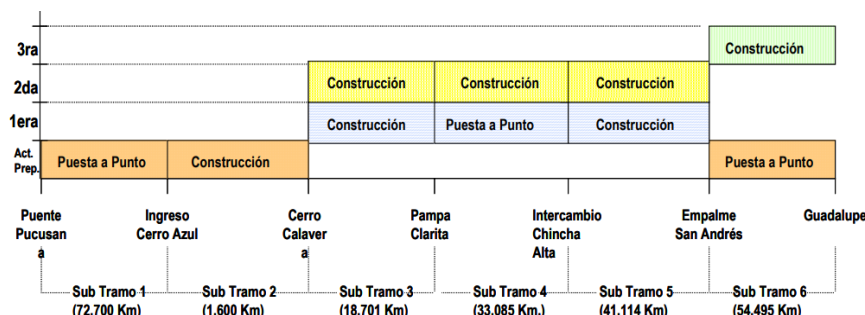
2.4 Sobre la entrega de terrenos

De acuerdo con la definición de ‘toma de posesión de los bienes de la concesión’, de la sección I del contrato de concesión, el concedente entrega al concesionario los bienes de uso público y bienes reversibles, que serán destinados a la ejecución del contrato de concesión.

En esa línea, la cláusula 5.2 del contrato de concesión establece las reglas para la entrega de los bienes al concesionario. Para ello, el concedente deberá entregar los terrenos comprendidos en el área de la concesión y en el derecho de vía para el tramo Puente Pucusana – Cerro Azul - Ica de la Carretera Panamericana Sur - R01S. Sin embargo, el contrato de concesión también ha establecido la posibilidad de entregas parciales de los terrenos, en atención a la cláusula 5.2. En ese caso, se ha establecido que la toma de posesión de los bienes se da de manera individual respecto de cada uno de ellos, siendo posible que el concesionario solicite el aplazamiento del cumplimiento de obligaciones cuando se vea afectado por la falta de entrega. El contrato de concesión (sección I: antecedentes y definiciones) ha establecido, además, la posibilidad de que se entregue un acta final de entrega de bienes al hacerse una entrega total, aun cuando se da a entender que el concedente puede ir realizando entregas parciales.

Es así que, tomando en cuenta las distintas etapas de ejecución y obra y la entrega de los terrenos que servirán para ello, se puede establecer una secuencia para la entrega de terrenos al concesionario a fin de que cumpla con sus obligaciones contractuales. Producto de ello, se presenta el siguiente gráfico:

Gráfico 1. Descripción general de las obras de la Red Vial N° 6



Fuente: Extraído del Informe N° 007-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN emitido por el OSITRAN el 15 de febrero de 2008.

De lo señalado en el gráfico anterior, se desprende lo siguiente:

- **Actividades preparatorias:** el concedente deberá entregar las áreas liberadas en el subtramo 2, toda vez que el concesionario efectuará los trabajos de construcción.
- **Etapas constructivas:**
 - **Primera etapa** - El concedente deberá entregar áreas liberadas en el subtramo 3 y subtramo 5.

- **Segunda etapa** - El concedente deberá efectuar trabajos de liberación de predios e interferencias en los subtramos 3, 4 y 5.
- **Tercera etapa** - El concedente deberá entregar los predios en el subtramo 6.

2.5 Sobre la aplicación de la tarifa

El contrato de concesión ha establecido, en su sección I, que el derecho de explotación del concesionario comprende no solo la operación de la infraestructura vial, sino también el cobro de una tarifa de peaje a los usuarios por la utilización de la infraestructura vial. En ese orden de ideas, la sección I del contrato de concesión también ha establecido que la tarifa del peaje se refiere a un monto en soles que el concesionario cobra a los usuarios, sumado el IGV. Asimismo, la cláusula 8.15 del contrato de concesión ha establecido que el concesionario es responsable del cobro de la tarifa como contraprestación por el servicio.

En este contexto, es necesario indicar que el artículo 13 del TUO de la ley de concesiones ha establecido que el contrato de concesión constituye título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que el contrato le otorga para cobrar tarifas u otros sistemas de recuperación de inversiones. Esta idea también se ve reflejada en el artículo 35 del TUO de la ley de concesiones, que establece que en el concesionario podrá cobrar la tarifa u otro sistema de recuperación de la inversión como compensación por las obras y servicios que explote. Todo ello deberá establecerse en el contrato de concesión.

Asimismo, el artículo 3 del reglamento del TUO de la ley de concesiones estableció que la explotación de la obra o la prestación del servicio (objeto del contrato de concesión) implica, entre otros, el pago de tarifas u otros pagos pactados en el contrato, que realizarán los usuarios como retribución por los servicios recibidos. No solo ello, el artículo 30 del reglamento del TUO de la ley de concesiones establece que corresponde al Estado asegurar al concesionario la percepción de los ingresos por tarifas u otros cobros previstos en el contrato. Adicionalmente, el TUO de la ley de concesiones establece, en su artículo 18, que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema de tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones.

Finalmente, se debe indicar que actualmente el TUO del decreto legislativo N° 1224 ha establecido, en su artículo 12, que el contrato constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que dicho contrato le otorga, como el cobro de tarifas u otros sistemas de recuperación de inversiones.

En conclusión, podemos afirmar que el marco normativo, tanto el anterior como el actual, establecen que, en el marco del contrato de concesión, el concesionario tiene el derecho de cobro de tarifas como parte de la explotación de la infraestructura o la provisión del servicio, en tanto es una retribución por las prestaciones que brinda y como una forma de recuperación de su inversión.

2.6 Sobre los niveles de servicialidad, las labores de puesta a punto y el mantenimiento

El concedente otorgó al concesionario la concesión de la infraestructura del tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, para la construcción y explotación la infraestructura de servicio público, con el objeto de aumentar el alcance de la infraestructura vial del país y mejorar la calidad de los servicios público, conforme se describe en los numerales 2.1 y 2.4 del contrato de concesión. Por ello, se tiene entonces que el concesionario tiene la obligación de realizar labores de construcción, puesta a punto y conservación de la obra.

El contrato de concesión regula tres tipos de mantenimiento: el mantenimiento rutinario, el mantenimiento periódico y el mantenimiento de emergencia, los cuales serán objeto de un breve análisis. De acuerdo con la sección I del contrato de concesión, el mantenimiento rutinario se refiere a ciertas actividades que se realizan con el fin de proteger y mantener en buenas condiciones de funcionalidad la infraestructura vial, a efectos de atender adecuadamente el tráfico, acorde con los niveles de servicio exigidos para la vía. Por otro lado, el mantenimiento periódico se refiere a tareas de mantenimiento mayor preventivas, que se efectúan con el propósito de asegurar la funcionalidad e integralidad del camino tal como fue diseñado. Finalmente, el mantenimiento de emergencia se refiere a tareas de ejecución ocasional, de carácter extraordinario, efectuadas con el propósito de recuperar la funcionalidad o integralidad del área de la concesión y del derecho de vía.

Del análisis del régimen de las labores de mantenimiento se puede concluir que el concesionario debe realizar distintas formas de mantenimiento, que varían dependiendo de la intensidad de la intervención. Así, el mantenimiento rutinario demandaría menores recursos, al ser labores destinadas a proteger la infraestructura vial y mantener la calidad del servicio, a diferencia del mantenimiento periódico, que se califica como mantenimiento mayor, con el fin de asegurar la funcionalidad e integralidad de la vía.

A esto se suma que la cláusula 7.3 del contrato de concesión ha establecido que las labores de mantenimiento se inician desde la toma de posesión del derecho de explotación de la concesión, hasta el final de la misma. Sin embargo, el contrato de concesión ha establecido un régimen especial para las labores de mantenimiento, dependiendo de los tramos involucrados. Para ello, es necesario señalar que el concesionario, de acuerdo con el anexo II del contrato, se encuentra obligado a realizar las siguientes actividades:

- Mantenimiento del tramo Puente Pucusana – Cerro Azul de la Carretera Panamericana Sur – RO1S
- Construcción de la autopista y mantenimiento del Tramo Cerro Azul – Ica.

El Contrato de concesión estableció que el concesionario deberá construir y mantener los subtramos 1,4 y 6 a lo largo de la vigencia de la concesión, mientras que los subtramos 2, 3 y 5 serán desafectados y devueltos al concedente. En ese aspecto, la cláusula 5.18 del contrato de concesión regula la devolución de los bienes. Para ello, el concesionario devolverá al concedente todos los sectores de la carretera que son objeto de desafectación y que se encuentran libres de baches, limpios y que cuenten con la señalización horizontal y vertical correspondiente, a fin de permitir un tráfico fluido. Es decir, que los tramos 2, 3 y 5 serán objeto de devolución al concedente, de acuerdo con el procedimiento y las condiciones antes mencionadas.

Volviendo al tema del mantenimiento de la infraestructura vial, se advierte que en la cláusula 7.1 y siguientes, el contrato de concesión ha regulado las labores de conservación y mantenimiento de la infraestructura vial, pero solo comprendiendo los tramos 1, 4 y 6, los cuales no serán devueltos al concedente, sino al finalizar la vigencia del contrato de concesión. Para los tramos 2, 3 y 5, la cláusula 7.2 del contrato de concesión ha establecido que, mientras no se hayan terminado las obras de construcción del tramo que los reemplazará, el concesionario está obligado a realizar un mantenimiento rutinario con el objetivo de asegurar un tráfico fluido. Por otro lado, el contrato de concesión estableció, en su sección I, que la puesta a punto se refiere a las actividades necesarias para alcanzar los índices de servicialidad, de acuerdo con las condiciones establecidas en el contrato. Se debe mencionar que, de acuerdo con el anexo I – apéndice 2, solo se incluyeron los tramos 1, 4 y 6 en el programa de puesta a punto.

3. Sobre la distribución de riesgos

La distribución de riesgos representa uno de los pilares de la ejecución de proyectos mediante el mecanismo de asociación público-privada. Bajo una adecuada distribución de riesgos, se busca

alinearse los incentivos de las partes (concedente y concesionario), para que el proyecto pueda ejecutarse de la manera más eficiente y efectiva posible⁴.

La determinación sobre cómo los riesgos son distribuidos forma parte del proceso de estructuración del proyecto mediante asociación público-privada. Para el Banco Mundial (2014), la estructuración del proyecto implica una distribución de responsabilidades, derechos y riesgos de cada parte en el contrato de forma detallada. Asimismo, para Yescombe (2007), el riesgo en las asociaciones público-privadas se relaciona con resultados inciertos que tienen efecto directo en la provisión de servicios o la viabilidad financiera del proyecto. En ambos casos, el resultado debe ser asumido por alguien, lo cual es uno de los elementos principales de las asociaciones público-privadas.

En el contexto peruano, el TUO de concesiones adoptó, en su artículo 25, la teoría de una distribución de riesgos, y estableció que la concesión se otorgaría a aquel postor que presente una propuesta técnica y económica más conveniente, teniendo en cuenta el compromiso de riesgo asumido por el oferente, respecto del costo del proyecto y los riesgos de explotación, entre otros. Actualmente, el marco normativo peruano ha establecido el principio de una adecuada distribución de riesgos en las asociaciones público-privadas, el cual ha sido incorporado en el texto único ordenado del decreto legislativo N° 1224, decreto legislativo del marco de promoción de la inversión privada mediante asociaciones público-privadas y proyectos en activos, aprobado por decreto supremo N° 254-2017-EF.

Bajo esta definición, en los contratos de asociación público-privada debe existir una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de manera que sean asignados a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos, dependiendo del perfil de riesgos del proyecto. Esto se ha trasladado a los lineamientos para la asignación de riesgos en los contratos de asociaciones público-privadas, aprobados por resolución ministerial N° 167-2016-EF/15 (en adelante nos referiremos a ella como la directiva de riesgos del MEF), que establecen que no existe una forma única de distribución de los riesgos en el contrato y esto dependerá del perfil del proyecto y la información obtenida.

⁴ Esto es coherente con la política de distribución de riesgos en los contratos de asociación público-privada establecida en el texto único ordenado del decreto legislativo N° 1224, aprobado por decreto supremo N° 254-2017-EF, que estableció, en su artículo 11.2, que los contratos de asociaciones público-privadas son de largo plazo, en los que debe existir una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de manera que estos sean asignados a aquella parte con mayor capacidad para administrarlos, considerando el perfil de riesgos del proyecto.

Capítulo III. Caso de estudio: el contrato de concesión

1. Plan de promoción y bases del proceso

Del proceso de promoción de la inversión privada, podemos destacar las siguientes cuatro fases del análisis de requisitos para la adjudicación de la buena pro:

1.1 Fase de precalificación

La etapa de precalificación tiene como objetivo establecer los requisitos mínimos técnicos y financieros que deben tener todos los postores para que, eventualmente, puedan adjudicarse la buena pro y puedan ejecutar las obligaciones impuestas en el contrato de concesión. En ese sentido, los postores deben entregar toda la documentación que les permita acreditar el cumplimiento de requisitos financieros y técnicos.

Por otro lado, los postores deben cumplir con sustentar el cumplimiento de los requisitos técnicos relacionados con la capacidad técnica en construcción de obras viales y la explotación de obras viales por peaje, para lo cual debieron presentar cierta información, tomando en cuenta los anexos VIII y IX de las bases. En ese sentido, el postor debía indicar por cada proyecto adjudicado para construcción (anexo VIII) y mediante concesión (anexo IX) la descripción de la obra, la longitud de las rutas pavimentadas, la longitud de puentes y el presupuesto destinado (en dólares). Asimismo, el postor debía indicar la facturación anual de los últimos cinco años y su promedio (en dólares) por cada proyecto.

Algo que se debe hacer notar es que las bases tenían desde un inicio una consigna de promover una mayor competencia en el mercado, por lo que no se permitía la continuación de la licitación pública en caso se presentase un número limitado de postores. Esto puede notarse en el artículo 47 de las bases que confiere al comité la potestad de declarar desierta la licitación pública si solamente se presenta un solo oferente, es decir, si solo un postor presenta el sobre de precalificación. En este caso, llegaron a precalificar nueve postores, una cifra que, a primera vista, debía asegurar una mayor competencia y un mejor precio a favor del Estado. Sin embargo, solamente cinco postores participaron en la siguiente etapa, presentando los sobres N° 1 (capacidad legal) y N° 2 (propuesta técnica).

1.2 Fase de acreditación de la capacidad legal

En esta etapa, los postores deben acreditar que cuentan con la capacidad legal para participar en el proceso y posteriormente suscribir el contrato de concesión. Como se puede apreciar de los

requisitos solicitados por las bases, el postor debe encontrarse en una situación jurídica que permita la competencia entre todos los postores, a fin de encontrar la mejor propuesta a favor del Estado. Los postores no deben estar vinculados y deben contar con la capacidad para suscribir el contrato a través de sus representantes.

Se debe hacer notar que las bases, en su artículo 58, posibilitan al comité solicitar la subsanación de la documentación presentada por los postores. Dicha regulación se presenta como beneficiosa al proceso competitivo, porque no permite la eliminación de postores por simples errores pasibles de subsanación que luego afectan la posibilidad del Estado de conseguir la mejor propuesta al reducir el número de postores.

1.3 Fase de presentación y evaluación de la propuesta técnica

En esta etapa, el postor debe presentar la documentación necesaria para sustentar su propuesta técnica respecto de las condiciones establecidas por el Estado para la ejecución del contrato de concesión. Esta estructuración del aspecto técnico del proyecto, en el marco del proceso de promoción, está acorde con la noción general de asociaciones público-privadas, respecto del cual una de sus cualidades es la innovación que pueda brindar el sector privado a la provisión de infraestructura y servicios públicos, reduciendo costos y mejorando la eficiencia de la provisión (World Bank et al., 2014). En este sentido, en las bases se estableció la posibilidad del postor de entregar una propuesta de modificaciones de orden técnico, en tanto lo estimasen conveniente.

Asimismo, entre la información brindada por el postor está la descripción y el fundamento de la tecnología a emplear en el cobro del peaje y el programa de aplicación durante el período de concesión. Esto tiene como fin permitir al postor presentar en su propuesta aquella tecnología o innovación que le permita proveer la infraestructura y el servicio con los menores costos y la mayor eficiencia posible. Sin embargo, las modificaciones que se propongan por el postor no pueden modificar todas las especificaciones técnicas, sino que deberán limitarse a ciertos parámetros, tales como los establecidos en el anexo I del contrato de concesión, referidos a los parámetros de condición y niveles de servicio, entre otros.

Esta forma de armar el proceso de promoción permite al Estado conseguir la mejor propuesta posible al menor costo y con la mayor eficiencia. Los postores, con el fin de ganar la buena pro, presentarán sus mejores propuestas y tendrán los incentivos para innovar, lo cual es uno de los objetivos de las asociaciones público-privadas. Sin embargo, el esquema utilizado para elegir a la mejor propuesta presenta un gran problema, que es el poco tiempo que tienen los postores

para presentar una propuesta técnica completamente viable y confiable. En estos casos, el postor debe realizar sus propios estudios si es que quiere participar, debido a que el Estado no se hace responsable de la información que presenta en el proceso de promoción y transfiere toda responsabilidad al privado.

1.4 Fase de presentación y evaluación de la oferta económica y el factor de competencia

En esta etapa el postor presenta su oferta económica de acuerdo con los requisitos establecidos en las bases y en especial en atención al factor de competencia, así como otra documentación adicional. El factor de competencia establecido en las bases es el de mayor retribución al concedente. Es decir, es el pago que realiza el concesionario al concedente como retribución al derecho que recibe para explotar la concesión. La retribución al Estado se desarrolló con mayor precisión en el apartado 8.19 del contrato de concesión que establece que el concesionario debe pagar al concedente (a través del regulador) una retribución que se denominará fondo vial, de acuerdo con lo siguiente:

- 1% de los ingresos mensuales por concepto de peaje, a partir de la fecha de suscripción del contrato, hasta la fecha de culminación de las obras de la primera etapa, a más tardar al a finalización del cuarto año de la concesión.
- 18.61% de los ingresos mensuales por concepto de peaje, de acuerdo con la propuesta económica, a partir de la culminación de las obras de la primera etapa o, a más tardar, al inicio del quinto año de la concesión y hasta la finalización del contrato.

Es decir, que el concesionario deberá retribuir al Estado un monto específico en atención al carácter oneroso de la concesión. Esta circunstancia es coherente con la naturaleza autofinanciada de la concesión, en tanto que permite al Estado recibir un pago respecto de un proyecto de inversión que puede autosostenerse mediante el cobro de tarifas.

Se podría decir que el objetivo de la elección de la retribución a favor del Estado, como el factor de competencia, es que el concesionario busque las formas de obtener mayor rentabilidad, en atención a la calidad de autofinanciado del proyecto y dentro de los parámetros contractuales establecidos. También que los usuarios no se vean afectados con nuevas tarifas, sino hasta después de la ejecución de las inversiones. A esto se podría sumar que el concedente buscaba reducir la probabilidad de la activación de la garantía tarifaria por volumen de ejes cobrables, que implicaba un compromiso de pago por parte del Estado. Se debe advertir que este esquema de factor de competencia fue el mismo que se utilizó en el caso de la Red Vial N° 5, que también se califica como autofinanciado, cuyo contrato se suscribió el 15 de enero de 2003.

Frente a ello, podemos advertir que el factor de competencia basado en la retribución al Estado no es el único mecanismo posible. Si se hubiera elegido la tarifa como el factor de competencia, la implicancia inmediata hubiera sido un mayor beneficio para los usuarios, pero ello hubiera repercutido negativamente en la capacidad del proyecto de permitir la recuperación de las inversiones.

Por otro lado, se ha advertido que otros proyectos viales de naturaleza autosostenible han incluido, como factor de competencia, inversiones adicionales. Este es el caso de la Red Vial N° 4, con contrato suscrito el 18 de febrero de 2009, cuyo factor de competencia fue la cantidad de km continuos de la longitud de segunda calzada por construir, por encima del mínimo fijado por el Estado. Asimismo, se puede hacer referencia la Autopista del Sol, tramo Trujillo – Sullana, cuyo factor de competencia fue la cantidad de kilómetros continuos de la longitud de la segunda calzada (38,96 km), por encima del mínimo fijado por el Estado⁵. Al respecto, de la entrevista realizada al asesor coordinación económico financiera de OSITRAN, sobre qué factor de competencia era mejor para proyectos de carreteras autosostenibles, se determinó que él propondría como factor de competencia la construcción de mayor kilometraje en obras.

1.5 Declaración de desierto de la primera licitación pública especial

Aunque el proceso de licitación pública se inició con un número alto de postores precalificados (nueve en total), el número se fue reduciendo hasta alcanzar seis postores para la presentación de los sobres N° 1 y 2, hasta la declaración de licitación desierto al momento de la presentación del sobre N° 3, como veremos a continuación. El artículo 66 de las bases de la licitación pública establecía que, a la apertura del sobre N° 3, si había una sola oferta, el comité declararían desierto el proceso. En este contexto, el 31 de marzo de 2005, se llevó a cabo el acto de presentación y apertura del sobre N° 3. En dicho acto, solo el postor Consorcio Binacional Andino presentó su sobre N° 3, por lo que, siguiendo el artículo 66 de las bases, el proceso fue declarado desierto.

1.6 Segunda licitación pública

Para la segunda licitación pública realizada, las bases fueron modificadas para que la presentación de una sola propuesta no implicase la declaración de proceso desierto. Es así que las nuevas bases establecieron, en su artículo 78, que la licitación pública podría ser declarada

⁵ Se debe advertir que, de acuerdo con el apartado 25 del Informe N° 008-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN, aprobado por Acuerdo N° 1153-307-09-CD-OSITRAN, dicho factor de competencia es poco usado en la región latinoamericana. OSITRAN indica que, según la publicación “Privatización y Regulación de Infraestructura de Transporte, una guía para reguladores” (P. 277) del Banco Mundial, solo se registra un caso similar en la concesión Brasil - Paraná. El factor habitual en la región ha sido el menor peaje y el mayor pago (canon) al Estado.

desierta solo si no hubiese por lo menos una propuesta económica válida. Es decir que, con la presentación de una propuesta económica válida, el proceso podía continuar. Ante ello y bajo las nuevas reglas, el comité especial adjudicó la buena pro, el 20 de julio de 2005, al Consorcio Binacional Andino.

2. Sobre la problemática en torno a la dificultad de adjudicar la buena pro

El proceso de selección para determinar al concesionario que ejecutaría el proyecto Red Vial N° 6 tuvo problemas que exceden el simple hecho de que inicialmente no se permitiera la adjudicación si se presentaba un solo postor en las bases. Entendemos que el problema yace en la falta de competencia en las últimas fases del proceso de selección. Efectivamente, el número de postores pasó de nueve a uno al momento de la presentación de las propuestas, no siendo muy conveniente para encontrar la mejor oferta.

Una posible razón que puede explicar dicho problema está referido a la falta de información que obtienen los postores durante la licitación pública, lo cual genera una contingencia que debe ser incorporada como un costo adicional en la propuesta económica. Por ello, se puede decir que ante una mayor incertidumbre el postor termina elevando su propuesta económica, lo que al final implicaría una mayor posibilidad de perder la buena pro en la evaluación del factor de competencia. Esto se puede ligar a una posible falta de fiabilidad sobre la información entregada por el Estado a los postores y cómo ello implica una transferencia de riesgo al posible concesionario respecto de información equivocada sobre la concesión.

Asimismo, una posible explicación al problema podría ser la falta de experiencia por parte del Estado en otros proyectos similares. Debido a que la Red Vial N° 6 significó uno de los primeros proyectos a ser ejecutados, implicaba que el Estado todavía no estaba lo suficientemente preparado para llevar a cabo una asociación público-privada con tales características, lo que finalmente incidía en la motivación de los postores a participar. En conclusión, se puede indicar que pueden presentarse una variedad de explicaciones sobre cuál fue el problema en el proceso de promoción de la inversión privada que no permitió la presentación de un mayor número de propuestas, pero al final se puede decir que el problema se debió a la falta de información que se brindó a los postores, lo que generó incertidumbre y desincentivó su participación.

3. Análisis de riesgos

A continuación, se desarrollará un análisis de los principales riesgos establecidos en el contrato de concesión, tomando en cuenta lo estudiado en el apartado anterior y, en especial, la directiva de riesgos del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). Debido a las distintas variaciones realizadas en el contrato, se ha decidido hacer un análisis del texto contractual y las adendas suscritas hasta la fecha, para lo cual se ha planteado realizar un análisis del texto contractual recreando una matriz de asignación de riesgos⁶. En ese sentido, el análisis se dividirá en dos partes: la primera dedicada a los riesgos en la etapa de diseño y construcción y la segunda sobre los riesgos en la etapa de operación y mantenimiento. Asimismo, es necesario indicar que el análisis realizado ha sido detallado y expandido en la matriz de distribución de riesgos, que se encuentra en el anexo 1.

3.1 Riesgos en la etapa de diseño y construcción

3.1.1 Riesgo de diseño

El riesgo de diseño se refiere a errores en el diseño elaborado para la ejecución del proyecto que implica modificaciones en el costo o la calidad de la infraestructura o servicio y que eventualmente repercute en retrasos y la modificación de los parámetros iniciales. De acuerdo con la directiva de riesgos del MEF, el riesgo de diseño debe ser asignado de manera exclusiva al concesionario, aunque en el proceso licitatorio el concedente haya presentado determinadas especificaciones técnicas que deban ser tomadas en cuenta por el concesionario al momento de elaborar los estudios definitivos.

La cláusula 6.1 del contrato de concesión estableció inicialmente que el concesionario se obliga a realizar las obras de acuerdo con lo establecido en el anexo II: Descripción de las obras. Sin embargo, mediante adenda N° 2, del 8 de abril de 2009, la cláusula 6.1 fue modificada para indicar que la ejecución de las labores se efectuaría siguiendo los diseños definitivos que presentara el concesionario o el estudio definitivo de ingeniería, en caso de que el concesionario decidiese utilizar el expediente a su propia cuenta y riesgo. En esa línea, la cláusula 6.2 del contrato de concesión estableció que el concesionario había recibido los estudios técnicos, los cuales conocía en toda su extensión y detalle. Asimismo, que había recibido los planos, las instrucciones, las recomendaciones y las especificaciones contenidas en los estudios técnicos,

⁶ Se debe mencionar además que no se ha podido conseguir la matriz realizada originalmente por el organismo promotor de la inversión privada (en este caso Proinversión) respecto del contrato de concesión, pero ello no implica que la matriz propuesta no cuente con la rigurosidad debida.

que comprendían informes de carácter técnico elaborados, tales como los estudios definitivos de ingeniería elaborados por las distintas consultoras contratadas.

Esto debe concordarse con lo establecido en la cláusula 6.17 del contrato de concesión, el cual establece que la obra debe cumplir con todos los estándares y parámetros técnicos de construcción de carreteras y puentes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, así como las disposiciones de los estudios técnicos, en caso de que el concesionario decida acogerse a los mismos a su propia cuenta y riesgo o por los diseños modificados que presente el concesionario durante la vigencia del contrato, debidamente aprobados.

Posteriormente, con la adenda N° 3, del 20 de julio de 2016, se incorporó nuevos párrafos a la cláusula 6.17, bajo lo cual se establece que los estudios técnicos serán elaborados por el concesionario, compuesto por el expediente técnico y el estudio de impacto ambiental⁷. Esto quiere decir que el riesgo de diseño fue asignado al concesionario, aunque hubiese tomado en consideración los estudios técnicos brindados por el concedente para la construcción de la infraestructura y la provisión del servicio.

3.1.2 Riesgo de construcción

El riesgo de construcción se refiere a los sobrecostos o mayor plazo de tiempo producto de eventos en el periodo de construcción, los cuales pueden tener un origen y naturaleza variada. La directiva de riesgos del MEF establece que el riesgo de construcción debe ser asumido por el concesionario. Sin embargo, se deben establecer excepciones en caso de que el riesgo de origen por supuestos ajenos al concesionario, como expropiaciones, riesgo arqueológico o eventos de fuerza mayor no asegurable. De acuerdo con las características del contrato de concesión, el proyecto se califica como autofinanciado, debido a las características establecidas en TUO del decreto legislativo N° 1224⁸. Ello quiere decir que sería el concesionario el responsable de financiar la ejecución del proyecto. Por ello, en caso de sobrecostos ocurridos en la ejecución de la obligación de construcción de las obras, el concesionario deberá asumir el financiamiento adicional requerido.

En el caso del mayor plazo requerido para la terminación de la construcción, se debe indicar que la cláusula 6.15 del contrato de concesión establece que, en caso de incumplimiento en el inicio

⁷ Esto debe concordarse con la definición establecida en la sección I del contrato de concesión, el cual establece que los estudios técnicos son el conjunto de estudios e informes de carácter técnico señalados en la cláusula 6.2 del contrato de concesión, elaborados para el tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Carretera Panamericana Sur – R01S, de lo cual el concesionario tiene conocimiento.

⁸ Véase el artículo 13 del TUO del decreto legislativo N° 1224, aprobado por decreto supremo N° 254-2017-EF.

de las obras y en la terminación de la ejecución de las mismas, tal como está previsto en el anexo ii 'descripción de las obras', por causas imputables al concesionario, se aplicará una penalidad. Como se ha visto de lo establecido en el contrato de concesión, el concesionario asume el riesgo de construcción, en tanto debe asumir el financiamiento adicional requerido en caso de sobrecostos y asumir la aplicación de penalidades en caso de retrasos en el inicio y la terminación de la construcción.

3.1.3 Riesgo de expropiación de terrenos

El riesgo de expropiación de terrenos se refiere al sobrecosto o no disponibilidad de los terrenos necesarios para ejecutar el proyecto, lo que implica retrasos y mayores costos. De acuerdo con la directiva de riesgos del MEF, el riesgo de expropiaciones debe ser asignado al concedente, en tanto tiene control del procedimiento expropiatorio. Ahora bien, la cláusula 5.14 del contrato de concesión establece que el concedente está obligado a poner a disposición del concesionario las áreas de terreno que correspondan al área de la concesión y al derecho de vía. En ese sentido, la cláusula 6.10, modificada por la adenda N° 6, del 30 de enero de 2015, estableció que en caso de que el concedente no entregue los terrenos necesarios para la ejecución y culminación de las obras de la segunda y tercera etapa, el concesionario tendrá derecho a la ampliación del calendario de ejecución de obras y del plazo de culminación de las obras por un periodo equivalente al retraso. Como se ha podido ver, el concedente es responsable de la provisión del terreno para que el concesionario pueda ejecutar el proyecto, por lo tanto, se puede decir que el riesgo de expropiación de terrenos ha sido asignado al concedente.

3.1.4 Riesgo geológico / geotécnico

El riesgo geológico se refiere a las condiciones especiales del área de concesión que no han podido preverse en estudios previos y que impliquen mayores costos o plazo de construcción. En este caso, la directiva de riesgos del MEF establece que es posible asignar el riesgo geológico al concedente, concesionario o compartido, dependiendo de la complejidad del proyecto y las cualidades del suelo.

De acuerdo con el literal d) de la cláusula 10.2 del contrato de concesión, el concesionario está obligado a contratar un seguro contra todo riesgo de construcción. Este seguro cubre riesgos de diseño, de ingeniería, eventos catastróficos como terremotos, inundaciones, lluvias, incendios, explosiones, terrorismo, vandalismo, conmoción civil, robo y cualquier otro bajo dicha póliza. El contrato de concesión no establece una regla específica sobre el riesgo geológico, pero se puede decir que en tanto el concesionario asume el riesgo de diseño (como se ha visto en

apartados anteriores) y la contratación de un seguro contra todo riesgo de construcción, también está asumiendo el riesgo geológico.

3.1.5 Riesgo de interferencias / servicios afectados

El riesgo de interferencias se refiere a posibles sobrecostos y mayores plazos debido a la detección de interferencias en el proceso de constructivo. Para ello, la directiva de riesgos del MEF ha establecido que la asignación de este riesgo depende de la tipología del proyecto y la información que se tenga. Sin embargo, recomienda que el riesgo sea transferido al concesionario. La Cláusula 5.1. del contrato de concesión ha establecido que todos los bienes que el concedente está obligado a entregar al concesionario deben ser entregados libres de cargas y gravámenes, libres de personas u otros ocupantes, así como de cualquier otro tipo de afectación. Por ello, podemos decir que el riesgo de interferencias ha sido asignado al concedente.

3.1.6 Riesgo ambiental

El riesgo ambiental se refiere al incumplimiento de la normativa ambiental y de lo establecido en los estudios ambientales, que tiene como consecuencia el daño ambiental y paralizaciones en el proceso constructivo, con los correspondientes sobrecostos, penalidades y sanciones. La directiva de riesgos del MEF establece que los pasivos ambientales anteriores a la suscripción del contrato de concesión deben ser asumidos por el concedente. Por otro lado, los pasivos ambientales originados por la ejecución del proyecto deben ser asumidos por el concesionario. El contrato de concesión, en su cláusula 11.2, establece que durante la construcción, conservación y explotación del proyecto, el concesionario asume la responsabilidad de protección del medio socio ambiental. Asimismo, el literal b) de la cláusula 11.6 del contrato de concesión ha establecido que el concesionario debe utilizar, en todas sus operaciones y actividades, tecnologías y métodos capaces de prevenir o mitigar los impactos negativos en el ambiente. Finalmente, en el literal c) de la cláusula 14.7 del contrato de concesión, se regula como causal de resolución contractual atribuible al concesionario la grave alteración del ambiente y los recursos naturales, producto de la vulneración de las recomendaciones del estudio de impacto ambiental. Por lo tanto, se puede afirmar que, de acuerdo con el contrato de concesión, el riesgo ambiental ha sido asignado al concesionario.

3.1.7 Riesgo arqueológico

El riesgo arqueológico se refiere al descubrimiento de hallazgos arqueológicos que impacten en el normal desarrollo de las obras o generen sobrecostos. La Directiva de riesgos del MEF indica

que el riesgo arqueológico debe ser asignado de acuerdo con la ubicación y la tipología del proyecto, así como la información técnica disponible. La obtención de autorizaciones o permisos es un riesgo que debe asignarse al concesionario. Sin embargo, el descubrimiento de restos arqueológicos debe ser asignado al concedente. La Cláusula 11.11 del contrato de concesión establece que el concesionario debe desplegar sus actividades de construcción y explotación, así como cumplir con todas las obligaciones señaladas en el contrato, observando la legislación de la materia que protege el patrimonio cultural y arqueológico de la República del Perú. Asimismo, regula que los costos y gastos en que se incurra, con la finalidad de cumplir con el rescate arqueológico, delimitación, señalización o mitigación de daños arqueológicos, o cualquier otra actividad destinada a la protección del patrimonio cultural, serán asumidos por el concesionario hasta por un monto máximo de US\$ 700.000 (setecientos mil dólares de los Estados Unidos de América). Por lo tanto, se puede decir que el riesgo arqueológico está siendo compartido entre el concesionario y el concedente, en tanto el costo del rescate arqueológico debe ser asumido inicialmente por el concesionario hasta cierto monto, para luego ser asumido por el concedente.

3.1.8 Riesgo de infraestructura existente transferida al concesionario

El riesgo de infraestructura existente implica un riesgo respecto de la calidad de los bienes inmuebles transferidos al concesionario que signifiquen una mejora necesaria para alcanzar niveles de servicio óptimos. De acuerdo con la directiva de riesgos del MEF, este riesgo debe ser asumido por el concesionario solo en caso de que tenga acceso a la información necesaria.

La cláusula 5.1. del contrato de concesión establece que todos los bienes que el concedente esté obligado a entregar al concesionario, tales como terrenos, predios y demás inmuebles, deberán ser proporcionados libre de cargas y gravámenes, de personas u otros ocupantes, así como de cualquier otro tipo de afectación. Para dichos efectos, se debe indicar que, de acuerdo con la cláusula 5.5., tienen la calidad de bienes reversibles, involucrados en el contrato, aquellos que están destinados a la construcción y la explotación del tramo, o a la prestación de los servicios obligatorios.

A esto se suma lo regulado por la cláusula 5.8 del contrato de concesión, por lo cual el concesionario tiene como obligación principal reponer a su costo los bienes reversibles que pudieran resultar obsoletos, perdidos, desfasados tecnológicamente o cuyo estado de conservación no reúna las condiciones establecidas en el anexo I del contrato, devolviendo al concedente los bienes que este le hubiera entregado. Por lo tanto, se puede decir que, de acuerdo

con el contrato de concesión, el riesgo de infraestructura existente transferida al concesionario es asumido por este último.

3.1.9 Riesgo por inversiones adicionales

El riesgo por inversiones adicionales implica la solicitud por parte del concedente de inversiones distintas a las aprobadas en el diseño final. La directiva de riesgos del MEF establece que el riesgo por inversiones adicionales debe recaer en el concedente. El contrato de concesión, en su cláusula 6.20, modificada por la adenda N° 6, ha establecido que el concedente determinará la necesidad de realizar obras nuevas. Estas pueden ser ejecutadas por el concesionario si existe mutuo acuerdo con el concedente. En caso de que no exista mutuo acuerdo entre las partes, la cláusula 6.21 ha regulado que el concedente convocará a un procedimiento para la selección de un ejecutor de las obras nuevas. Como se puede apreciar, el riesgo de las inversiones adicionales ha sido asumido por el concedente, el cual debe negociar con el concesionario la ejecución de las obras nuevas. En caso de que no llegue a un acuerdo, tendrá que realizar un proceso de selección.

3.1.10 Riesgo de financiamiento

El riesgo de financiamiento implica la posibilidad de no conseguir el financiamiento necesario para llevar a cabo la ejecución del proyecto. En ese sentido, la directiva de riesgos del MEF establece que el riesgo debe ser asignado al concesionario. En la cláusula 3.3 del contrato de concesión, se establece que el concesionario debe presentar a la fecha de suscripción del contrato un plan de financiamiento que permita acreditar que cuenta con fondos suficientes para realizar las obras programadas para los dos primeros años de la concesión. Asimismo, en la cláusula 6.24 del contrato de concesión, se regula que el concesionario debe acreditar ante el concedente que cuenta con los fondos necesarios para el cumplimiento del calendario de ejecución de obras, en un plazo de diez días calendario antes del inicio de la ejecución. Por ello, se puede afirmar que el riesgo de financiamiento recae sobre el concesionario, en tanto es el responsable de conseguir el financiamiento requerido para la ejecución de las obras.

3.1.11 Riesgo de tipo de cambio (diseño y construcción)

El riesgo de tipo de cambio se refiere a posibles pérdidas o ganancias debido a las variaciones en el tipo de cambio de monedas. Ello podría afectar la construcción de la obra cuando la adquisición de insumos es distinta a la moneda de financiamiento. La directiva de riesgos del MEF establece que inicialmente se trata de un riesgo que debe ser asumido por el concesionario. Sin embargo, abre la posibilidad de que también pueda ser asumido por el concedente, respecto

de proyectos cuya naturaleza requieran un esquema de financiamiento en moneda extranjera. El contrato de concesión no establece un mecanismo de compensación al concesionario por variaciones en el tipo de cambio. Por ello, se entiende que el concesionario asume el riesgo de financiamiento y el riesgo del tipo de cambio. Asimismo, se puede indicar que el concesionario es responsable de la construcción de la obra a su propio riesgo, de acuerdo con las cláusulas 6.1 y 6.2.

3.1.12 Riesgos derivados de eventos de fuerza mayor

Los eventos de fuerza mayor se refieren a sucesos que por su naturaleza no son atribuibles a ninguna de las partes. La directiva del MEF establece que los riesgos derivados de eventos de fuerza mayor deben ser compartidos entre el concesionario y el concedente. La sección XVIII del contrato de concesión regula la ocurrencia de los eventos de fuerza mayor. En ese sentido, las obligaciones afectadas por un hecho de fuerza mayor, así como el plazo del contrato, quedarán suspendidos desde la ocurrencia del evento y por toda su duración. Esta regulación implica que ambas partes asumen del riesgo derivado de un evento de fuerza mayor, en tanto ambas partes puedan verse afectadas. El riesgo se ve compartido en tanto ambas partes se vean afectadas por la imposibilidad de cumplimiento.

3.1.13 Riesgos en la etapa de operación y mantenimiento

-Riesgo de ingresos: el riesgo de ingresos se refiere a la posibilidad de ingresos insuficientes que no permitan al concesionario generar la rentabilidad proyectada. La directiva de riesgos del MEF indica que el riesgo de ingresos debe ser asignado al concesionario, excepto en los casos en que el riesgo de demanda sea muy alto y se requiera un mecanismo de compartición. Al respecto, el contrato de concesión, en su cláusula 8.1, ha establecido que la explotación de la concesión constituye un derecho del concesionario en tanto es el mecanismo mediante el cual recuperará la inversión que realice en la obra. Sin embargo, el contrato de concesión, en su cláusula 9.10, también ha establecido garantías de ingresos por tráfico a favor del concesionario, respecto del volumen de ejes cobrables y en periodos específicos. Para ello, en caso de que no se alcance con el volumen garantizado (de ejes cobrables), el concesionario podrá descontar la diferencia de la retribución a pagar al concedente, hasta que se cubra los ingresos garantizados o el concedente pague directamente la suma restante. Por lo tanto, se puede decir que el contrato de concesión ha compartido el riesgo de ingresos entre el concesionario y el concedente.

-Riesgo de inflación: implica un incremento de los costos de los insumos requeridos para llevar a cabo las labores de operación y mantenimiento. La directiva de riesgos del MEF recomienda que el riesgo de inflación sea asumido por el concedente mediante mecanismos de reajuste de

tarifas. El contrato de concesión ha establecido que la explotación de la concesión implica el cobro a los usuarios de la tarifa de peaje por la utilización de la infraestructura e instalaciones, así como la prestación de servicios⁹. En este contexto, en el literal d) de la cláusula 8.17 del contrato de concesión, se ha indicado que la tarifa puede ser reajustada tomando en cuenta el índice de precios al consumidor de los Estados Unidos de América. Por lo tanto, se puede decir que el concedente ha asumido el riesgo de inflación mediante la aplicación del mecanismo de reajuste de tarifas a favor del concesionario.

-Riesgo de infraestimación de costos de mantenimiento extraordinario o mantenimiento mayor: se refiere a una mala evaluación de las labores requeridas, lo que lleva a un incremento en sus costos. De acuerdo con la directiva de riesgos del MEF, dicho riesgo debe ser asumido por el concesionario. La Sección VII del contrato de concesión establece las obligaciones del concesionario de llevar a cabo la conservación y el mantenimiento de la infraestructura, desde la toma de posesión del derecho de explotación hasta la caducidad de la concesión. Es así que la cláusula 7.3 del contrato de concesión establece la responsabilidad del concesionario respecto del mantenimiento. Asimismo, se debe indicar que el contrato de concesión no regula situación alguna respecto de la conservación y mantenimiento que implique la compensación por sobrecostos en el mantenimiento, derivados de una infraestimación de los costos de mantenimiento, sino sanciones de acuerdo con las cláusulas 7.7 y 7.8 del contrato de concesión. Por ello, el concesionario asume el riesgo de mantenimiento del proyecto.

-Riesgos derivados de eventos de fuerza mayor: al igual como se ha establecido en la directiva de riesgos del MEF, los riesgos derivados de eventos de fuerza mayor aplicables a la etapa de diseño y construcción también son de aplicación a la etapa de operación y mantenimiento. Por ello, la asignación de riesgos derivados de la fuerza mayor será compartida entre el concesionario y el concedente. Respecto del contrato de concesión, se debe tomar en cuenta que su sección XVIII regula la ocurrencia de los eventos de fuerza mayor. En ese sentido, las obligaciones afectadas por un hecho de fuerza mayor, así como el plazo del contrato, quedarán suspendidos desde la ocurrencia del evento y por toda su duración. Por lo tanto, se puede decir que el riesgo de fuerza mayor es compartido por las partes.

-Riesgo de tipo de cambio (operación y mantenimiento): la directiva de riesgos del MEF establece que la asignación del riesgo de tipo de cambio debe seguir lo regulado en la etapa de diseño y construcción. Por ello, el riesgo de tipo de cambio debe ser asumido por el concesionario, pero también puede ser asumido por el concedente respecto de proyectos cuya naturaleza requieran un esquema de financiamiento en moneda extranjera. Al respecto, el literal

⁹ Véase la definición de 'Explotación' en la sección I: Antecedentes y definiciones.

C de la cláusula 8.17 ha establecido que el peaje será cobrado en dólares americanos. Por ello, se puede decir que en este caso el riesgo ha sido asumido por el concedente.

4. Regulación del contrato

A continuación, se especifican los problemas que han sido detectados a raíz de la ejecución del contrato de concesión y que son de gran relevancia para el análisis del contrato.

4.1 La demora en la entrega de áreas liberadas para la construcción de obras

En esta sección analizaremos cómo se ha estado llevando a cabo el retraso en la entrega de terrenos al concesionario en las distintas etapas de la ejecución de la concesión, razón por la cual el concesionario no pudo realizar la ejecución de las obras dentro de los plazos establecidos en el contrato. Para ello, se tomará como objeto de análisis el contrato de concesión, sus adendas y, en especial, el Informe N° 007-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN emitido por OSITRAN el 15 de febrero de 2008¹⁰ (en adelante, se le llamará Informe de OSITRAN), el cual tuvo como fin interpretar las cláusulas del contrato relacionadas con la entrega de terrenos.

4.1.1 Sobre la demora en la entrega de los terrenos y el marco contractual

Aun cuando el contrato de concesión había establecido un régimen flexible para la entrega de terrenos por parte del concedente, la ejecución de la obra ha sido retrasada por la tardanza en la entrega de dichos predios. Este problema se ve reflejado fielmente en la necesidad de las partes de modificar el contrato de concesión para adaptar la regulación, a fin de viabilizar alguna solución necesaria. A continuación, revisaremos las adendas N° 2, N° 6 y N° 9, que son manifestaciones del problema del retraso de entrega de terrenos.

Como se puede apreciar de los antecedentes de la adenda N° 2, el concesionario y el concedente aceptan los hechos de una demora en la entrega de los terrenos a casi tres años después de la suscripción del contrato de concesión. Esta situación implicó una negociación entre las partes que llegó a establecer un nuevo cronograma de obras, así como el intercambio de obras entre las etapas, para permitir la ejecución de los trabajos por parte del concesionario. En la cláusula cuarta de la adenda N° 6 se puede apreciar que las partes acuerdan que el concedente se compromete a la entrega de terrenos en un nuevo plazo. Esta adenda ejemplifica el gran problema del proyecto respecto de la entrega de terrenos, que a la larga genera demoras en la ejecución de las obras de acuerdo con el calendario establecido inicialmente.

¹⁰ Véase: <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>

Lo más resaltante de la adenda N° 9 es la incorporación de la cláusula 5.2.A, mediante la cual se permite la colaboración del concesionario en la liberación de terrenos a ser entregados por el concedente. En este caso, la cláusula 5.2.4 indica que el concesionario podrá encargarse de formular los expedientes individuales de los predios afectados por el área de la concesión y derecho de vía, así como respecto de la adquisición de terrenos y predios. Esto indica que, a la fecha, el proyecto todavía sigue manteniendo los problemas de entrega de terrenos, a once años de la suscripción del contrato de concesión.

4.1.2 Razones de la demora en la entrega de terrenos

Una de las cuestiones más importantes que se puede deducir de lo antes estudiado, es la falta de coherencia entre la propuesta de ejecución de las obras, establecida en el contrato de concesión, y la capacidad de entrega de los terrenos por parte del Estado. Es decir, se estableció plazos de entrega alejados de la capacidad real del Estado para ejecutar labores de liberación de terrenos. Este error en la estructuración del contrato de concesión podría deberse a una labor no adecuada de Proinversión que, como organismo promotor de la inversión privada, estuvo a cargo del diseño del contrato, y cuyo mayor incentivo era la pronta adjudicación del proyecto antes de la correcta ejecución del contrato.

Se puede indicar que para la liberación del área de la concesión y derecho de vía se debe haber realizado un conjunto de trámites y actividades para resolver la libre disponibilidad de áreas para su entrega al concesionario, de acuerdo con los plazos establecidos en el contrato de concesión y con los estudios definitivos de ingeniería y de impacto ambiental aprobados.

Según el informe N° 245-2009-MTC-20.6.3/CGR, del 4 de setiembre de 2009, Provías Nacional informó que, para la entrega de las áreas al concesionario, conforme a lo establecido en el contrato de concesión y de acuerdo con sus funciones,¹¹ en representación del concedente, se debe realizar la adquisición de los predios afectados por el área de concesión y derecho de vía, cuyos trámites tienen una duración aproximada de seis (6) y veinticuatro (24) meses, pudiendo extenderse, dependiendo de la situación legal de cada predio afectado. En ese caso, para la adquisición de los predios, es necesario realizar una serie de estudios y trámites, tales como identificación de interferencias de redes eléctricas, identificación de predios dentro del área de concesión y derecho de vía, diagnóstico técnico legal, elaboración de expedientes técnicos legales del predio afectado, valuación comercial de los predios, aprobación administrativa de las

¹¹ Resolución ministerial N° 602-2007-MTC/02 del 11 de octubre de 2007.

valuaciones comerciales mediante una resolución ministerial, publicaciones para el mejor derecho de posesión y pago a los afectados, entre otros.

Como una forma de profundizar la problemática relacionada con la demora en la entrega de los terrenos a favor del concesionario, se realizó una entrevista al Jefe de Derecho de Vía de Provías Nacional¹², quien permitió aclarar algunas dudas. De acuerdo con la entrevista realizada, se advirtió que la problemática más resaltante que atraviesa la Red Vial N° 6 es que los afectados por el derecho de vía no tienen los predios saneados legalmente, los cuales se encuentran las siguientes situaciones: (a) algunos de los predios se encuentran en litigio judicial; (b) los predios no tienen título de propiedad; (c) los predios no cuentan con título de posesión; y, (d) los predios no tienen título inscrito en los registros públicos. Asimismo, agregó que al existir estos inconvenientes, se generan demoras en la liberación de las áreas afectadas para la ejecución de obras y que este proceso de liberación de áreas dura aproximadamente entre siete y diez meses.

Sumado a ello, el Jefe de Derecho de Vía de Provías Nacional indicó que existen dos procesos para efectuar la entrega de las áreas liberadas al concedente: a) a través del trato directo, cuya liberación de áreas dura aproximadamente ocho meses por cada tramo, y b) a través del procedimiento de expropiaciones que, sumando la sentencia del juez, dura aproximadamente un año y medio. Respecto de los plazos establecidos en el contrato de concesión, diseñados por Proinversión para la liberación de las áreas, el entrevistado indicó que los plazos señalados por Proinversión fueron extremadamente cortos. Tan es así, que existió dos adendas modificando los plazos de entrega de los predios.

Finalmente, se preguntó al Jefe de Derecho de Vía de Provías Nacional sobre la nueva normativa que regula la entrega de áreas liberadas para el desarrollo de los proyectos APP y si solucionan integralmente, sinceran o retrasan la ejecución de los proyectos. Al respecto, indicó que sí se ha logrado que los plazos se reduzcan, siendo el motivo principal que ahora el importe para pagar al afectado es por el costo del predio y el impuesto a la renta, lo cual hace que el tiempo se aminore, a diferencia de la norma anterior, en la cual se tenía que realizar dos tramites diferentes para el pago del afectado y por el impuesto a la renta.

¹² El Sr. Carlos Alberto Saavedra Zavaleta es Jefe de Derecho de Vía de Provías Nacional.

4.1.3 Sobre el problema de la aplicación del tipo de cambio al incremento de la tarifa debido a la demora en la entrega de terrenos

Ante la demora en la entrega de terrenos, el concesionario se vio afectado por la actualización de la tarifa que contravenía sus expectativas de rentabilidad. A continuación, se analizará la controversia suscitada entre las partes.

El monto de la tarifa a ser cobrada a los usuarios se regula en la cláusula 8.17 del contrato de concesión, cuyo literal a) estableció que el concesionario puede cobrar una tarifa ascendente a S/. 4.62 (más IGV y otros aportes de ley) por el periodo que va desde la toma de posesión del derecho de explotación hasta la aprobación de las obras de la primera etapa. En un segundo periodo, el contrato de concesión estableció una nueva tarifa a partir de la culminación de las obras de la primera etapa que, de acuerdo con el literal c) de la cláusula 8.17 del contrato de concesión está compuesta por un peaje máximo de US\$ 1.50, al tipo de cambio vigente a dicha fecha, reajustado de acuerdo con el literal d) de la cláusula 8.17, más el IGV y otros aportes de ley.

Sin embargo, la aplicación de esta última cláusula generó una controversia entre el concesionario y el concedente debido a los efectos adversos por el tipo de cambio contrario a las proyecciones económicas previstas, lo cual fue acentuado con la demora en la entrega de terrenos al concesionario, lo cual no le permitió ejecutar la obra a tiempo. Esta controversia fue resuelta mediante el laudo arbitral de derecho recaído en el caso arbitral N° 2474-2012-CCL, que devino en una modificación al contrato de concesión mediante la adenda N° 6, del 30 de enero de 2015.

El concesionario buscaba principalmente que el tribunal arbitral declarara que este tenía un derecho a su favor, y no una obligación, para aumentar o incrementar la tarifa que se cobra al usuario a la fecha de aprobación de la culminación de la primera etapa. Esto se debía a que las proyecciones del tipo de cambio de dólares americanos a soles no eran favorables para el concesionario, que ascendía a S/. 2.55 al momento de la demanda. Inicialmente el concesionario cobraba una tarifa basada en el peaje ascendente a S/. 4.62, lo que, luego de aplicar el literal c) de la cláusula 8.17, sería de S/. 3.83. Es decir que, luego de la inversión realizada por el concesionario para la terminación de la primera etapa, el peaje iba a reducirse de S/. 4.62 a S/. 3.83. Por ello, el concesionario afirmaba que la aplicación de la nueva tarifa (con un peaje base de US\$ 1.50) era una potestad y podría ser aplicado. Asimismo, argumentaba que el literal c) de la cláusula 8.17 no había sido fiel a la voluntad de las partes, debido a que lo que se buscaba era

el aumento de la tarifa y no una disminución, lo cual se veía reflejado en los modelos económicos financieros elaborados por el Estado al marco del proceso de promoción¹³.

Frente a ello, el concedente afirmaba principalmente que la redacción del literal c) de la cláusula 8.17 del contrato de concesión no generaba dudas de interpretación, en tanto se podía deducir directamente de su aplicación que el peaje iba a variar de US\$ 1.33 (referido a S/4.62, al tipo de cambio establecido de acuerdo con el literal a) de la cláusula 8.17) a US\$ 1.50 (de acuerdo con literal c) de la cláusula 8.17), siendo necesario aclarar que del contrato no se desprendía que la tarifa iba a aumentar. Asimismo, afirmó que las bases establecían, en su artículo 31, una limitación de responsabilidad al concedente respecto de la información brindada en la licitación pública. Por ello, los postores eran responsables de sus ofertas, es decir, el concesionario, al presentar su propuesta se hacía responsable de sus propias evaluaciones respecto de las distintas variables que afectarían al contrato de concesión. En ese sentido, el concedente afirmó que el riesgo de tipo de cambio había sido asignado al concesionario, al estar asociado a una tarifa, al no anclar el tipo de cambio a una fecha específica, sino a una actividad del concesionario.

Finalmente, el tribunal arbitral concluyó que la limitación de responsabilidad antes comentada por parte del concedente no impedía la asignación de ciertos derechos al concesionario. Para dicho fin, el tribunal arbitral analizó distinta documentación relacionada con el contrato de concesión, advirtiendo que ambas partes sí eran de conocimiento y la voluntad de que el concesionario iba a ver aumentada la tarifa. Además, indicó que de la revisión de la documentación se había establecido que el riesgo de tipo de cambio había sido compartido entre las partes. Sumado a que todas las proyecciones indicaban que el tipo de cambio implicaba una apreciación del dólar estadounidense, se puede afirmar que la voluntad de las partes era que el concesionario no podía verse afectado con una reducción de la tarifa.

Frente al laudo que dio por fundada la pretensión del concesionario, las partes decidieron modificar el literal c) de la cláusula 8.17 del contrato de concesión, mediante la adenda N° 6, suscrita el 30 de enero de 2015, estableciendo que la tarifa está compuesta por un peaje máximo de US\$ 1.50, al tipo de cambio vigente a la fecha de la suscripción, pero además reajustado. En ese sentido, la tarifa no se aplicaba automáticamente con un peaje de US\$ 1.50, sino que se actualizaba tomando como punto de partida la fecha de suscripción del contrato de concesión. Ello, con el fin de permitir al concesionario verse beneficiado con un aumento de la tarifa y la recuperación de la inversión realizada para culminar con la primera etapa. Con este nuevo

¹³ El concesionario basaba su pretensión en los artículos 1361 y 1362 del Código Civil.

esquema, el concesionario podía beneficiarse de un aumento en la tarifa y no de una reducción, como en la realidad se daría en caso de aplicar lo establecido en el contrato. Por ello, la adenda permite la sostenibilidad del proyecto a pesar de las dificultades en la interpretación del texto contractual.

Frente a ello, somos de la opinión de que el riesgo de tipo de cambio debió permanecer bajo la responsabilidad del concesionario, como ha sido indicado en apartados anteriores dedicados al riesgo de tipo de cambio, por lo que el concesionario debió asumir la actualización de la tarifa de acuerdo con lo establecido en el contrato. Sin embargo, la solución acordada por las partes de modificar el contrato de concesión resulta correcto en tanto el concedente se encontraba en una situación de incumplimiento en la entrega de los terrenos, que llevaba al concesionario a sufrir una reducción de la tarifa sin reconocimiento de las inversiones efectuadas.

4.1.4 La problemática en el alcance de los niveles de servicialidad

El presente apartado tiene como fin analizar la controversia surgida entre las partes respecto de las labores de mantenimiento de la obra para alcanzar los niveles de servicio regulados en el contrato de concesión. Para ello, se toma como objeto de estudio el laudo arbitral de derecho del caso arbitral N° 1530-162-2008, del 23 de marzo de 2011, que expone los puntos de vista del concesionario (demandante) y el concedente (demandado).

El concesionario demandó al concedente en un proceso arbitral, solicitando que se declare que las obligaciones de mantenimiento de los subtramos 2, 3 y 5 a su cargo solamente comprendían el mantenimiento rutinario, en contraposición al concedente que alegaba que su obligación también comprendía el mantenimiento periódico. Al respecto, el concesionario citó comunicaciones pasadas realizadas por el concedente¹⁴ en donde aceptaba que el concesionario no se encontraba obligado a realizar el mantenimiento periódico para los subtramos 2, 3 y 5, aunque posteriormente el concedente cambió de posición y solicitó que el concesionario que realizara el mantenimiento periódico a dichos subtramos.

De acuerdo con el concesionario, el contrato de concesión ha establecido un régimen diferente para los subtramos. Es así que la infraestructura vial, de acuerdo con el anexo I, apéndice 1, se divide en seis subtramos, pero de estos, solo los subtramos 1, 4 y 6 requieren la puesta a punto, en atención al anexo 1, apéndice 2 del contrato de concesión. Ante ello, el concesionario afirma

¹⁴ Referido al Oficio N° 533-2008-MTC/20, del 1 de abril de 2008, y el Oficio N° 574-2008-MTC/25, de 5 de junio de 2008.

que el contrato no solo diferencia los subtramos 1, 4 y 6 de los subtramos 2, 3 y 5 respecto de que los últimos serán devueltos al concedente, sino que además implica distintas obligaciones y exigencias. Los subtramos 2, 3 y 5 serán reemplazados por obras nuevas y posteriormente desafectados y devueltos al concedente. La cláusula 7.2 ha regulado que, mientras que no se hayan terminado las obras de construcción del tramo que los reemplazará, el concesionario está obligado a realizar un mantenimiento rutinario con el objetivo de asegurar un tráfico fluido, no existiendo otra obligación más que el mantenimiento rutinario para dichos subtramos.

Asimismo, para el concesionario, el mantenimiento periódico solo es aplicable para los subtramos 1, 4 y 6, en tanto estos son objeto de puesta a punto. En este orden de ideas, el concesionario afirma que el mantenimiento periódico tiene por objeto mantener los niveles de serviciabilidad que han sido alcanzados mediante la puesta a punto, y es por ello que sin la puesta a punto no puede brindarse el mantenimiento periódico; es decir, que solo los subtramos 1, 4 y 6 requieren un mantenimiento periódico, en tanto es necesario recuperar los índices de serviciabilidad alcanzados con la puesta a punto.

Frente a ello, el concedente afirmó que, en el caso de los subtramos 2, 3 y 5, en tanto no se hubieren terminado las obras de construcción del tramo que los reemplazaría, el concesionario tenía la obligación contractual de realizar las actividades de conservación con el fin de preservar, recuperar o retardar la pérdida de las condiciones estructurales y funcionales originales de la infraestructura vial. Asimismo, el concedente alegó que no era cierto que del contrato de concesión se dedujera que los subtramos 2, 3 y 5 no requerían labores de mantenimiento periódico, en tanto dichas obligaciones nacían del servicio público que brindaba el concesionario. Es por ello que el concedente llegó a indicar que, mediante el contrato de concesión, se había transferido al concesionario la potestad de ejercer un servicio público y, en contraprestación, cobraba una tarifa, por lo que no podía perderse de vista que dichas obligaciones nacían de brindar un servicio público. Es por ello que el concesionario, al brindar un servicio público, debía seguir determinados niveles de serviciabilidad, más aún cuando la concesión implicaba dar mayor bienestar al usuario final, partiendo de la premisa de que el concesionario puede otorgar mejores condiciones y de manera más óptima.

Sumado a ello, el concedente afirma que, al ser la concesión de tipo onerosa, implica que el concesionario debe financiar e invertir lo necesario para la explotación y la operación de la infraestructura, lo que deviene en que el Estado no asume compromiso financiero alguno y solo el concedente podría asumir obligaciones de financiamiento, mediante la suscripción de una

adenda al contrato de concesión, no pudiendo ser aceptable que se pretenda hacerlo mediante una simple comunicación. El concedente agrega que el concesionario no había cumplido con reemplazar los subtramos 2, 3 y 5, por lo que su obligación de mantenimiento existía hasta que se cumpliera la condición que lo liberara de dicha obligación. Asimismo, indica que ninguna de las situaciones se ha verificado ni podrá verificarse en el corto plazo, debido al poco tiempo transcurrido desde la suscripción del contrato que lleve al concesionario a ejecutar las obras de reemplazo.

Es así que, para el concedente, las labores de mantenimiento a cargo del concesionario responden a las necesidades de la concesión, por lo que no se trata de una obligación estática, sino que es una obligación de prestación del servicio de acuerdo con las condiciones existentes, por lo que las distintas actividades de mantenimiento responden a diversos grados de deterioro y necesidad. Con todo ello, el concedente concluye que la obligación principal de mantenimiento de los subtramos 2, 3 y 5 son producto de una necesidad de asegurar un tráfico fluido, por lo que el concesionario estará obligado a realizar un mantenimiento periódico, si el mantenimiento rutinario no resulta suficiente para alcanzar los niveles de servicio requeridos, hasta que dichos subtramos sean devueltos.

Ante la controversia suscitada, el tribunal arbitral desarrollará distintas ideas en su laudo. Sin embargo, se debe destacar aquellas relacionadas con la obligación de realizar el mantenimiento periódico. El tribunal arbitral concuerda con la interpretación de la cláusula 7.2, mediante la cual el concesionario será responsable del mantenimiento rutinario de los tramos 2, 3 y 5 hasta que sean devueltos al concedente. Por ello, la cuestión está en determinar si a pesar de no encontrarse expresamente establecido en el contrato de concesión, el concesionario es responsable también de brindar un mantenimiento periódico a dichos subtramos, a razón de una obligación general de mantener y conservar todo el tramo vial otorgado en concesión, derivado de una interpretación de la cláusula 7.1. del contrato.

Frente a ello, el tribunal arbitral advirtió que, aunque la culminación de la primera etapa estaba prevista para setiembre de 2009, la adenda N° 2 al contrato de concesión establecía un intercambio de obras que implicaba que el subtramo 5, inicialmente previsto para la primera etapa, debía ejecutarse como parte de la segunda etapa. Asimismo, respecto de los subtramos 2 y 3, la desafectación se produciría en el año 2025. Es así que, para el tribunal arbitral, la adenda N° 2 no solo ha realizado una modificación en la ejecución de las obras, sino también a las estimaciones económicas iniciales que las partes previeron al momento de la suscripción del

contrato. Sumado a ello, el tribunal arbitral precisó la relación que existe entre los conceptos de mantenimiento periódico y la puesta a punto. En tanto la puesta a punto, solo es exigible para los subtramos, 1, 4 y 6 (de acuerdo con el anexo I, apéndice 2), luego del cual el mantenimiento periódico servirá para mantener los niveles de servicio alcanzados. Por ello, afirmar que los subtramos 2, 3 y 5 requieren de mantenimiento periódico, también implicaría que se deba realizar la puesta a punto de dichos subtramos.

Para el tribunal arbitral, la adenda N° 2 al contrato de concesión no previó la incorporación de otras obligaciones de mantenimiento que ya estaban establecidas en el contrato respecto de los subtramos 2, 3 y 5, que pasarían a ser desafectadas en un plazo mucho mayor al inicialmente estimado, por lo que dicho tribunal rechaza cualquier intento de subsanar una interpretación extensiva de las obligaciones. Todo ello lleva al tribunal arbitral a concluir que la única obligación del concesionario respecto de los subtramos 2, 3 y 5 hasta su desafectación es la de efectuar las labores de mantenimiento rutinario.

Finalmente, como una forma de reafirmar lo antes analizado, se realizó una entrevista al Supervisor de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN¹⁵ para saber si consideraba que el contrato de concesión inicial permitía alcanzar los niveles de servicio que dicho organismo exigía para los tramos existentes 2, 3 y 5. Al respecto, indicó que no, porque en esos subtramos debía realizarse el mantenimiento rutinario, toda vez que los mismos regresarían al concedente cuando se construyera la pista nueva. Por ello, no era posible aplicar penalidad por no cumplir con los niveles de servicios considerados en los subtramos, porque en estos solo se efectuarían mantenimientos rutinarios. Es por ello que el Supervisor de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN indicó que no era posible realizar trabajos de puesta a punto, porque esos subtramos regresarían al Estado para ser administrado por Provías Nacional.

4.1.5 La dificultad en la determinación de la tarifa durante la concesión: fórmula de redondeo

La pretensión por parte del concesionario de realizar el redondeo respecto de la tarifa final cobrada al usuario y con la moneda fraccionaria de diez céntimos, en tanto se encuentre vigente, llevó a las partes a otra controversia en el marco de la aplicación de la tarifa. Ello llevó al concesionario a solicitar al OSITRAN la interpretación del contrato de concesión, mediante resolución N° 026-2015-CD-OSITRAN, del 13 de mayo de 2015, y el informe N° 025-15-GRE-

¹⁵ El Sr. Julio Jiménez Matute es Supervisor de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN.

GSF-GAJ-OSITRAN, del 8 de mayo de 2015, respecto del cual se extraerán las ideas principales.

Con relación a ello, el contrato de concesión, en su sección I: Antecedentes y definiciones, establece las definiciones de los términos peaje y tarifa. Al respecto, el peaje es el cobro por el uso de la infraestructura vial sin incluir el IGV u otros aportes de ley, y la tarifa es el monto cobrado a los usuarios por concepto de peaje más IGV y otros aportes de ley. Esta distinción entre peaje y tarifa ha sido desarrollada por el literal d) de la cláusula 8.17 del contrato de concesión, modificada por la adenda N° 6 del 30 de enero de 2015, mediante la cual se estableció el método de cálculo de la tarifa. Es así que la tarifa es el resultado del peaje al que se le suma el IGV y otros aportes de ley.

Sin embargo, la aplicación de la tarifa a cobrarse generó una controversia en el momento de la aplicación del redondeo. Como se ha visto en el párrafo anterior, el literal d) de la cláusula 8.17 del contrato de concesión estableció el cálculo de la tarifa como la suma entre el peaje y el IGV (y otros aportes de ley). Además, indica que el resultado se deberá redondear a los diez céntimos más próximos o a la menor moneda fraccionaria que se encuentre vigente. En esa línea, el concesionario afirma que la tarifa que se cobra al usuario incluye el peaje y otros conceptos, como el ajuste por inflación y el redondeo. Por ello, no existen conceptos o montos intermedios denominados tarifa. Toda tarifa (de acuerdo con el régimen económico del contrato de concesión) está destinada a ser cobrada al usuario.

Respecto de la moneda fraccionaria utilizada para el redondeo, el concesionario toma las afirmaciones realizadas por OSITRAN en su momento¹⁶, e indica que debe efectuarse a la moneda de diez céntimos, en tanto se encuentra vigente. Solo si deja de estar vigente, corresponde hacer el redondeo a la moneda que en ese momento se convierta en la de menor fracción. Como respuesta a ello, el concedente ha manifestado que la aplicación del redondeo de la tarifa forma parte de la fórmula de reajuste de peaje, no siendo aplicable a otro momento. Es decir, que es un paso previo en el proceso para determinar la tarifa. Por lo tanto, en el caso de doble tarifa (de ida y vuelta), el resultado final se daría luego de aplicar el redondeo. Por otro lado, respecto de la moneda fraccionaria a utilizarse en el redondeo, el concedente acepta la

¹⁶ De acuerdo con el Informe N° 025-15-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, el concesionario indica que con relación al redondeo a los cinco céntimos más próximos, OSITRAN ya se había pronunciado mediante el Oficio Circular N° 4383-2011-GG-OSITRAN, del 18 de octubre de 2011, el mismo que adjuntaba el Memorando N° 087-11-GG-OSITRAN y el Informe N° 054-11-GAL-OPSITRAN de la gerencia legal de OSITRAN.

posición del concesionario y entiende que el redondeo puede realizarse a los diez céntimos en dicha oportunidad.

Para solucionar la controversia, OSITRAN indicó, respecto de la oportunidad para la aplicación del redondeo, que debe darse al momento de calcular la tarifa, la cual será cobrada al usuario por la cantidad de ejes del vehículo. En ese sentido, el redondeo es parte del proceso de determinación de un concepto llamado tarifa, pero no necesariamente lo que se cobrará finalmente al usuario, sino que dependerá de las circunstancias, tales como el número de ejes del vehículo o si es una o doble tarifa. Por otro lado, OSITRAN advierte que el contrato de concesión no establece un orden de prelación para aplicar la moneda fraccionaria en el mecanismo de redondeo, pudiendo el concesionario realizar el redondeo hacia los diez céntimos más próximos o hacia la menor moneda fraccionaria. Frente a ello, recomendó que las partes evalúen modificar el último párrafo del literal d) la cláusula 8.17, del contrato de concesión, en tanto sería necesario especificar el criterio para efectuar el redondeo a la menor moneda fraccionaria.

Somos de la opinión de que cualquier acotación que realice el regulador al método de redondeo de la tarifa debe ser acatada por el concesionario, en tanto este último asume el riesgo de ingresos y riesgo de demanda, de acuerdo con el contrato de concesión. Por ello, si el mecanismo de redondeo permite al concesionario elegir una u otra forma, deberá realizarlo a su cuenta y riesgo. Por otro lado, se ha logrado advertir que el literal d) de la cláusula 8.17 no ha sido modificado, por lo que se entiende que las partes han aceptado que el concesionario tiene la potestad de elegir la forma de redondeo.

4.1.6 Caída del Puente Topará como un error en el diseño técnico

El 17 de julio de 2015 se desplomó el puente Topará¹⁷, ubicado en el kilómetro 175 de la Panamericana Sur, que unía las ciudades de Cañete y Chincha, correspondiente a la concesión. Este hecho afecta el cumplimiento de las obligaciones por parte del concesionario, lo cual implica un análisis sobre la imputación de responsabilidad en el marco del contrato. Inicialmente se debe indicar que el concesionario tiene como obligaciones principales la construcción y la puesta a punto de la infraestructura vial y la explotación de la concesión, conforme se establece en los apartados 2.4 y 2.5 del contrato. Por lo tanto, se puede decir que, en el marco del contrato de concesión, el concesionario es responsable de la correcta ejecución

¹⁷ Véase: <http://elcomercio.pe/peru/ica/plataforma-puente-unia-canete-chincha-desplomo-179579>

de las obras de infraestructura propias del tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, para ser dispuesto a favor de los usuarios para su uso a cambio de una tarifa.

En ese sentido, el concesionario se obliga a mantener en buen estado y operatividad la infraestructura para poder brindar a los usuarios los servicios en el marco de los estándares determinados en el contrato, de acuerdo con el apartado 8.1 del contrato de concesión. Es por ello que, ante la caída del Puente Topará, el concesionario es inicialmente responsable de la reconstrucción de la infraestructura vial, de acuerdo con las obligaciones asumidas en el contrato y con el fin de brindar el servicio a los usuarios.

En ese sentido, la cláusula 6.1. del contrato de concesión, modificado mediante adenda N° 2, suscrito el 8 de abril de 2009, estableció que la ejecución de las labores se efectuará siguiendo los diseños definitivos que presente el concesionario o el estudio definitivo de ingeniería en caso de que el concesionario decida utilizar el expediente a su propia cuenta y riesgo. Asimismo, se advierte que la cláusula 6.2 del contrato de concesión estableció que el concesionario recibió los estudios técnicos, los cuales conoce en toda su extensión y detalle. Asimismo, ha recibido planos, instrucciones, recomendaciones y especificaciones contenidos en los estudios técnicos que comprenden informes de carácter técnico que han sido elaborados, tales como los estudios definitivos de ingeniería hechos por las distintas consultoras contratadas.

Esto debe concordar con lo establecido en la cláusula 6.17 del contrato de concesión, el cual establece que la obra debe cumplir con todos los estándares y parámetros técnicos de construcción de carreteras y puentes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, así como las disposiciones de los estudios técnicos en caso de que el concesionario decida acogerse a los mismos a su propia cuenta y riesgo, o por los diseños modificados que presente el concesionario durante la vigencia del contrato, debidamente aprobados. Por ello, se puede decir que el concesionario ha asumido el riesgo del diseño de la obra y, por lo tanto, es responsable por la caída del Puente Topará, en tanto la causa sea atribuible a un error en el diseño. Asimismo, se puede indicar que la caída del Puente Topará no solo tiene implicancias en la determinación de la responsabilidad entre las partes, sino que, además, en último caso, altera la provisión del servicio y afecta el normal uso de la carretera por parte de los usuarios.

4.2 Desempeño de la concesión

4.2.1 Cumplimiento de los objetivos de la concesión

De acuerdo con el plan de promoción, el objetivo del proyecto es mejorar la infraestructura vial del tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, permitiendo efectos positivos en la economía, tales como eficiencia económica de las empresas usuarias, competitividad de los bienes, incremento de la capacidad productiva, mejoramiento de las cuentas fiscales por recaudación de impuestos y liberación de recursos del Estado para otros proyectos.

Los objetivos establecidos en el plan de promoción se materializaron en el contrato de concesión, en especial en los apartados 2.4 y 2.5 referidos al objeto de la concesión. Al respecto, el objeto principal del contrato de concesión es la construcción y la explotación de la infraestructura vial del tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, entre otros. En el caso del literal a) de la cláusula 2.5 del contrato de concesión, referido a la entrega, la transferencia, el uso y la reversión de los bienes de la concesión, se debe advertir que, en atención a la demora en la entrega de terrenos por parte del concedente, como se ha analizado en los apartados anteriores, es posible afirmar que se ha presentado un cumplimiento parcial de los objetivos.

Respecto de la construcción de la infraestructura vial, como se indica en el literal b) de la cláusula 2.5 del contrato de concesión, se debe indicar que, pese a los avances del proyecto, a la fecha no se ha podido cumplir con la ejecución total de las obras que habían sido previstas en el contrato. Para el año 2016 se continuaba con la ejecución de la infraestructura vial, como es el caso de las obras del empalme provisional del subtramo N° 5 y Av. Fermín Tanguis y la construcción del paso a desnivel San Clemente, como se indica en el informe de desempeño de 2016. Por ello, en tanto la obra no llegue al 100% de construcción, el servicio brindado no será el esperado en el contrato de concesión y los beneficios a la población serán parciales. Es así que se podría decir que no se ha cumplido con el literal b) de la cláusula 2.5 como objetivo del proyecto.

Sobre la conservación de la obra y la explotación de la concesión a la que se refieren los literales c) y d) de la cláusula 2.5 del contrato de concesión, como se ha visto en apartados anteriores y de acuerdo con el informe de desempeño del año 2016 (apartado VI), se puede indicar que los resultados alcanzados por el concesionario, entre 2013 y 2016, han superado los estándares de niveles de servicio exigidos (95%), siendo el 2016 el año en el que se alcanzó el estándar de cumplimiento de los niveles de servicio más alto. Por ello, es posible decir que la concesión ha tenido un desempeño óptimo respecto de la conservación de la obra y la explotación del servicio, permitiendo un nivel de servicio más que adecuado a favor de los usuarios de la infraestructura. En conclusión, se puede decir que, a pesar de que no se ha

concluido con la ejecución de las obras, producto de la demora en la entrega de terrenos, la concesión ha alcanzado niveles de servicialidad óptimos que mejoran la calidad de vida de los usuarios y terceros que se benefician de dicho proyecto.

Como una forma de ampliar lo estudiado en este apartado, se realizó una entrevista al Supervisor de Usuario de OSITRAN sobre el estado de avance de las inversiones (obras) que tiene a la fecha la concesión. Al respecto, se indicó que actualmente se tenía un 70% de ejecución de las obras, y que se está a la espera de la liberación de las áreas del subtramo 5 y 6 para continuar con la supervisión de las obras. Asimismo, se buscó establecer si el estado de avance de las inversiones era concordante con la tarifa que se venía cobrando, sobre lo cual el Supervisor de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN indicó que el contrato de concesión contemplaba las obras que se ejecutarían durante la etapa de construcción, así como la tarifa, que es fija durante el tiempo de la concesión. No obstante, si bien es cierto que la demanda existente es muy favorable para el concesionario, se debe mencionar que este último mantiene un nivel muy alto del servicio que ofrece al usuario, pues ha ejecutado sus obras, además de pasos a desnivel, intercambios viales, Internet en el peaje de Chíncha y auxilio mecánico, entre otros servicios.

4.2.2 Sobre la tasa de ganancia del concesionario

Con el fin de analizar la tasa de ganancia del concesionario, y con la información de la cual se tiene acceso, se ha tomado como punto de partida el análisis del costo de capital desde el punto de vista del accionista, sin tomar en cuenta el costo de endeudamiento, del cual no se ha obtenido la información necesaria. Al respecto, Huamaní (2010) ha indicado que <<la determinación del costo de capital tiene relevancia para la toma de decisión sobre la inversión en infraestructura de transportes, debido a que determina la rentabilidad requerida por las empresas concesionarias antes de incursionar en nuevos proyectos o en adelantos de inversiones. Por otro lado, dicho costo es importante para el Concedente, pues determina directa o indirectamente –en el caso de no ser una obra autofinanciada- el monto de cofinanciamiento de las obras>>. Con dicho objetivo, Huamaní (2010) determinó el costo de capital aplicable a distintos concesionarios, de acuerdo con lo siguiente:

Tabla 2. Costo de capital de concesiones de carreteras

Concesionarios	Concesión	Costo de capital
IIRSA NORTE	IIRSA NORTE - Tramo Vial: Paíta - Yurimaguas	14.07%
NORVIAL	RED VIAL N° 5 - Tramo Vial: Ancón - Huacho - Pativilca	15.77%
COVIPERÚ	RED VIAL N° 6 - Tramo Vial: Puente Pucusana - Cerro Azul – Ica	12.62%
SURVIAL	IIRSA SUR - Tramo 1: San Juan de Marcona - Urcos	12.08%
COVISUR	IIRSA SUR - Tramo 5: Matarani - Azángaro - Ilo	12.14%

Fuente: Elaboración propia con base en Huamaní (2010).

Como se puede notar de la tabla anterior, el concesionario de la Red Vial N° 6 obtiene como costo de capital un 12.62%, lo cual lo posiciona como tercero en el listado de las cinco concesiones analizadas por el autor. A este análisis se le debe incluir una comparación frente el retorno de mercado que Huamaní ha calculado a partir del Standard & Poor's 500 como 11.09%, frente a lo cual el 12.62% de la Red Vial N° 6 se presenta como una mejor opción.

Por lo tanto, se puede advertir que, aunque la Red Vial N° 6 (12.62%) no presente un alto costo de capital, como lo hace la IIRSA Norte (14.07%) o la Red Vial N° 5 (15.77%), sí presenta un mayor costo de capital respecto del retorno de mercado (S&P 500 de 11.09%), lo que la hace atractiva al inversionista. Asimismo, en entrevista realizada al Asesor Coordinación Económico Financiero de OSITRAN¹⁸ sobre la obtención de la tasa de retorno por parte del concesionario, este indicó que había sido favorable, en tanto que aproximadamente durante tres años el concesionario se había beneficiado con el cobro de la tarifa de S/. 4.62 + IGV. Esto se explica atendiendo a que en el año 2009 se estimó incrementar la tarifa a US\$ 1.5 + IGV (que al tipo de cambio de US\$ 2.98 llegaba a actualizarse hasta S/. 4.47 + IGV, importe menor de lo que cobraba), razón por la cual el concesionario se ha beneficiado económicamente durante alrededor de tres años.

¹⁸ El Sr. Alex López es Asesor Coordinación Económico Financiero de OSITRAN.

Capítulo IV. Análisis y propuestas

El presente capítulo tiene como objetivo realizar un análisis de los problemas que han sido objeto de estudio a lo largo de este trabajo de investigación. Asimismo, se formulan propuestas con el fin de dar soluciones a dichos problemas.

1. Sobre el factor de competencia en el proceso licitatorio

De acuerdo con lo que se ha visto en apartados anteriores, al estructurar el proceso de promoción se optó por establecer como factor de competencia el mayor monto de retribución del Estado, a partir de las proyecciones de ganancia que cada postor evaluaría en su momento. Por lo tanto, el postor ganador sería aquel que pudiera proyectar mejor los flujos de caja, reducir sus costos y aumentar el pago por retribución al Estado. Sin embargo, somos de la opinión de que en el caso de infraestructuras viales que ofrecen un solo servicio, como es el caso de la Red Vial N° 6, el cobro de una menor tarifa no resulta conveniente, ya que el concesionario solo tiene una fuente de ingresos que le permite recuperar la inversión, y la reducción de la tarifa podría poner en riesgo ello. En el caso de otro tipo de infraestructuras, como aeropuertos que tienen algunos servicios adicionales, tales como los no aeroportuarios, el concesionario tiene otras fuentes de ingreso que sí le permitirían recuperar su inversión con un menor riesgo. Asimismo, el objetivo es hacer que el proyecto pueda ser atractivo para la inversión privada, dada la alta demanda esperada.

Somos de la opinión de que en el caso de infraestructuras viales, el factor de competencia de obra adicionales sería el más adecuado, como se ha venido desarrollando en la concesión de la Red Vial N° 4 y la Autopista del Sol, ya que en dichas concesiones los postores ganadores ofrecieron mayor construcción de obras en la infraestructura vial (obras de desempate), como intercambios viales, evitamientos, cantidad de kilómetros continuos de longitud de la segunda calzada y puentes peatonales, entre otros. En sentido, el usuario de la vía pagaría el costo de la tarifa del peaje por el servicio que recibe; además, la aportación económica que realiza el privado se estaría invirtiendo en la misma infraestructura vial concesionada, a diferencia del factor de competencia de retribución del Estado, que regresa al tesoro público del Estado.

1.1 La falta de competencia en el proceso licitatorio

Como se ha visto en apartados anteriores, en la licitación pública se presentó un problema de gran importancia respecto de la falta de competencia en las últimas fases del proceso de selección. Frente a ello, se esbozó una variedad de explicaciones sobre cuál había sido el

problema en el proceso de promoción de la inversión privada que no permitió la presentación de un mayor número de propuestas, tales como la falta de información sobre el proyecto, la falta de fiabilidad sobre la información brindada o la falta de experiencia del Estado frente a un proyecto con dichas características. Se determinó que el problema principal era la falta de información sobre el proyecto que permitiese mayor participación de los postores.

Se propone, como una solución al problema, la aplicación de la norma y la promoción de una mayor participación del sector privado en la estructuración de los proyectos, a fin de permitir una mayor de competencia en las fases posteriores. Es decir, que el organismo promotor de la inversión privada esté en mayor contacto con los postores interesados a fin de recoger sus propuestas y mejorar el atractivo del proyecto, de cara al sector privado durante la fase de estructuración a través de mesas de diálogo o recepción de propuestas por escrito. Esto permitiría al mercado conocer el proyecto con anticipación y permitir una mayor participación de postores.

En el actual reglamento del decreto legislativo N° 1224, Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, se ha verificado que con el decreto supremo N° 068-2017, publicado el 28 de marzo de 2017 en el diario oficial El Peruano, se promueve un cambio normativo en el usuario, lo cual permite en la fase de estructuración de una asociación público-privada la participación de los posibles postores interesados, analiza el interés de potenciales participantes y financistas en el proyecto y gestiona reuniones de coordinación para recibir comentarios, sugerencias y apreciaciones generales sobre el diseño del contrato y su correcta ejecución.

Ello implicaría una participación más activa del sector privado en el proceso de estructuración, de tal manera que tenga conocimiento del desarrollo del proyecto y participe en la licitación del proyecto. Estas coordinaciones impactarían al momento de la ejecución del contrato, ya que se evitará reformulaciones de diseño de contrato, modificaciones de trazos viales, obras complementarias y su ejecución se desarrollaría conforme a lo establecido en los contratos de concesión.

2. Sobre la demora en la entrega de terrenos necesarios para la construcción de obras

De acuerdo con lo estudiado en apartados anteriores, se debe indicar que, a pesar de que el contrato de concesión había establecido un régimen flexible para la entrega de terrenos por parte del concedente, a través de la toma de posesión de manera individual (cláusula 5.2 del contrato

de concesión), la ejecución de la obra se vio retrasada por la demora en la obtención de dichos predios. Este problema se manifestó en la necesidad de modificar el contrato de concesión para adaptar la regulación a fin de viabilizar alguna solución necesaria. Se ha planteado como una razón de la demora en la entrega de los terrenos la falta de coherencia entre la propuesta de ejecución de las obras establecidas en el contrato de concesión y la capacidad de entrega de los terrenos por parte del Estado. Este error tiene su origen en una equivocada estructuración del contrato de concesión, al no tomar en cuenta las capacidades reales del Estado para entregar dichos terrenos.

Como una forma de advertir acerca de las posibles demoras en la entrega de terrenos, se propone que, en los procesos de promoción, mediante el uso de una base de datos, se informe a los postores los estudios y labores a realizarse para la adquisición de terrenos faltantes, así como el estado actual respecto del saneamiento y la liberación de terrenos, con el fin de permitir que el sector privado pueda advertir dichos riesgos. Gracias a la entrevista realizada al Jefe de Derecho de Vía de Provías Nacional, Carlos Alberto Saavedra Zavaleta, se ha podido llegar a establecer nuevas propuestas respecto de la forma de cumplir oportunamente con los plazos en las liberaciones de las áreas, se sugiere lo siguiente:

- Antes de que se ejecuten las obras de un contrato de concesión, deberían liberarse, al menos, los predios de la primera etapa afectados por la carretera concesionada, con la finalidad de que al momento de la suscripción del contrato el concesionario pueda ejecutar obras.
- De acuerdo con la experiencia, se ha demostrado que el concedente se demora en entregar al concesionario las áreas liberadas en aproximadamente diez meses, por cada tramo, lo que equivale a diez km aproximadamente, razón por la cual sería conveniente que Proinversión estime los plazos correctamente para la entrega de terrenos.

Al respecto, el Jefe de Derecho de Vía de Provías Nacional considera que se debería establecer porcentajes mínimos de áreas liberadas antes de la convocatoria de una APP, por dos razones:

- En primer lugar, porque el concedente, al haber liberado las áreas afectadas por el derecho de vía, permite al concesionario a ejecutar inmediatamente las obras, lo cual implica que, si el concesionario culmina a tiempo el cronograma de ejecución de obras, existe mayor tiempo de mantenimiento para la carretera.

- En segundo lugar, porque si el concedente libera los predios antes de que exista construcción, el costo del terreno sería menor antes de que la zona se vea beneficiada con el crecimiento económico producto de la nueva infraestructura.

Asimismo, el Jefe de Derecho de Vía de Provías Nacional ha indicado que actualmente se ha suscrito la adenda 9 al contrato de concesión, la cual faculta al concesionario a efectuar el pago por el justiprecio del predio, a fin de que el afectado se retire del área y se pueda ejecutar las obras. Por ello, la facultad de pago y la intervención del concesionario deberá estar considerado en los nuevos contratos de concesión.

3. Sobre el problema de la aplicación del tipo de cambio al incremento de la tarifa

Como se ha visto en los apartados anteriores del presente trabajo, el régimen económico de la concesión respecto del incremento de la tarifa generó una controversia entre el concesionario y el concedente, debido a los efectos adversos derivados del tipo de cambio contrario a las proyecciones económicas previstas. El tribunal arbitral concluyó que el riesgo de tipo de cambio había sido compartido entre las partes, por lo que se decidió modificar el literal c) de la cláusula 8.17 del contrato de concesión, mediante la adenda N° 6, suscrita el 30 de enero de 2015, estableciendo que la tarifa está compuesta por un peaje máximo de US\$ 1.50, al tipo de cambio vigente a la fecha de la suscripción del contrato, pero además reajustado.

Frente al problema del riesgo de tipo de cambio, se recomienda una mejor estructuración del contrato de concesión que permita establecer sin dudas que dicho riesgo se encuentra asignado a alguna de las partes. Esta propuesta es coherente con el concepto de asociación público-privada autofinanciada, pues el concesionario asume el riesgo de la demanda. En caso de que la tarifa aumente, será necesario que ello esté relacionado con una mejora del servicio y la infraestructura vial provista al usuario.

Como una forma de ahondar en la elaboración de propuestas, se puede traer a colación la entrevista realizada al Asesor Coordinación Económico Financiero de OSITRAN sobre qué aspectos consideraba que se debía haber tenido en cuenta para la actualización de la tarifa, a lo que ha indicado que podría considerarse el reajuste de la tarifa, de acuerdo con las variaciones de la demanda que tiene la concesión, modificándose cada vez que se eleve o se reduzca la demanda. Asimismo, se conversó acerca de qué aspectos del tipo de cambio debieron haberse tomado en cuenta en el diseño del contrato para la tarifa y las inversiones. Al respecto, el Asesor de Coordinación Económico Financiero de OSITRAN indicó que consideraba que el cobro de la

tarifa debió hacerse en moneda nacional, para reducir el riesgo de tipo cambiario respecto del pago por la garantía asumida por el Estado. Además, explicó que en un contrato de concesión por medio de asociación pública-privada, el riesgo tarifario era asumido por el concesionario; sin embargo, puede surgir algún aspecto, como la falta de entrega de terrenos que perjudica al concesionario y los efectos de que el cobro de la tarifa no se realice oportunamente. Por ello se recomienda que los plazos de entrega de terrenos y ejecución de la infraestructura se lleven a cabo con base en un cronograma que tome en cuenta todas las contingencias y los riesgos posibles, con el fin de no generar problemas en el cálculo de la tarifa por parte del concesionario y que afecte a los usuarios del servicio.

4. Sobre la problemática en el alcance de los niveles de servicialidad

Anteriormente se presentó la controversia entre las partes respecto de los niveles de servicialidad. En este caso, el concesionario demandó al concedente, mediante un proceso arbitral, para que se declarara que las obligaciones de mantenimiento de los subtramos 2, 3 y 5 a su cargo solamente comprendían el mantenimiento rutinario, en contraposición a lo exigido por el concedente, que alegaba que su obligación también comprendía el mantenimiento periódico. El tribunal arbitral advirtió que, aunque la culminación de la primera etapa estaba prevista para setiembre de 2009, la adenda N° 2 al contrato de concesión había establecido un intercambio de obras, lo que implicaba que el subtramo 5, inicialmente previsto para la primera etapa, debía ejecutarse en la segunda etapa. Asimismo, respecto de los subtramos 2 y 3, la desafectación se produciría en el año 2025. Es así que, para el tribunal arbitral, la adenda N° 2 no solo había modificado los términos de la ejecución de las obras, sino también las estimaciones económicas iniciales que las partes habían previsto al momento de la suscripción del contrato.

Asimismo, el tribunal arbitral destacó la relación que existe entre los conceptos de mantenimiento periódico y la puesta a punto. Es así que la puesta a punto solo era exigible para los subtramos, 1, 4 y 6 (de acuerdo con el anexo I, apéndice 2), luego de lo cual el mantenimiento periódico serviría para asegurar los niveles de servicio alcanzados. Por ello, afirmar que los subtramos 2, 3 y 5 requieren de mantenimiento periódico también implicaría que se deba realizar la puesta a punto de dichos subtramos. Por ello, opinamos que, frente a modificaciones contractuales que impliquen el aplazamiento de la ejecución de una obligación por alguna de las partes, es necesario que, a la vez, se reestructuren todas las obligaciones referidas a la conservación y el mantenimiento de la obra, a fin de permitir una correcta ejecución de los trabajos y la provisión del servicio.

5. Sobre el redondeo de la tarifa

En apartados anteriores también se analizó otra de las controversias surgidas entre las partes, en el marco de la aplicación de la tarifa relacionada con el mecanismo de redondeo. Para solucionar la controversia, OSITRAN indicó que la oportunidad para la aplicación del redondeo era al momento de calcular la tarifa, la cual sería cobrada al usuario por la cantidad de ejes del vehículo. En ese sentido, el redondeo es parte del proceso de determinación de un concepto llamado tarifa, pero no necesariamente lo que se cobrará finalmente al usuario, sino que dependerá de las circunstancias, tales como el número de ejes del vehículo o si es una o doble tarifa. Al respecto, la recomendación propuesta en este trabajo de investigación es que se debe mejorar la estructuración del proyecto, estableciendo como cálculo de la tarifa un orden de prelación para las formas de redondeo respecto de la moneda fraccionaria. Por ello, se recomienda que se realice a favor del usuario, es decir, hacia la moneda fraccionaria menor y luego otras formas. Debe tomarse en cuenta el artículo 44 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que establece que se encuentra prohibido que los proveedores redondeen los precios en perjuicio del consumidor.

6. Sobre el error en el diseño y la caída del Puente Topará

Como se ha visto anteriormente, y de acuerdo con las condiciones establecidas en el contrato de concesión, la ejecución de las obras de infraestructura son responsabilidad del concesionario. Por ello, es posible afirmar que la caída del Puente Topará puede ser atribuido a un error en el diseño, en atención a la responsabilidad del concesionario en el riesgo del diseño, como se ha establecido en los apartados anteriores. Por ello, se puede decir que el concesionario ha asumido el riesgo del diseño, por lo tanto, es responsable por la caída del Puente Topará, en tanto la causa sea atribuible a un error en el diseño.

Frente a ello, en atención a que es el concesionario el que asume el riesgo del diseño, se propone como método de mitigación el establecimiento de un mayor plazo para que el postor pueda revisar todos los estudios brindados por el organismo promotor de la inversión privada y proponer cambios al proyecto con el fin de mejorarlo, antes de presentar la oferta económica.

Conclusiones y recomendaciones

- El retraso en la entrega de terrenos se debió a varios factores como la falta de capacidad del Estado de procurar la liberación de los predios, la modificación del trazo de la vía que implicó mayores costos y dificultades al Estado, la falta de estudios sobre el estado de los predios a ser adquiridos o expropiados y la demora en la tramitación del proceso expropiatorio y de adquisición de terrenos. Uno de los efectos más importantes del retraso en la entrega de terrenos fue la problemática en la aplicación de la fórmula de actualización de la tarifa respecto del tipo de cambio de la moneda. En este caso, el concesionario se vio afectado al tener que reducir la tarifa ante una fórmula que se encontraba desfasada por la demora en la ejecución de inversión, que finalmente tenía como causal la demora en la entrega de terrenos. Es así que las partes decidieron establecer una nueva fórmula de actualización tarifaria.
- Sobre los niveles de servicialidad no alcanzados oportunamente para los subtramos 2, 3 y 5 se debe indicar que, debido a la demora en la entrega de los terrenos, el concesionario se vio en la imposibilidad de trasladar al concedente los tramos 2, 3 y 5 dentro de los plazos establecidos en el contrato. A esta situación se sumaba que el contrato de concesión no había establecido la responsabilidad del concesionario de realizar el mantenimiento periódico, sino solamente el mantenimiento rutinario. El problema sobre los niveles de servicialidad para los subtramos 2, 3 y 5 se debió a un error contractual, al no preverse labores de mantenimiento periódico para dichos subtramos por parte del concesionario frente a la imposibilidad del traslado de posesión al concedente.
- Respecto de la determinación de la tarifa aplicable, se ha advertido un problema en la aplicación de la fórmula del redondeo, que llevó a las partes a presentar puntos de controversia. En este caso, el problema respecto del redondeo de la tarifa se debió a un error en el diseño contractual, al no establecerse la oportunidad ni el orden de prelación en la fórmula aplicable.
- Teniendo en cuenta que la caída del Puente Topará se debió a un error en el diseño del puente, la controversia surge respecto de quién debía asumir la responsabilidad. En este caso, y como se ha visto en el presente trabajo, la responsabilidad sobre el diseño lo tiene el concesionario, quien asume dicho riesgo. Por ello, es el concesionario el que deberá realizar las actividades necesarias para ejecutar las obras de reparación o construcción del nuevo puente y asumir los costos asociados a este.

Bibliografía

- BLANCO, L. (2006). *La investigación económica: metodología y gestión de la información*. Revista Pedagógica Universitaria. 11 (1), 19-38.
- BONIFAZ F., José Luis (1998, junio) *Concesiones de Carreteras recomendadas para el caso peruano*. Revista de Análisis Económico Vol. 13 N° 1, pp 117-148.
- HUAMANÍ ANTONIO, Sandro A. (2010) *Una estimación del costo de capital para concesiones en carreteras del Perú*. (Consultado el 22 de diciembre de 2017) Disponible en: http://www.proviasnac.gob.pe/Archivos/file/Documentos_de_Interes/LIBRO_4__OK.pdf
- HUAPAYA TAPIA, Ramón (2013). *Diez Tesis sobre la Asociación Público - Privadas (APP) en nuestro régimen legal*. Revista de Derecho Administrativo N° 13. Circulo de Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Católica del Perú. Pág. 15.
- INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA. (2007). *Con infraestructura se reduce la pobreza*. (Consultado el 22 de diciembre de 2017) Disponible en: <https://www.comexperu.org.pe/upload/articles/revista/Julio07/analisis.pdf>.
- LAMA MORE, Antonio y VARGAS, Tito (2012). *Retraso en la entrega de predios, un problema a resolver en las APP: efecto en los usuarios*. Pensamiento Crítico Vol. 19 N° 1, pp 71-83, Universidad Mayor de San Marcos.
- MARTÍN, Richard. (2013). *El Laberinto Estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú*. En Revista Arbitraje PUCP, Año 3, N° 3.
- MENDIOLA et al (2011), *Factores críticos de éxito en concesiones viales en el Perú*, Editado por ESAN.
- OSITRAN (2008). Informe N° 007-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN emitido por el OSITRAN el 15 de febrero de 2008.
- WORLD BANK, ASIAN DEVELOPMENT BANK and INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK (2014). *Public-Private Partnerships. Reference Guide. Version 2.0*, World Bank.
- YESCOMBE, E. R. (2007) *Public-Private Partnerships. Principles of Policy and Finance*, Elsevier Ltd., Oxford.

Anexos

Anexo 1. Matriz de riesgos

Tipo de Riesgos	Riesgos	¿Cuándo surgen?	No se incorpora el riesgo	Asignación		Forma de mitigación del riesgo	Referencia
				Estado (Concedente)	Privado (Concesionario)		
Diseño	Defectos de diseño	Fallas en las especificaciones técnicas exigidas al concesionario por el estado en las bases del concurso.			X	La sociedad concesionaria se obliga a realizar las obras referidas en el anexo II: Descripción de las obras, de acuerdo con las condiciones ahí previstas. Permitir que el concesionario realice optimizaciones al diseño propuesto en los estudios técnicos, sin que signifique incremento en los costos de inversión estimados.	Sección VI: de la construcción de la infraestructura vial. obligaciones de la sociedad concesionaria. numerales 6.1, 6.2 y 6.17.
		Fallas en el diseño ofrecido por el privado.			X		
Construcción	Variaciones en los costos de construcción	Aceptación del privado de las condiciones en las que se encuentran los bienes entregados por el Estado para el proyecto.		X		El concedente es responsable frente al concesionario por cualquier reclamo, demanda o acción que terceros puedan interponer con relación a los bienes entregados por el concedente.	Sección V: régimen de bienes. Régimen de bienes. numeral 5.1.

Tipo de Riesgos	Riesgos	¿Cuándo surgen?	No se incorpora el riesgo	Asignación		Forma de mitigación del riesgo	Referencia
				Estado (Concedente)	Privado (Concesionario)		
		Inflación / variación de precios e insumos: variación en los precios de los insumos necesarios para llevar a cabo la construcción de la obra.			X X	El contrato de concesión no establece una compensación al concesionario por variación de precios de los insumos debido a la inflación. Por ello, se puede decir que en tanto el concesionario asume el riesgo de financiamiento, también asume el riesgo de inflación.	Sección III: eventos a la fecha de suscripción del contrato. Constataciones en la fecha de suscripción del contrato. Cláusula 3.3. Literal d). Sección VI: de la construcción de la infraestructura vial. Régimen económico de la construcción. Cláusula 6.24
		Riesgo geológico: condiciones especiales del área de concesión que no han podido preverse en estudios previos y que impliquen mayores costos o plazos de construcción			X	Se establece la contratación por parte del concesionario, de la póliza CAR (Contra todo Riesgo de Construcción - Construction All Risk), dentro de la cual se considera la cobertura por eventos catastróficos y otros. Este seguro cubre riesgos, tales como riesgos de diseño, riesgos de ingeniería, eventos catastróficos como terremotos, inundaciones, lluvias, incendios, explosiones, terrorismo, vandalismo, conmoción civil, robo y cualquier otro bajo dicha póliza.	Sección X: régimen de seguros. pólizas de seguro a contratar por la sociedad concesionaria. numeral 10.2. literal d).

Tipo de Riesgos	Riesgos	¿Cuándo surgen?	No se incorpora el riesgo	Asignación		Forma de mitigación del riesgo	Referencia
				Estado (Concedente)	Privado (Concesionario)		
		Riesgo de inversiones adicionales: a solicitud del concedente de ejecutar inversiones distintas a las aprobadas en el diseño final (partidas adicionales no previstas).		X		El contrato de concesión, en su cláusula 6.20 modificada por la adenda N° 6, ha establecido que el concedente podrá determinar la necesidad de realizar obras nuevas, en cuyo caso las partes acordarán los montos y forma de pago al concesionario por la ejecución de estas obras. En caso de que no exista mutuo acuerdo entre las partes, la cláusula 6.21 ha regulado que el concedente convocará a un procedimiento para la selección de un ejecutor de las obras nuevas.	Sección VI: de la construcción de la infraestructura vial. obras complementarias y nuevas. Numerales 6.20 y 6.21
	Retraso en la culminación de las obras	Falta de licencias, permisos y autorizaciones que retarda el inicio de la obra, o posibilidad de no obtención de los permisos o licencias necesarios para ejecutar el proyecto.			X	El concesionario es responsable de la tramitación y la obtención oportuna de las licencias y los permisos necesarios para la ejecución de sus actividades, de conformidad con el marco legal vigente.	Sección XI: consideraciones socioambientales. numeral 11.6. literal a).

Tipo de Riesgos	Riesgos	¿Cuándo surgen?	No se incorpora el riesgo	Asignación		Forma de mitigación del riesgo	Referencia
				Estado (Concedente)	Privado (Concesionario)		
		Deficiencia en el abastecimiento de materiales y equipamiento.			X	<p>El concesionario es el responsable de la ejecución de las obras, de acuerdo con los estudios técnicos, por lo tanto es el responsable de las deficiencias o eventos como consecuencia de su proceder.</p> <p>Se ha establecido la contratación de garantías: - Garantía de fiel cumplimiento de construcción de obras. - Garantía de fiel cumplimiento de contrato.</p>	<p>Sección VI: de la construcción de la infraestructura vial. Obligaciones de la sociedad concesionaria. Numerales 6.1 y 6.2. Anexo II.</p> <p>Sección IX: Garantías a favor del concedente. numeral 9.2: garantías de fiel cumplimiento.</p> <p>Anexo XI. Numerales 4.2 y 4.3</p>
		Accidentes laborales.			X	<p>El concesionario es el responsable de la ejecución de las obras, de acuerdo con los estudios técnicos, por lo tanto es el responsable de las deficiencias o eventos como consecuencia de su proceder.</p> <p>Se ha establecido la contratación de pólizas de seguros a cargo del concesionario: c) Póliza de riesgos laborales para sus empleados y empleados de sus dependientes.</p>	<p>Sección VI: de la construcción de la infraestructura vial. Obligaciones de la sociedad concesionaria. Numerales 6.1 y 6.2. Anexo II.</p> <p>Sección X: régimen de seguros. Pólizas de seguro a contratar por</p>

Tipo de Riesgos	Riesgos	¿Cuándo surgen?	No se incorpora el riesgo	Asignación		Forma de mitigación del riesgo	Referencia
				Estado (Concedente)	Privado (Concesionario)		
						Se ha establecido la contratación de garantías: - Garantía de fiel cumplimiento de contrato.	la sociedad concesionaria. Numeral 10.2. Literal c). Sección IX: garantías a favor del concedente. Numeral 9.2: Garantías de fiel cumplimiento. Anexo XI. Numerales 4.2 y 4.3
		Retrasos en expropiaciones de terrenos y constitución de servidumbres.		X		La cláusula 5.14 del contrato de concesión establece que el concedente está obligado a poner a disposición del concesionario las áreas de terreno que correspondan al área de la concesión y al derecho de vía. El concedente se compromete a ejecutar los procedimientos de imposición de servidumbres. El riesgo respecto de la entrega de terrenos se mantiene a cargo del concedente.	Sección V – régimen de bienes. de las áreas de terreno comprendidas en el área de la concesión y el derecho de vía. Numerales 5.14 y 5.16 Sección V – régimen de bienes. toma de posesión de los bienes. Numeral 5.2A. Sección VI: de la construcción de la infraestructura vial.

Tipo de Riesgos	Riesgos	¿Cuándo surgen?	No se incorpora el riesgo	Asignación		Forma de mitigación del riesgo	Referencia
				Estado (Concedente)	Privado (Concesionario)		
						Si el concedente no cumple con la entrega oportuna de los terrenos necesarios para la ejecución y culminación de obras de la segunda y tercera etapa, el concesionario tendrá derecho a la ampliación del calendario de ejecución de obras y del plazo de culminación de las obras por un período equivalente al retraso.	Ampliación de plazos en la ejecución de obra. Numerales 6.9 y 6.10.
		Defectos en la ejecución de la obra.			X	<p>El concesionario es el responsable de la ejecución de las obras, de acuerdo con los estudios técnicos. Por lo tanto, es el responsable de las deficiencias o de eventos como consecuencia de su proceder.</p> <p>Se ha establecido la contratación de garantías:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Garantía de fiel cumplimiento de construcción de obras. - Garantía de fiel cumplimiento de contrato. 	<p>Sección VI: de la construcción de la infraestructura vial. Numerales 6.1 y 6.2.</p> <p>Anexo II.</p> <p>Sección IX: garantías. garantías a favor del concedente. Numeral 9.2: garantías de fiel cumplimiento.</p> <p>Anexo XI. Numerales 4.2 y 4.3.</p>

Tipo de Riesgos	Riesgos	¿Cuándo surgen?	No se incorpora el riesgo	Asignación		Forma de mitigación del riesgo	Referencia
				Estado (Concedente)	Privado (Concesionario)		
	Calidad de la infraestructura existente transferida al concesionario	Cuando los bienes inmuebles transferidos al concesionario impliquen una mejora necesaria para alcanzar los niveles de servicio necesarios.			X	<p>La cláusula 5.1. del contrato de concesión establece que todos los bienes que el concedente esté obligado a entregar al concesionario, tales como terrenos, predios y demás inmuebles, deberán ser entregados libre de cargas y gravámenes, libres de personas u otros ocupantes, así como de cualquier otro tipo de afectación.</p> <p>Para dichos efectos, se debe indicar que, de acuerdo con la cláusula 5.5., tienen la calidad de bienes reversibles involucrados en el contrato, aquellos que están destinados a la construcción y explotación del tramo, o a la prestación de los servicios obligatorios.</p> <p>A esto se suma lo regulado por la cláusula 5.8 del contrato de concesión, por lo cual el concesionario tiene, como obligación principal, reponer a su costo los bienes reversibles que pudieran resultar obsoletos, perdidos, desfasados tecnológicamente o cuyo estado de conservación no reúna las condiciones establecidas en el anexo I del contrato, devolviendo al concedente los bienes que este le hubiera entregado.</p>	Sección V – Régimen de Bienes. Numerales 5.1, 5.5 y 5.8

Tipo de Riesgos	Riesgos	¿Cuándo surgen?	No se incorpora el riesgo	Asignación		Forma de mitigación del riesgo	Referencia
				Estado (Concedente)	Privado (Concesionario)		
	Variaciones en el presupuesto: incremento de los costos de operación.	Por incremento en los precios de los insumos necesarios para la operación y seguros, por causas que no sean por inflación o tipo de cambio.			X	Se ha establecido condiciones específicas para la afectación del equilibrio económico-financiero, entre las cuales no se considera la afectación por causas de inflación o tipo de cambio. Tampoco se considera afectación del equilibrio económico-financiero a los cambios producidos por aplicación de infracciones o sanciones, o a consecuencia de actos, hechos imputables o resultado del desempeño de la sociedad concesionaria.	Sección VII: Explotación de la concesión. Equilibrio económico - financiero. Numeral 8.1
		Inflación / variación de precios e insumos: incremento de los costos de los insumos requeridos para llevar a cabo las labores de operación y mantenimiento.		X		El contrato de concesión ha establecido que la explotación de la concesión implica el cobro a los usuarios de la tarifa de peaje por la utilización de la infraestructura e instalaciones, así como la prestación de servicios. En este contexto, en el literal d) de la cláusula 8.17 del contrato de concesión se ha indicado que la tarifa puede ser reajustada tomando en cuenta el índice de precios al consumidor de los Estados Unidos de América.	Sección VIII: Explotación de la concesión. Derecho y deber de la sociedad concesionaria. Cláusula 8.17. Literal d).

Tipo de Riesgos	Riesgos	¿Cuándo surgen?	No se incorpora el riesgo	Asignación		Forma de mitigación del riesgo	Referencia
				Estado (Concedente)	Privado (Concesionario)		
	Sobrecostos de explotación	Variaciones en los costos de operación y mantenimiento que pueden haber sido generados por deficiencias en el diseño del proyecto.			X	Al respecto, el contrato de concesión ha establecido, en su cláusula 8.1, el deber del concesionario de mantener la operatividad de la concesión y prestar el servicio a los usuarios dentro de los estándares especificados en los estudios técnicos y anexos del contrato. A esto se suma que el contrato de concesión no establece un mecanismo de compensación respecto de los sobrecostos en los que incurra el concesionario.	Sección VIII: explotación de la concesión. Régimen económico: peaje y tarifa. Cláusula 8.1.
	Infraestimación de costos de mantenimiento extraordinario o mantenimiento mayor	Mala evaluación de las labores requeridas, lo que lleva a un incremento en sus costos.			X	La sección VII del contrato de concesión establece las obligaciones del concesionario de llevar a cabo la conservación y el mantenimiento de la infraestructura, desde la toma de posesión del derecho de explotación hasta la caducidad de la concesión. Asimismo, se debe indicar que el contrato de concesión no regula situación alguna respecto de la conservación y mantenimiento que implique la compensación por sobrecostos en el mantenimiento, derivados de una infraestimación de los costos de mantenimiento.	Sección VII – De la conservación de la obra.

Tipo de Riesgos	Riesgos	¿Cuándo surgen?	No se incorpora el riesgo	Asignación		Forma de mitigación del riesgo	Referencia
				Estado (Concedente)	Privado (Concesionario)		
Demanda e ingresos	Variaciones en la demanda	Mayores ingresos recaudados por el concesionario.		X	X	Auditoría de flujo vehicular, a fin de verificar el ingreso efectivo recaudado. El regulador podrá optar, bajo su responsabilidad, la instalación de unidades de peaje.	Sección VIII: explotación de la concesión. régimen económico: medición de flujos vehiculares. Cláusula 8.23.
	Variaciones en los ingresos	Posibilidad de ingresos insuficientes que no permitan al concesionario generar la rentabilidad proyectada.		X	X	Al respecto, el contrato de concesión, en su cláusula 8.1, ha establecido que la explotación de la concesión constituye un derecho del concesionario en tanto es el mecanismo mediante el cual recuperará la inversión que realice en la obra. Sin embargo, el contrato de concesión, en su cláusula 9.10, también ha establecido garantías de ingresos por tráfico a favor del concesionario, respecto del volumen de ejes cobrables y en periodos específicos. Para ello, en caso de que no se alcance el volumen garantizado, el concesionario podrá descontar la diferencia de la retribución a pagar al concedente, hasta que se cubra los ingresos garantizados o el concedente pague directamente la suma restante.	Sección VIII: explotación de la concesión. Derecho y deber de la sociedad concesionaria. Cláusula 8.1. Sección IX: Garantía de ingresos por tráfico. Cláusula 9.10.

Tipo de Riesgos	Riesgos	¿Cuándo surgen?	No se incorpora el riesgo	Asignación		Forma de mitigación del riesgo	Referencia
				Estado (Concedente)	Privado (Concesionario)		
	Variaciones en la tarifa	En la eventualidad de que dentro de un año calendario se produzca una variación de más del 10% desde el último reajuste ordinario.		X		A solicitud de la sociedad concesionaria, el regulador realizará un reajuste extraordinario.	Sección VIII: explotación de la concesión. Régimen económico: el peaje y la tarifa. Cláusula 8.17 d)
Financieros y económicos	Variaciones en las condiciones del financiamiento	Variación de tasa de interés: implicancias en el costo de financiamiento requerido para llevar a cabo la construcción de la obra.			X	El contrato de concesión no establece un mecanismo para la compensación al concesionario por el aumento de la tasa de interés producto del financiamiento requerido. Por ello, se puede decir que, teniendo en cuenta que el concesionario debe asumir el riesgo de financiamiento, es también coherente indicar que este asume el riesgo de la tasa de interés.	Sección III: eventos a la fecha de suscripción del contrato. Constataciones en la fecha de suscripción del contrato. Cláusula 3.3. Literal d). Sección VI: de la construcción de la infraestructura vial. Régimen económico de la construcción. Cláusula 6.24

Tipo de Riesgos	Riesgos	¿Cuándo surgen?	No se incorpora el riesgo	Asignación		Forma de mitigación del riesgo	Referencia
				Estado (Concedente)	Privado (Concesionario)		
	Variación en el tipo de cambio	Variación de tipo de cambio en la ejecución de obras: posibles pérdidas o ganancias debido a las variaciones en el tipo de cambio de monedas. Ello podría afectar la construcción de la obra cuando la adquisición de insumos es distinta a la moneda de financiamiento.			X	El contrato de concesión no establece un mecanismo de compensación al concesionario por variaciones en el tipo de cambio. Por lo tanto, se entiende que en tanto el concesionario asume el riesgo de construcción, también asume el riesgo del tipo de cambio.	Sección VI: de la construcción de la infraestructura vial. Numerales 6.1 y 6.2.
		Variación del tipo de cambio en la operación y el mantenimiento: posibles pérdidas o ganancias debido a las variaciones en el tipo de cambio de monedas.		X		La cláusula 8.17 - c) fue modificada mediante la adenda 6, del 30 de enero de 2015, respecto de la tarifa a ser cobrada por el concesionario.	Sección VIII: explotación de la concesión. Régimen económico: el peaje y la tarifa. Cláusula 8.17. Literal c).

Tipo de Riesgos	Riesgos	¿Cuándo surgen?	No se incorpora el riesgo	Asignación		Forma de mitigación del riesgo	Referencia
				Estado (Concedente)	Privado (Concesionario)		
		Ello podría afectar la construcción de la obra cuando la adquisición de insumos es distinta a la moneda de financiamiento.					
	Financiamiento	Posibilidad de no conseguir el financiamiento necesario para llevar a cabo la ejecución del proyecto.			X	<p>En la Cláusula 3.3 del contrato de concesión se establece que el concesionario debe presentar a la fecha de suscripción del contrato un plan de financiamiento que permita acreditar que cuenta con fondos suficientes para realizar las obras programadas para los dos primeros años de la concesión.</p> <p>Asimismo, en la cláusula 6.24 del contrato de concesión, se regula que el concesionario debe acreditar ante el concedente que cuenta con los fondos necesarios para el cumplimiento del calendario de ejecución de obras, en un plazo de diez días calendario antes del inicio de la ejecución.</p>	<p>Sección III: eventos a la fecha de suscripción del contrato. Constataciones en la fecha de suscripción del contrato. Cláusula 3.3.</p> <p>Sección VI: de la construcción de la infraestructura vial. Régimen económico de la construcción. Cláusula 6.24</p>

Tipo de Riesgos	Riesgos	¿Cuándo surgen?	No se incorpora el riesgo	Asignación		Forma de mitigación del riesgo	Referencia
				Estado (Concedente)	Privado (Concesionario)		
Político	Cambios legales	<p>Cambios legales, regulatorios o contractuales específicos que afectan al contrato: cambio en la normativa aplicable al concesionario que implica un impacto en los costos y en el plazo de la obra de manera significativa, pero que no se consideran como eventos de fuerza mayor.</p>		X	X	<p>La cláusula 8.20 del contrato de concesión establece las reglas para la aplicación del restablecimiento del equilibrio económico financiero, debido a cambios en las leyes y disposiciones aplicables que tengan exclusiva relación con aspectos económicos financieros, relacionados con la inversión.</p> <p>Sin embargo, el restablecimiento solo procede en tanto los ingresos brutos anuales del concesionario se redujeran en un 10 % o más en un mismo año, o de manera acumulativa en un periodo máximo de cuatro años consecutivos respecto del promedio de ingresos de los dos años de vigencia de la concesión anteriores, entre otros supuestos.</p> <p>Las partes han negociado, redactado y suscrito el Contrato con arreglo a las normas legales del Perú. Queda establecido que el contenido, la ejecución, los conflictos y demás consecuencias que de él se originen se regirán por la legislación interna del Perú.</p>	<p>Sección VIII: explotación de la concesión régimen económico. Equilibrio económico - financiero. Cláusula 8.20.</p> <p>Sección XV: solución de controversias ley aplicable. Cláusula 15.1.</p> <p>Trato directo. Cláusula 15.12.</p> <p>Arbitraje. Cláusula 15.13.</p>

Tipo de Riesgos	Riesgos	¿Cuándo surgen?	No se incorpora el riesgo	Asignación		Forma de mitigación del riesgo	Referencia
				Estado (Concedente)	Privado (Concesionario)		
						<p>De suscitarse conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto de la interpretación, la ejecución, el cumplimiento, y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del contrato o caducidad de la concesión serán resueltos por trato directo, con excepción de lo referente al régimen tarifario regulado por el regulador.</p> <p>De suscitarse controversias, estas se resuelven por los mecanismos establecidos para solución de controversias.</p>	
		Facultad del concedente de poner término unilateral al contrato.		X	X	<p>Solo procederá por razones de oportunidad o interés público debidamente fundadas.</p> <p>El concedente deberá pagar al concesionario la suma que resulte de aplicar el proceso de liquidación.</p> <p>Cabe señalar que el contrato ha establecido también la terminación por fuerza mayor que origine la salida unilateral del concesionario.</p>	<p>Sección XIV: Caducidad de la concesión.</p> <p>Resolución del contrato 14.3 (i), 14.4</p> <p>Liquidación del contrato 14.10</p>

Tipo de Riesgos	Riesgos	¿Cuándo surgen?	No se incorpora el riesgo	Asignación		Forma de mitigación del riesgo	Referencia
				Estado (Concedente)	Privado (Concesionario)		
	Impago	Sujeción del concesionario a las medidas políticas que puedan ser tomadas por el Estado que afecten los ingresos o los pagos que se deban realizar.			X	En el contrato de concesión, sección XVIII, no se ha tomado en cuenta al riesgo político o el riesgo de impago como parte del listado de eventos calificados como fuerza mayor. Pero esto podría deberse a que el concesionario no recibe pagos por brindar el servicio por parte del concedente, sino del cobro de la tarifa.	Sección XVIII: fuerza mayor.
Socio ambientales	Incidentes socioambientales en la construcción, mantenimiento y explotación	Deterioro del medio ambiente: incumplimiento de la normativa ambiental y de lo establecido en los estudios ambientales, que tiene como consecuencia el daño ambiental y paralizaciones en el proceso constructivo, con los correspondientes sobrecostos, penalidades y sanciones.			X	El concesionario deberá implementar medidas de mitigación, compensación, prevención de riesgos, control de accidentes, seguimiento y monitoreo ambiental. Los planes y programas deben ser aprobados por las autoridades correspondientes y el regulador.	Sección XI: Consideraciones socioambientales Protección del ambiente 11.2, 11.3, 11.4, 11.5 y 11.6

Tipo de Riesgos	Riesgos	¿Cuándo surgen?	No se incorpora el riesgo	Asignación		Forma de mitigación del riesgo	Referencia
				Estado (Concedente)	Privado (Concesionario)		
		Patrimonio cultural: descubrimiento de fósiles, restos arqueológicos, reliquias minerales, recursos naturales o culturales de cualquier clase que impacten en el normal desarrollo de las obras o generen sobrecostos.			X		Sección XI: consideraciones socioambientales Protección del patrimonio cultural 11.11
		Disponibilidad de áreas de terreno comprendidas en el área de concesión y el derecho de vía.		X		Se establecieron plazos para entregas parciales de los terrenos de la concesión, de acuerdo con la programación de las inversiones por tramos.	Sección V: régimen de bienes; toma de posesión de los bienes 5.2 De las áreas de terreno comprendidas en el área de concesión y el derecho de vía 5.14
		Interferencias de servicios públicos dentro derecho de vía:		X	X	La cláusula 5.1. del contrato de concesión ha establecido que todos los bienes que el concedente está obligado a entregar al concesionario deben ser	Sección V: régimen de bienes numeral 5.1

Tipo de Riesgos	Riesgos	¿Cuándo surgen?	No se incorpora el riesgo	Asignación		Forma de mitigación del riesgo	Referencia
				Estado (Concedente)	Privado (Concesionario)		
		afectación en la construcción de las obras, mantenimiento y explotación. Posibles sobrecostos y mayores plazos debido a la detección de interferencias en el proceso de constructivo.				entregados libres de cargas y gravámenes, libres de personas u otros ocupantes, así como de cualquier otro tipo de afectación. Asimismo, se han establecido obligaciones para ambas partes: - La sociedad concesionaria debe establecer un plan de regularización del uso del derecho de vía, con las entidades que desarrollen servicios. - El costo de la regularización será asumido por las empresas de servicios o por el concedente. - La sociedad concesionaria realizará un inventario de los servicios públicos instalados dentro del derecho de vía. - El concedente ejercitará las acciones para proceder al retiro de los servicios públicos. - La sociedad concesionaria coordinará con las empresas correspondientes el retiro de los servicios públicos. Los costos serán asumidos por la SC con cargo a la retribución. - La SC realizará las coordinaciones necesarias con los municipios, Policía Nacional, Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA), DIGESA, DGAA.	Sección XI: consideraciones socioambientales. Relaciones con terceros 11.8.

Nota biográfica

Humberto Manuel Balbuena Pérez

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con una Maestría de Regulación de Servicios Públicos por la Universidad del Pacífico y estudios concluidos en el Máster en Gestión de Infraestructuras por la Universidad Politécnica de Cataluña de España. Estudios de postgrado en Derecho Administrativo, Gestión Pública, Contrataciones del Estado, Derecho de la Construcción, Derecho Minero y Gestión Ambiental, entre otros. Especialista en derecho administrativo con más de siete años de experiencia profesional en el sector público y privado. Se ha desempeñado como asesor y consultor normativo de diversos ministerios, en la dirección de órganos de línea. Actualmente es Asesor Legal Mina de Consorcio Minero Horizonte SA y consultor normativo de diversos ministerios y para la cooperación internacional. Es miembro del Consejo de Egresados del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Elizabeth Mora Ramírez

Abogada por la Universidad San Martín de Porres, egresada de la Maestría en Regulación de Infraestructura. Cuenta con diplomados en Contrataciones del Estado, Arbitraje, Asociación Público Privada, Valorización de Afectaciones Prediales, Manejo de Control de Concesiones Públicas, Ley de Procedimiento Administrativo General, Arbitrajes y Obras Públicas. Especialista en contrataciones con el Estado, con más de cinco años de experiencia profesional en el sector público. Se ha desempeñado como asesora legal en contrataciones con el Estado, Subgerente de Logística en la Municipalidad de San Isidro y Asistente Legal en el MTC.

Edgar Cristian Tello Rivera

Ingeniero Civil de la Universidad Hermilio Valdizán, Magister en Proyectos de Inversión por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, egresado de la Maestría en Regulación de Servicios Públicos por la Universidad Pacífico y del Máster en Gestión de Infraestructuras por la Universidad Politécnica de Cataluña de España. Cuenta con la Especialización Internacional en Alta Dirección en Administración Pública por el INAP de Portugal. Tiene experiencia en gestión y ejecución de obras, es Administrador de Contratos de la Unidad Gerencial de Obras de Proviás Nacional, así como perito en obras de infraestructura, asesor técnico y consultor independiente, supervisor de obras e infraestructura en la Agencia de Cooperación Internacional de Corea, gestor de obras en la SUNAT, supervisor de contratos en INVERMET y auditor de obras en la Contraloría General de la República, entre otros.