



**“DEMORA EN LA ENTREGA DE PREDIOS NECESARIOS PARA
LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS VIALES CONCESIONADOS”**

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

Presentado por

**Sra. Ana Cristina Barrionuevo Luna
Srta. Angie Jacqueline Watanabe Sisniegas**

Asesor: Profesor José Luis Bonifaz Fernández

2015

A Dios y a nuestra madre María por este encuentro y travesía.

A nuestros padres, hermanos y amigos por su impulso y apoyo.

A Manu, nuestro tercer miembro del grupo, por tu paciencia y ánimo.

Resumen ejecutivo

El problema de la demora en la obtención de los predios necesarios para la ejecución de los proyectos de inversión concesionados, se ha convertido en una de las principales trabas para la ejecución de las obras viales en el Perú, situación que podría generar dudas respecto a la pertinencia del modelo de Asociación Público Privada promovido por el Estado peruano.

Esta situación trae consigo perjuicios para el Estado (incumplimiento de compromisos y renegociaciones contractuales), para la empresa privada (retraso en el cumplimiento de la entrega de obras y reducción de sus ingresos) y para la sociedad en general (demora de los beneficios de la nueva infraestructura y servicios públicos de buena calidad).

Estas consecuencias negativas hacen relevante el estudio de este problema, desarrollándose, para ello, el concepto de Gestión Predial, el mismo que comprende tres actividades: la identificación, la valuación y la adquisición de los predios, habiéndose identificado las limitantes que enfrenta el Estado peruano en cada una de ellas, así como las propuestas de solución.

Para el análisis de la problemática en la entrega de los terrenos, se tomó en cuenta el marco teórico desarrollado (instituciones, costos de transacción, información asimétrica, riesgo moral), la experiencia internacional (Chile y Colombia), el análisis de los procedimientos vigentes en el Perú (expropiaciones, tasaciones y saneamiento físico legal), así como el análisis de los dieciséis contratos de concesión de carreteras firmados a la fecha.

Como resultado del estudio, se ha observado que los principales motivos de la demora están en la identificación y valuación de los predios, así como en el saneamiento físico-legal de los mismos, mientras que, en la etapa de adquisición de inmuebles, se concluye que el trato directo es el mecanismo más eficiente para obtener la propiedad de los predios afectados por obras de infraestructura pública.

A pesar de ello, las soluciones provenientes del Estado han sido modificar las normas que regulan el procedimiento de expropiación, a través de la aprobación del Decreto Legislativo 1192 y trasladar la competencia para aprobar las tasaciones al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Ley 30264), las cuales consideramos medidas poco eficientes económicamente. La primera de ellas, porque los cambios incluidos no garantizan la reducción del tiempo necesario para la obtención de los predios y tendrían efectos negativos contra el

derecho de la propiedad. Mientras que la segunda solución desaprovecha la experiencia y el conocimiento de la Dirección de Construcciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, generando una duplicidad de funciones que irroga gastos adicionales al Estado peruano, debido a que se tiene que dotar de insumos necesarios para cumplir esa tarea, a dos entidades públicas distintas.

Finalmente, el presente trabajo concluye que al ser el retraso en la entrega de los terrenos un problema de carácter multidimensional, se necesitan soluciones de la misma naturaleza, a fin de garantizar la ejecución de la inversión en los plazos estipulados en los contratos y, con ello, el disfrute de los beneficios de contar con infraestructura y servicios públicos de calidad a tiempo.

Índice

Índice de anexos	vii
Capítulo I. Introducción y motivación	1
Capítulo II. Marco teórico.....	3
1. Marco conceptual.....	3
1.1 Instituciones y derechos de propiedad	3
1.2 Costos de transacción.....	4
1.3 Costos de negociación.....	4
1.4 Riesgo moral (<i>Moral Hazard</i>)	5
1.5 Externalidades.....	6
2. Discusión teórica.....	7
Capítulo III. Análisis del caso peruano	11
1. Normatividad sobre el derecho de propiedad y la expropiación.....	11
1.1 La Constitución Política del Perú	11
1.2 Decreto Legislativo 1192 - Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, Transferencia de Inmuebles de Propiedad del Estado, Liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura.	12
1.3 Ley 30264 - Ley que establece medidas para promover el crecimiento económico.....	15
2. Nivel de estudio requerido para la ejecución de una infraestructura a través de una APP	15
3. Normativa que regula la tasación de predios.	16
4. Normativa que regula el saneamiento físico legal de los predios	17
5. Desarrollo de la gestión predial en los contratos viales peruanos.....	20
5.1 Cláusulas vinculadas con la entrega de terrenos en los contratos de concesión vial.	20
5.2 Desenvolvimiento de las cláusulas vinculadas con la entrega de terrenos en los contratos de concesiones viales.....	21
Capítulo IV. Análisis comparativo de la gestión predial con las experiencias internacionales.....	24
1. Identificación de predios.....	24
2. Valuación de los predios.....	25
3. Adquisición de predios.	26
4. Asignación del riesgo de expropiación.	27

Capítulo V. Análisis de resultados: la problemática de la adquisición y expropiación de predios necesarios para la ejecución de proyectos de infraestructura en el Perú	28
1. Problemática en la identificación de los predios.....	28
1.1 Asignación del riesgo de expropiación	28
1.2 Nivel de los estudios	29
2. Problemática en la valuación de predios.....	34
3. Problemática en la adquisición de predios.....	39
3.1 Trato directo.....	39
3.2 Etapa expropiatoria	43
3.3 Saneamiento físico legal de los predios afectados	45
4. Problemática del diseño institucional	51
Conclusiones y recomendaciones	54
Bibliografía	59
Anexos	61
Nota biográfica	82

Índice de anexos

Anexo 1.	Resultados de la encuesta aplicada a funcionarios públicos, expertos y concesionario.....	62
Anexo 2.	Lista de funcionarios consultados	64
Anexo 3.	Desenvolvimiento de las cláusulas vinculadas con la entrega de terrenos en los contratos de concesiones viales	65
Anexo 4.	Identificación de las cláusulas y adendas vinculadas con la entrega de los terrenos en los contratos de concesiones viales.....	66
Anexo 5.	Resumen de los contratos de las concesiones viales	67
Anexo 6.	Razones del MEF por la cual no cuentan con estudios de preinversión.....	68
Anexo 7.	Cumplimiento de la obligación de entrega de terrenos para la ejecución de la inversión comprometida	69
Anexo 8.	Análisis de experiencias internacionales: Chile y Colombia.....	71
Anexo 9.	Cuadro comparativo del procedimiento de adquisición y expropiación de predios Chile, Colombia y Perú	81

Capítulo I. Introducción y motivación

En el Perú, la brecha de infraestructura asciende aproximadamente a USD 88 mil millones, de los cuales USD 12,8 mil millones corresponden a redes viales¹. Ante esta situación, el Estado peruano viene promoviendo la participación del sector privado a través de concesiones para la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura vial a nivel nacional.

De esta manera, en el caso específico de carreteras, se han suscrito dieciséis contratos de concesión por 6.851,6 km, equivalentes aproximadamente al 27% de la red vial nacional², buscando reducir la brecha en un menor tiempo. Sin embargo, la ejecución de la mayoría de estos proyectos viales han mostrado retrasos, ocasionados por problemas vinculados con la entrega de predios y a la remoción de interferencias, los cuales están bajo la responsabilidad del concedente, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC). Estas demoras en la construcción vienen retrasando la conectividad de la población, imposibilitando que los usuarios puedan percibir los beneficios de las obras dentro de los plazos estipulados. Asimismo, estos retrasos tienen un efecto negativo en el objetivo de lograr la inclusión social, pues se demora el disfrute de los beneficios del ahorro de tiempo, la plusvalía en el valor de los predios, las oportunidades de negocios comerciales e industriales, la descentralización productiva y un mayor estándar de seguridad en la infraestructura ejecutada³.

Por otro lado, dichos retrasos determinan la existencia de incumplimientos contractuales por parte del Estado, respecto a su obligación de entregar los terrenos necesarios para la ejecución de las obras concesionadas, dentro de los plazos establecidos en los contratos de concesión, lo que genera la necesidad de renegociar los compromisos contractuales y el correspondiente reconocimiento de los gastos generales.

Al respecto, la presidenta del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, Patricia Benavente⁴, ha señalado que el problema de las expropiaciones y el saneamiento de los terrenos necesarios para los proyectos es la traba por excelencia para el desarrollo de los mismos, advirtiendo que se podría terminar convirtiéndose en el cáncer de nuestro sistema de asociaciones públicas privadas si no se le enfrenta de otra

¹ Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional. “Por un Perú Integrado: Plan Nacional de Infraestructura 2012-2021”. Lima, octubre 2012. Prefacio.

² Torres Trujillo, Raúl. *Intervenciones en la Red Vial Nacional*, abril 2015. En: Página Web del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

³ Ministerio de Economía y Finanzas. Exposición de Motivo del Decreto Legislativo 1192. 2015. p. 3.

⁴ Diario Gestión. Artículo "OSITRAN: Expropiación de terrenos puede ser el “cáncer” de las APP". 23/03/ 2015.

manera. En ese mismo sentido, el ministro de Transportes y Comunicaciones, José Gallardo Ku, señaló que las expropiaciones afectan el desarrollo de los proyectos, tanto por el mecanismo de inversión pública, como por los mecanismos de inversión privada⁵. Por su parte, para la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional, esta situación ha generado que aproximadamente USD 15 mil millones de inversiones se encuentren paralizadas y que los costos se incrementen anualmente en USD 750 millones⁶, como producto de estas demoras.

En ese marco, consideramos importante analizar la problemática de la demora en la entrega de predios necesarios para la ejecución de los proyectos viales concesionados en el Perú, a fin de identificar las principales dificultades que enfrenta el Estado peruano y, con ello, poder presentar propuestas de solución. Asimismo, se discutirá qué agente (el Estado o el privado) tiene la mayor capacidad de encargarse de la gestión predial, sea de manera parcial o total.

La metodología del presente trabajo incluyó la revisión de literatura de teoría económica a fin de construir un marco teórico para el análisis del problema. Luego, se realizó el análisis del caso peruano y las experiencias internacionales de Chile y Colombia. Finalmente, se diseñó y se aplicó una encuesta a actores involucrados y expertos (anexo 1). Es preciso indicar que la investigación afrontó dificultades en el acceso a la información respecto a los costos involucrados en los procesos de adquisición de predios por parte del MTC, y en relación a los estudios de preinversión de las carreteras concesionadas.

Este documento se divide en seis capítulos, siendo la primera parte esta Introducción y motivación, seguido del segundo capítulo que desarrolla el marco conceptual y la discusión teórica. En la tercera parte se analiza el caso peruano⁷, examinando la normativa vigente en materia de expropiación, tasación y saneamiento físico - legal de predios, y analizando el desarrollo de la gestión predial en los contratos de concesión de las carreteras. En el cuarto capítulo se compara el caso peruano con las experiencias de Chile y Colombia. Luego, en la quinta parte, se identifican las dificultades y limitaciones que enfrenta el Estado peruano en la gestión predial, utilizando el marco teórico desarrollado y tomando como referencia las experiencias internacionales, a fin de presentar propuestas de solución económicamente eficientes. Para finalizar, se presentan las conclusiones y recomendaciones del trabajo.

⁵ Página Web del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Ministro Gallardo solicita mejorar normativa de expropiaciones. 01/06/2015. <http://goo.gl/e4AYQq>. Vista: 15/07/2015.

⁶ Diario Gestión. Columna "Expropiaciones: La supertraba" escrita por Gonzalo Priale. 25/03/2015.

⁷ Para enriquecer el análisis, se realizó consultas a funcionarios del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. Ver anexo 2: Lista de funcionarios consultados.

Capítulo II. Marco teórico

1. Marco conceptual

1.1 Instituciones y derechos de propiedad

Douglas North en su libro “Instituciones, cambio institucional y desempeño económico”⁸ plantea que las instituciones son las reglas de juego (limitaciones) formales e informales de una sociedad, cuyo objetivo es reducir la incertidumbre estableciendo una estructura estable (pero no necesariamente eficiente) de la interacción humana. Dichas incertidumbres, explica North, aparecen como resultado de la complejidad de los problemas que el individuo debe resolver y a las alternativas de solución que cuenta para ello⁹.

Por otro lado, North señala que la existencia de los costos de transacción en los mercados políticos y económicos podría determinar derechos de propiedad ineficientes¹⁰. Así, este autor define a los derechos de propiedad como los derechos que los individuos tienen sobre su propio trabajo, y sobre los bienes y servicios que poseen. En ese sentido, North señala que dicha apropiación está en función de las normas legales, de las organizaciones, del cumplimiento obligatorio de los contratos y de las normas de conducta, es decir, del marco institucional¹¹.

Por su parte, Fernández - Baca (2000) señala que un mercado existe, si se cumplen tres requisitos básicos¹²:

- Todos los bienes y servicios involucrados directa o indirectamente en una transacción deben pertenecer a alguien.
- El derecho de propiedad sobre un bien o un servicio no se limita a permitir que su propietario lo utilice en forma exclusiva, sino también a brindarle la libertad para explotarlo, para disfrutar de sus ganancias, e incluso para transferirlo definitivamente (compra-venta) o temporalmente (alquiler) a otra persona.
- Los derechos de propiedad y los contratos que deriven del goce de sus atributos deben estar adecuadamente definidos y protegidos por un conjunto de normas formales e informales, así como por instituciones públicas y privadas (*enforcement*). En el caso de los bienes

⁸ North, Douglass C. *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*. Fondo de Cultura Económica. México. 1993.

⁹ Ibid. p. 41.

¹⁰ Ibid. p. 17.

¹¹ Ibid. p. 51.

¹² Fernández-Baca, Jorge. *Microeconomía. Teoría y aplicaciones. Tomo II*. 2000. p. 432.

inmuebles y algunos muebles, esto implica la necesidad de que exista un catastro o un registro de los bienes.

1.2 Costos de transacción

De acuerdo con lo señalado por Fernández – Baca (2000)¹³, de no ser por las instituciones tendríamos que gastar tiempo, esfuerzo y dinero en buscar información relevante sobre aquello que queremos comprar, así como para medir los atributos del producto en términos de cantidad/calidad y, finalmente, resolver conflictos en caso de incumplimientos de nuestra contraparte. Todas estas acciones se conocen como “costos de transacción”.

Por su parte, Ronald Coase, en "The Nature of the Firm" (1937), desarrolló el concepto de costos de transacción, señalando que incluyen los gastos involucrados en la adquisición de un determinado bien o servicio, independientemente de su precio, tales como los involucrados para buscar el proveedor más adecuado, diseñar y firmar un contrato, verificar su cumplimiento y hacerlo cumplir ante algún incumplimiento de parte del proveedor¹⁴. Asimismo, Coase trató de responder la pregunta: ¿cómo una firma toma la decisión de producir ella misma un determinado insumo, o comprarlo a otra empresa?, determinando que dicha decisión era resultado de un análisis de costo – beneficio, comparando el ahorro del costo de la incertidumbre y la falta de información cuando se vuelca al mercado para buscar un proveedor versus los costos de dirección y coordinación de producir dicho producto.

1.3 Costos de negociación

North amplía lo expuesto por Coase, definiendo los costos de la negociación como la suma de los costos de valorar los atributos del objeto, del servicio o del desempeño de un agente (tanto físicos como derechos de propiedad), más los costos vinculados con la protección y al cumplimiento de los acuerdos¹⁵. Asimismo, resalta que el desarrollo teórico de Coase conlleva consecuencias muy importantes para la teoría económica, pues introduce la importancia de las instituciones cuando los costos de negociación son muy altos¹⁶.

Para North, los costos de negociación son la dimensión más observable del marco institucional, pues son los costos que cruzan el mercado, y, por consiguiente, son costos cuantificables,

¹³ Ibid. p. 437 - 438.

¹⁴ Fernández-Baca. *Microeconomía. Teoría y aplicaciones. Tomo I.* p. 438.

¹⁵ North. Op. cit. p. 43.

¹⁶ Ibid. p.24

aunque difíciles de medir, al incluir el tiempo para adquirir información y las pérdidas debidas al monitoreo para lograr el cumplimiento de los contratos, situación que dificulta valorar con precisión los costos totales de una transacción¹⁷.

Con relación a los costos de medir los atributos del objeto, del servicio o del desempeño de un agente, es preciso señalar que esta actividad requiere, en sí misma, de la inversión de recursos y tiempo, necesarios para definir y medir los derechos que se transfieren¹⁸. Entonces, pese a que esta actividad puede resultar costosa, existe la posibilidad que alguna de las partes se encuentre interesada en invertir mayores recursos, para adquirir más información que facilite el proceso de negociación y, con ello, generar mayor riqueza para sí misma (y para la sociedad)¹⁹.

Finalmente, North señala que no solo las instituciones determinan los costos de negociación, sino también las alternativas o formas en las que los agentes aplican las normas para definir y proteger los derechos de propiedad y para hacer cumplir los acuerdos, las cuales estarán condicionadas por las características sociales, culturales, entre otros²⁰.

1.4 Riesgo moral (*Moral Hazard*)

El riesgo moral ocurre cuando un agente económico, denominado principal, delega una tarea a otro agente económico llamado agente, pero el primero de estos no puede monitorear la conducta del segundo perfectamente, por no contar con la información completa. Debido a esta situación, el agente tiende a hacer menos esfuerzo o realizar conductas inapropiadas (o inmorales), respecto a lo que el principal consideraba deseable²¹. Esto determina que el principal asuma riesgos por encima de lo previsto, debiéndose implementar un marco institucional objetivo y transparente para reducir la incidencia del problema del riesgo moral, sea poniendo en marcha un sistema de monitoreo eficiente y eficaz, o introduciendo un sistema de incentivos o castigos para alinear la conducta del agente a los objetivos del principal.

Sobre este punto, North señala que la falta de cumplimiento de los compromisos ha sido un obstáculo crítico para aumentar la especialización y la división del trabajo en las economías, concluyendo que la alternativa más eficiente es lograr la autoobligatoriedad, que ocurre si y solo

¹⁷ Ibid. p. 94-95.

¹⁸ Ibid. p. 45.

¹⁹ Ibid. P. 48.

²⁰ Ibid. p. 50-53 y 82

²¹ Mankiw, Gregory. *Principios de Economía*. Sexta Edición. México. 2012. p. 468.

si, el cumplimiento de los acuerdos beneficia los intereses de las partes involucradas²². Por otro lado, North concluye que los participantes de un intercambio deberán estar en la posición de poder forzar el cumplimiento de lo pactado a un costo de transacción tal, que el intercambio les resulte provechoso²³.

1.5 Externalidades

Las externalidades surgen cuando un agente económico A realiza una actividad que influye en el bienestar de un tercero B, a quien no se le compensa o cobra por dicho efecto. Cuando este efecto es negativo se les denomina como externalidades negativas, mientras que si se le beneficia son externalidades positivas²⁴.

Al respecto, Coase en su obra "The Problem of Social Cost" (1960), concede al problema de las externalidades una naturaleza reciproca; es decir, cuando A realiza una actividad que genera un daño a B, entonces evitar que se dañe a B significa causarle un daño a A. Por lo tanto, lo eficiente socialmente, será evitar el daño más grande²⁵, y, en ese sentido, el Estado es el agente llamado a realizar dicha evaluación.

Relacionado al tema de las externalidades, Fernández - Baca²⁶ desarrolla el concepto de la irrelevancia de las decisiones del gobierno, resaltando que la intervención jurisdiccional del Estado es solo relevante cuando los costos de la negociación entre particulares, se hacen más altos que los costos de acudir a un juicio o a un arbitraje. Asimismo, la autoridad jurisdiccional debe optar por la solución menos costosa para la sociedad en su conjunto.

En tal sentido, para Coase existen casos donde las decisiones del Estado sobre derechos de privados -como el derecho de propiedad-, pueden ser irrelevantes, esto ocurre cuando los agentes en conflicto pueden llegar a un acuerdo (contrato) beneficioso para ambos (y para la sociedad en general), con casi costos nulos de transacción²⁷. En caso contrario, si los costos de transacción (incluidos los costos de negociación) son muy altos, las decisiones del Estado se vuelven relevantes, y dichas asignaciones de derechos deberían de estar basadas en un análisis económico para determinar cuál es la solución menos costosa para la sociedad²⁸.

²² North. Op.cit. p.50.

²³ Ibid. p.76.

²⁴ Mankiw. Op.cit. p. 195 - 199

²⁵ Fernández-Baca. Tomo II. Op.cit. p.449.

²⁶ Ibid. p. 450 – 551.

²⁷ Ibid. p. 450 - 453.

²⁸ Fernández-Baca. Tomo II. Op.cit. p. 455.

Finalmente, Fernández – Baca señala que las leyes y las instituciones más eficientes son aquellas que asignan la responsabilidad sobre las externalidades a aquellos agentes que pueden afrontarlas con el menor costo posible²⁹. Este principio es la base que regula la asignación de los riesgos en los contratos de asociación público privada, donde los mismos deben ser asignados a la parte que se encuentra en mejor capacidad de gestionarlos. La capacidad de asumir mayores niveles de riesgo responde no solo al grado de aversión al riesgo que afronta cada una de las partes, sino también de quien está en mejor posición de evitar la ocurrencia de determinados eventos, así como administrar, evaluar o mitigar su impacto, entre otros aspectos³⁰.

2. Discusión teórica

La demora en la culminación de los proyectos de infraestructura de transporte de uso público otorgados bajo modalidades de asociación pública privada (APP), tiene como uno de sus principales motivos, los problemas vinculados a la entrega de los terrenos necesarios para la ejecución de las obras.

Para examinar esta problemática es preciso partir del servicio vinculado con la construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento de las carreteras, que brinda a la sociedad beneficios en ahorro de costos operativos de los vehículos y la reducción en los tiempos de viaje³¹.

Sin embargo, para la construcción y/o ampliación de las carreteras se necesita contar con la propiedad de los terrenos ubicados dentro del denominado derecho de vía, el mismo que es determinado por el diseño del trazo de la carretera. Dentro de dicho trazo encontraremos terrenos de propiedad de terceros, que verán afectados sus derechos de propiedad (externalidad negativa). Dicho perjuicio deberá ser superado por los beneficios que la sociedad alcanzará por contar con una mejor infraestructura (carreteras, aeropuertos, puertos, etc.).

Ante esta situación, el Estado realiza un análisis costo - beneficio y decide que el mejor uso para estos terrenos es la ejecución del proyecto, y, por lo tanto, decide compensar a los privados afectados a través del pago de un justiprecio, que incluye el valor comercial del inmueble y una indemnización por el posible daño emergente y el lucro cesante. Asimismo, para conseguir el apoyo de la población afectada, el Estado deberá invertir en reducir la asimetría informativa

²⁹ Ibid. p. 456.

³⁰ Ruiz Díaz, Gonzalo; García Godos, Christy. Aspectos Económicos e Institucionales Relativos al Diseño de Contratos de Concesión Viales. – En: THEMIS – Revista de Derecho 52. p. 241.

³¹ Urrunaga, Roberto; Bonifaz, José Luis. Conexiones para el Desarrollo. Beneficios del Eje Multimodal Amazonas Norte. 2009. p. 79.

existente, a fin de explicar a la población los beneficios que recibirán en su calidad de vida, gracias a la ejecución de la obra de infraestructura proyectada.

Sin embargo, para que lo anterior funcione de manera adecuada, se debe contar (tal y como señaló North), con un marco institucional sólido (instituciones, normas y procedimientos), que coadyuve con la identificación precisa de los predios afectados, que asegure la justicia del valor del predio por expropiar y que sea eficiente en la adquisición del bien. Al respecto, cabe señalar que el Perú cuenta con un marco normativo que busca incentivar la inversión privada, para lo cual es primordial reconocer la importancia del derecho de propiedad. En tal sentido, una de las principales funciones del Estado deberá ser siempre la protección del derecho de propiedad, pues con ello se estimula la creación de la riqueza y se protege la libertad económica.

Para cumplir con este deber de tutelar el derecho de propiedad, el Estado tiene una normativa que parte del propio texto constitucional e incluye una serie de normas de desarrollo, destinadas a definir sus principales características y límites (expropiación). No obstante, como se verá en el desarrollo de este trabajo, este marco institucional ha mostrado debilidades. Por otro lado, a fin de abordar la problemática de la demora de la entrega de los predios, resulta necesario identificar de manera clara los agentes involucrados en la misma:

- **El Estado:** actúa como el principal. Cuenta con experiencia en la ejecución proyectos de infraestructura y en la dotación de los servicios públicos. Puede delegar al privado (concesionario) la dotación del servicio de construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento de obras de infraestructura; necesitando contar con los predios respectivos. El Estado actúa a través de sus diferentes entidades, según sus competencias.
- **El concesionario:** actúa como el agente, brindando el servicio construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento por delegación del Estado. Cuenta con experiencia en realizar transacciones y negocios entre privados.
- **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.

Por otro lado, es preciso señalar que la adquisición y la expropiación de los predios necesarios para ejecutar un proyecto de infraestructura, son productos del proceso que denominaremos "gestión predial", el mismo que se encuentra dividido en tres grandes actividades:

- **Identificación de los predios por adquirir:** esta actividad se debe realizar con la mayor precisión posible para evitar costos innecesarios al Estado, fundamentalmente, en términos de costos de transacción (negociación) y adquisiciones de predios no necesarios. Por otro lado, la adecuada identificación de los predios reduce la posibilidad de generar externalidades negativas de manera innecesaria para la población, asegurando así una correcta protección del derecho de propiedad.
- **Valuación de los predios:** esta actividad debe ser ejecutada por una entidad que brinde credibilidad y confianza a los agentes, pues su resultado es el valor de la compensación a los propietarios afectados, que es el elemento esencial para permitir la negociación entre el Estado y el propietario afectado. Sin la determinación de este valor o, en su defecto, con una determinación errada, los costos de la negociación entre el Estado y el privado serán elevados, lo que condicionará la necesidad de acudir ante una autoridad jurisdiccional que resuelva la controversia, elevándose los costos y el tiempo de obtención de los predios.
En tal sentido, según el razonamiento de North, el Estado sería la parte más interesada en invertir recursos para obtener información que asegure una valuación adecuada, lo que incluye tener información registral actualizada y una metodología de tasación confiable.
- **Adquisición de los predios:** esta actividad debe ser ejecutada luego de la identificación de los terrenos afectados por el derecho de vía, a través de una entidad que cuente con las herramientas necesarias para efectuar una negociación eficiente. Cabe señalar que la acción de adquisición de los predios se puede realizar de dos maneras: a). A través de una venta voluntaria y, b). A través de una compra forzosa por parte del Estado (expropiación). Teniendo en cuenta a Coase, la venta voluntaria con el privado evita costos de transacción adicionales. Por su parte, la expropiación involucra mayores costos debido a la necesidad de la intervención de otros agentes (Poder Judicial o Tribunal Arbitral); la existencia de mayores gastos de gestión (abogados, seguimiento y monitoreo, entre otros) y los retrasos en el inicio de las obras (demora en la tramitación de los procesos judiciales o arbitrales). Por lo tanto, para alcanzar el mayor beneficio social, se debería buscar alcanzar acuerdos con los propietarios a través de procesos de negociación (trato directo). Es preciso agregar que la actividad de adquisición de predios culmina con el “saneamiento físico legal” o inscripción del bien a favor del Estado.

En el Perú, estas tres acciones han sido responsabilidad del Estado, habiendo creado un marco institucional para dicho fin. El MTC cuenta con la Dirección General de Concesiones en Transportes, que selecciona y formula los proyectos de infraestructura y servicios de transporte

a ser otorgados al sector privado³², y, desde noviembre de 2014, realiza las tasaciones de los inmuebles afectados para la ejecución de proyectos de inversión de transporte de uso público, a ser ejecutados en el marco de la Ley de APP. Por su lado, el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS Nacional) del MTC diseña e implementa los planes de compensación y reasentamiento involuntario y se encarga de la liberación de las áreas afectadas en los proyectos de la red vial nacional³³.

Adicionalmente, existen otros tres actores que influyen en la gestión predial: (i). La Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSION)³⁴, que promueve la inversión privada en obras de infraestructura y diseña los contratos de concesión, en coordinación con el MTC, para finalmente, licitar y adjudicar los proyectos; (ii). El Organismo Regulador de la Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN)³⁵, que revisa y emite opinión acerca de los contratos de promoción de la inversión privada en infraestructura de transporte y supervisa su cumplimiento; y (iii). El Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), que revisa y emite opinión acerca de los contratos y sus adendas en asuntos de su competencia (Sistema Nacional de Inversión Pública, endeudamiento y temas presupuestales).

Finalmente, mediante el Decreto Legislativo 1224 (septiembre 2015)³⁶, se creó el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, constituyendo al MEF como el ente rector, y dándole la responsabilidad de dictar las políticas nacionales de promoción de la inversión privada en APP y activos.

³² Artículo 78 del Reglamento de Organización y Funciones del MTC vigente.

³³ Artículo 6 del Manual de Operaciones de PROVIAS NACIONAL.

³⁴ Creado por Decreto Supremo 027-2002-PCM.

³⁵ Ley 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura del Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo. Enero 1998.

³⁶ Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y proyectos en Activos.

Capítulo III. Análisis del caso peruano

1. Normatividad sobre el derecho de propiedad y la expropiación

1.1 La Constitución Política del Perú

El derecho de propiedad es un derecho fundamental que se encuentra previsto en los numerales 8 y 16 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Asimismo, conforme a lo previsto en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional³⁷, el derecho de propiedad: «Se concibe como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, el propietario puede servirse directamente del bien, percibir sus frutos y productos y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales». Sin embargo, el derecho de propiedad no es ilimitado y, en ese sentido, el artículo 70 de la Constitución establece que dicho derecho debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho fundamental a la propiedad posee un doble carácter³⁸, por un lado es un derecho subjetivo o individual, cuyas obligaciones y deberes se encuentran previstos por ley y, por otro lado, es una institución objetiva que impone al titular del derecho, el deber de armonizar su ejercicio con el interés colectivo.

Es sobre la base del carácter objetivo del derecho de propiedad, que la Constitución y la ley le imponen límites a su ejercicio, a fin de asegurar la protección de valores supremos para la sociedad. Uno de estos límites es la potestad expropiatoria del Estado, que puede ejecutarse previo cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 70 de la Constitución Política del Perú:

- Debe estar justificada en razones de “seguridad nacional” o “necesidad pública”;
- Su ejecución se encuentra sujeta a una reserva de ley absoluta, es decir, solo es posible su autorización a través de una ley emitida por el Congreso de la República;
- Incluye la obligación del Estado de pagar una indemnización justipreciada en efectivo, la cual debe comprender una compensación por el perjuicio causado. Es importante hacer notar que la Constitución no hace referencia al pago de la tasación del bien.

³⁷ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencias recaídas en los expedientes 0048-2004-AI/TC y 0030-2004-AI/TC

³⁸ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente 0048-2004-AI/TC.

Dentro de este marco se han emitido distintas normas de desarrollo constitucional, que han tenido como objetivo regular el procedimiento expropiatorio que debe aplicar el Estado. Dichas normas serán analizadas en los siguientes numerales.

1.2. Decreto Legislativo 1192 - Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, Transferencia de Inmuebles de Propiedad del Estado, Liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura

Las principales regulaciones contenidas en dicho cuerpo legal (agosto 2015) son las siguientes:

- **Identificación de actores involucrados:** el Decreto Legislativo 1192 identifica a los principales actores involucrados en los procesos de adquisición y expropiación de bienes inmuebles, definiéndolos como: 1). El sujeto activo, constituido por la entidad estatal o su representante que se encarga de realizar la adquisición o expropiación; 2) El sujeto pasivo, titular del bien, y 3) El beneficiario, entendido como la entidad estatal a favor de la cual se efectúa la adquisición o expropiación (nunca podrá ser un particular). En este sentido, bajo ciertas condiciones, el MTC podría encargar el proceso de negociación a los gobiernos regionales o locales o al concesionario privado, previo acuerdo con el concedente.

Por otro lado, este Decreto Legislativo delimita el concepto de sujeto pasivo, señalando en su artículo 6 que el mismo podrá ser: 1). El titular del bien cuyo derecho se encuentra inscrito; 2). El titular del bien que acredita su derecho a través de un documento de fecha cierta (notarial) y el tracto sucesivo respecto al titular registral; 3). Al poseedor de bienes de dominio privado del Estado, que ejercen dicho derecho por más de diez años y que se encuentra debidamente reconocido a través de un certificado, constancia o cualquier otro documento emitido por la autoridad competente y 4). A la junta de propietarios respecto de las zonas comunes del bien sujeto al régimen de propiedad horizontal.

En este punto debe señalarse que la norma ha dejado fuera del concepto de sujeto pasivo, a las siguientes personas: 1). Los poseedores de buena fe por más de cinco años que pueden reclamar la prescripción de la propiedad, conforme con lo previsto en el artículo 950 del Código Civil y 2). A los propietarios que solo pueden acreditar su derecho de propiedad a través de un documento simple (contrato privado).

- **Adquisición de inmuebles:** este Decreto Legislativo regula la adquisición de bienes inmuebles, entendiéndola como la compra-venta voluntaria entre el sujeto pasivo y el sujeto activo, a favor del beneficiario, con el objetivo de ejecutar una obra de infraestructura³⁹. La adquisición de predios en el marco de la citada norma, se sujeta al siguiente procedimiento:
 - El proceso de adquisición de bienes se inicia luego de haberse identificado los predios necesarios para la ejecución de la obra de infraestructura. En el caso de obras cofinanciadas, se entienden identificados los predios con la declaración de viabilidad del proyecto. Mientras que si se trata de proyectos autofinanciados, la identificación puede iniciarse con los estudios desarrollados en la etapa de diseño.
 - Identificados los predios, el sujeto activo debe notificar al sujeto pasivo y a los ocupantes del bien, la afectación del mismo en un plazo de diez días.
 - En los siete días siguientes, el sujeto activo solicita a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) una anotación preventiva por el plazo de un año.
 - Dentro de los seis meses siguientes a la identificación, el sujeto activo remite al órgano encargado de la tasación, los expedientes técnicos – legales necesarios para valorizar los predios. En el caso de las APP, el plazo es de cuatro meses.
 - La tasación debe efectuarse en un plazo no mayor a dos meses de designado el perito tasador.

- **Trato directo:** el trato directo puede iniciarse después de la notificación de la afectación al sujeto pasivo y continúa hasta 15 días después de efectuada la tasación de los predios. Estas acciones pueden ser efectuadas directamente por el Estado o por un tercero contratado por este, para dicho fin. Recibida la tasación, el sujeto activo remite al sujeto pasivo una carta de intención de adquisición, que debe incluir, entre otros, el valor del incentivo a ser otorgado cuando se cierre la venta voluntaria, equivalente al 10% del valor de la tasación. Este incentivo no se otorga si el procedimiento llega a la etapa de expropiación. Recibida la carta de intención, el sujeto pasivo tiene quince días hábiles para manifestar su aceptación a la oferta de adquisición. En caso se acepte la oferta, el sujeto activo debe aprobar la norma que señala el valor total de la tasación, tramitar la suscripción del formulario registral y efectuar el pago, para luego solicitar a la SUNARP la inscripción del bien a favor del Estado. Una vez efectuado el pago, el sujeto pasivo tendrá un plazo máximo

³⁹ Conforme a lo señalado en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1192, la adquisición o expropiación de inmuebles se realiza para la ejecución de obras de infraestructura, definidas como proyectos de inversión pública, asociaciones público privadas y mecanismos de promoción de la inversión privada creados o por crearse.

de veinte días para desocupar el bien, bajo apercibimiento de iniciarse el proceso de ejecución coactiva para la desocupación del predio.

- **Posesión anticipada:** el Decreto Legislativo 1192 prevé la posibilidad de celebrar contratos preparatorios para obtener la posesión anticipada del bien (Artículo 21, numeral 21.5). Para facilitar la obtención de estos acuerdos, dicha norma ha previsto la posibilidad de pagar al sujeto pasivo un incentivo, correspondiente al cincuenta por ciento del “Valor Estimado”, el mismo que comprende únicamente la valuación del predio y sus mejoras. El “Valor Estimado” se calculará en un plazo de treinta días calendario.

- **Procedimiento de expropiación:** en esta etapa se produce la transferencia forzosa del derecho de propiedad y debe tramitarse de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política del Perú. El inicio de la expropiación se produce con el rechazo de la oferta de la adquisición, siempre que la ley haya autoritativa sido emitida. En ese momento, el sujeto activo debe emitir la norma que da inicio al proceso de expropiación⁴⁰, incluyendo:
 - La identificación del sujeto activo, pasivo y del beneficiario de la expropiación.
 - La identificación precisa del bien inmueble, estableciendo los linderos, medidas perimétricas y área total. Asimismo, debe hacer referencia al informe expedido por la oficina de catastro del registro respectivo y/o el certificado de búsqueda catastral.
 - El valor de la tasación y la orden de consignación de dicho monto en el Banco de la Nación, a favor del sujeto pasivo o del órgano jurisdiccional ante el cual se esté discutiendo la propiedad.
 - La orden de inscribir el bien a favor del Estado ante la SUNARP, de manera inmediata. Esta orden debe disponer, además, la obligación de levantar toda carga o gravamen que contenga la partida registral del bien.
 - Una orden de notificar al sujeto pasivo, la desocupación y entrega del bien expropiado dentro de un plazo de treinta días hábiles, bajo apercibimiento de iniciar el procedimiento de ejecución coactiva para el lanzamiento.

- **Transferencia de inmuebles de propiedad del Estado:** en el caso de los predios y/o edificaciones de propiedad del Estado o de las empresas estatales, que se requieran para ejecutar obras de infraestructura declaradas de interés público o de seguridad nacional, la

⁴⁰ El inicio de la ejecución del proceso de expropiación puede ser declarado a través de una Resolución Ministerial, en el caso del Gobierno Nacional, o por acuerdo regional o acuerdo de concejo, en el caso de los gobiernos regionales o locales.

transferencia de su titularidad se hará a favor del sujeto activo o del beneficiario, a título gratuito y de manera automática, por el solo mérito de la resolución administrativa que emita la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (SBN), en un plazo máximo de 45 días contados desde la presentación de la solicitud. Dicha resolución será irrecurrible.

1.3. Ley 30264 - Ley que establece medidas para promover el crecimiento económico

A través de la Quinta Disposición Complementaria Transitoria (noviembre 2014), se aprobó una medida destinada a acelerar la ejecución de las expropiaciones en materia de infraestructura de transportes, señalando que por un plazo de tres años, la Dirección General de Concesiones en Transportes del MTC asumirá las competencias necesarias para realizar las tasaciones de los inmuebles necesarios para la ejecución de los proyectos de infraestructura y servicios de transportes administrados por dicha dirección general (es decir solo para proyectos incluidos en el proceso de promoción de la inversión privada).

2. Nivel de estudio requerido para la ejecución de una infraestructura a través de una APP

El Estado identifica el nivel de los estudios que serán requeridos para convocar el proceso de selección, según la modalidad de promoción elegido para cada proyecto de inversión pública. Así, PROINVERSIÓN puede convocar el proceso de selección, basado en términos de referencia (TDR), estudios de preinversión a nivel factibilidad (anteproyecto de Ingeniería) o estudios definitivos de ingeniería (EDI).

Cada uno de estos documentos cuenta con un nivel distinto de detalle, lo cual condiciona la posibilidad de identificar con mayor o menor precisión el trazo de la vía que será construida. Esto último es importante, ya que solo cuando se cuenta con el trazo final es posible identificar plenamente los predios que serán afectados por las obras necesarias para el desarrollo de la infraestructura. En este sentido, si clasificamos dichos documentos bajo el criterio de su contenido, se puede señalar a los TDR como los de menor nivel de detalle, seguidos por los estudios de factibilidad mientras que los más detallados son los EDI. Solo en este último caso se cuenta con el trazo final de la vía y, por lo tanto, con la certeza de los bienes que deberán ser afectados.

3. Normativa que regula la tasación de predios

Dentro del procedimiento de expropiación, la tasación del predio constituye un proceso que puede generar un impacto importante en términos de tiempo. Asimismo, el producto del mismo (valor del bien) puede condicionar el éxito o fracaso del proceso de trato directo y, con ello, determinar la menor o mayor demora en la obtención de la propiedad del bien. En ese sentido, además de estudiar las normas que regulan el proceso de expropiación propiamente dicha, en este punto resulta necesario estudiar las normas que regulan la tasación de los bienes.

En el Perú las tasaciones se efectúan bajo el amparo del Reglamento Nacional de Tasaciones del Perú⁴¹, aprobado con la Resolución Ministerial 126-2007-VIVIENDA. Entre las principales normas contenidas en el referido reglamento, debemos resaltar las siguientes:

- Se define la tasación o valuación de un bien como aquel procedimiento mediante el cual el perito valuador estudia el bien, lo analiza y dictamina sus cualidades y características en determinada fecha, para establecer la estimación de su valor razonable y justo⁴².
- Por otro lado, según lo previsto en el artículo I.07 de la referida norma, los procesos valuatorios pueden distinguirse entre: a). Tasaciones reglamentarias (cuando los valores que se utilizan en la pericia corresponden a los aranceles o valores unitarios oficiales de terrenos y de edificación que son aprobados por dispositivos legales), y b). Tasaciones comerciales (cuando los valores determinados corresponden a los del libre mercado). Debe agregarse que conforme con lo señalado en el Decreto Legislativo 1192, para los procesos de adquisición y expropiación, el valor del monto por cancelar al propietario debe establecerse a través de una tasación comercial.
- Relacionado con lo anterior, se debe señalar que este reglamento define el **valor comercial** como aquel que se obtiene por la compra venta de un bien en la fecha de su valuación, en consideración de compra ventas de bienes similares y las características del bien valuado.

Es preciso señalar que en la exposición de motivos de la Ley 30025, se identificó como una limitante de los procesos de expropiación, el bajo valor de las tasaciones comerciales efectuadas por el Estado. En tal sentido, se señaló que el Reglamento Nacional de Tasaciones no preveía la necesidad de cuantificar la indemnización que debe pagar el Estado al sujeto pasivo de una expropiación, por concepto de daño emergente y lucro cesante. En tal sentido, la referida Ley dispuso que la Dirección de Construcción (DC) del Ministerio de Vivienda, Construcción y

⁴¹ Parte considerativa de la Resolución Ministerial 126-2007-VIVIENDA.

⁴² Artículo I.02 del Reglamento Nacional de Tasaciones.

Saneamiento (MVCS) realizara la valorización del bien, considerando, además del valor comercial del terreno, las mejoras y los cultivos, el pago de una indemnización que debía incluir el daño emergente y lucro cesante. Asimismo, se dispuso la inclusión de los gastos tributarios, notariales y registrales que se producen como consecuencia de la expropiación. Dicho proceso de valuación ha sido recogido en el Decreto Legislativo 1192, estableciéndose la existencia de un **expediente de tasación** que debe incluir información del bien y del sujeto pasivo⁴³.

4. Normativa que regula el saneamiento físico legal de los predios

Otro de los procedimientos que influyen en la duración de la adquisición de los predios es el saneamiento físico – legal, el cual puede ser definido como aquel que busca conseguir que los bienes inmuebles sean inscritos en los Registros Públicos a favor de su legítimo titular. En ese sentido, consideramos necesario diferenciar los siguientes casos:

- **Procedimientos de saneamiento físico legal, en los que el Estado requiere realizar inversiones en un predio privado:** este procedimiento puede iniciarse una vez que el Estado ha conseguido adquirir el bien inmueble requerido para ejecutar la obra, ya sea por trato directo, o por expropiación arbitral o judicial. Al respecto, el procedimiento de saneamiento físico legal de los bienes adquiridos por el Estado ha sido recientemente modificado a través de los artículos 29 y 30 y la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1192, los que establecen el siguiente procedimiento simplificado:
 - a) Dentro de los cinco días hábiles siguientes de emitida la norma que apruebe la ejecución de la expropiación, y notificada la consignación del justiprecio al sujeto pasivo, la entidad pública adquiriente remite al Registro de Predios de la SUNARP, la información especificada en el artículo 30 del Decreto Legislativo 1192, la que podrá incluir la documentación gráfica que ayude a identificar el bien, según sea el caso.
 - b) Presentada la información antes señalada, el registrador tendrá siete días hábiles para inscribir la expropiación a nombre del beneficiario al cual pertenece el proyecto, bajo responsabilidad y sanción de destitución.
 - c) En caso que exista duplicidad total o parcial de partidas, la norma que apruebe la ejecución de la expropiación, debe identificar como sujetos pasivos a los titulares registrales involucrados en la duplicidad, a quienes previamente se les comunica la expropiación. Asimismo, el sujeto activo debe solicitar, en la vía judicial, la

⁴³ Ver listado de documentos requeridos en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 1192.

consignación del valor de la tasación a nombre de los titulares registrales de las partidas que comprenden al predio materia de expropiación. Dicha consignación solo es entregada al legítimo propietario cuando se defina la propiedad del bien inmueble expropiado en la vía jurisdiccional, previa comunicación al sujeto activo.

- d) Finalmente, la Quinta Disposición Complementaria Final señala que con la inscripción de la adquisición o expropiación, el registrador, bajo responsabilidad, debe levantar las cargas y gravámenes que existan sobre el bien inmueble, extinguiéndose los acuerdos y todos los contratos que afecten la propiedad. Los acreedores pueden cobrar su acreencia con el valor de la tasación pagado, directamente o vía consignación, al sujeto pasivo.

El procedimiento antes anotado no ha modificado otras normas legales que regulan la labor del registrador público. Así, el artículo 11 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de la SUNARP, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP/SN, señala que los títulos en virtud de los cuales se solicita la inscripción de un acto o derecho que importe la incorporación de un predio al registro o su modificación física, se inscribirán previo informe técnico del área de catastro. Así, el área de Catastro será la encargada de verificar los datos técnicos de los planos elaborados para identificar el bien, emitiendo un informe donde se determine la existencia de superposición de partidas. Dicho informe se realizará sobre la base de la información gráfica con la que cuente el área de catastro. El informe del área de Catastro es vinculante para el registrador.

Esta exigencia tiene base en lo previsto en la Ley 28294 que creó el Sistema Nacional Integrado de Catastro (SNIC) y que lo vincula con el Registro de Predios. En ese sentido, conforme a lo señalado en el artículo 18 de la citada norma, concordada con el artículo 5 de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 005-2006-JUS, la referida vinculación permite que la información catastral de un predio se relacione con su partida registral, a fin de contar con información integrada de las características económicas y los derechos sobre los predios inscritos en la SUNARP. Para estos efectos el Registro de Predios utiliza el Código Único Catastral otorgado por el SNIC, con la finalidad de identificar el predio.

En este sentido, es preciso indicar que Jorge Beltrán Pacheco, citando a Carlos Cárdenas Quirós, señala que el sistema de catastro tiene un rol primordial en la protección de la propiedad, debido a las siguientes razones⁴⁴:

⁴⁴ Beltrán Pacheco, Jorge. *Verdades y ambigüedades del Registro Inmobiliario en el Perú: ¿Obligatorio o potestativo? Un misterio por resolver...* En: Blog Derecho & Sociedad. En: <http://goo.gl/ovw1gm>. Visto: 11/07/2015

- El Catastro constituye el sustento ideal del sistema registral inmobiliario, puesto que permite la identificación adecuada de cada predio, incluidas las tierras abandonadas.
- Impide la especulación sobre inmuebles inexistentes, más aún si se considera que los fraudes vinculados con este supuesto son usuales.
- Evita problemas de superposición de propiedades, pues ayuda a conocer con exactitud los linderos y medidas perimétricas de los predios. En ese sentido, evita la doble inscripción.
- Suprime la posibilidad de que se construya en terreno ajeno de buena fe.
- Debido a su actualización permanente (al menos en teoría), dificulta la edificación clandestina de construcciones por usurpadores.

En tal sentido, teniendo en cuenta la importancia del catastro, es imprescindible que exista también un saneamiento catastral, entendido como el conjunto de procedimientos técnicos y legales que se ejecutan de manera progresiva, a fin de rectificar las inexactitudes y actualizar la información registral de un predio, adecuándolo a la realidad física del mismo⁴⁵. Dicho saneamiento catastral se encuentra también a cargo de la SUNARP, pero contando con el apoyo de las entidades generadoras del catastro (gobiernos locales, entidades de titulación creadas por ley, COFOPRI, etc.).

Si bien el procedimiento antes descrito puede ser - aparentemente - bastante sencillo, existen algunas circunstancias que pueden ocasionar que se alargue ostensiblemente, generando importantes demoras en la ejecución de los proyectos de inversión. En nuestra opinión, estas circunstancias pueden estar relacionadas con oposiciones de terceros, a observaciones originadas por la propia Oficina Registral (debido a la inconsistencia entre la información presentada por la entidad pública y la información registral existente), a la existencia de zonas del territorio nacional que aún no han sido objeto de un tratamiento catastral o que, habiendo sido objeto del mismo, la información recogida no es completa o ya no se encuentra actualizada, entre otras. Tal como se puede observar, las circunstancias antes descritas se originan básicamente debido a la existencia de deficiencias en el funcionamiento del sistema integrado de catastro y en la baja calidad de información catastral de los bienes existentes en las oficinas registrales.

En tal sentido, a fin de solucionar estos problemas, en el marco de la Ley 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, se dictaron reglas destinadas a facilitar la inscripción de

⁴⁵ Literal o) del artículo 3 del Reglamento de la Ley 28294, aprobado por Decreto Supremo 005-2006-JUS.

predios destinados a los proyectos de inversión pública y privada, las cuales se encuentran relacionadas, básicamente, a la reducción de plazos de atención por parte de la oficina de Catastro y a la obligatoriedad (para el registrador) de considerar válida, la información gráfica (planos) levantada en campo por el solicitante⁴⁶.

- **Procedimiento de saneamiento físico – legal en el que el Estado requiere realizar inversiones en un predio estatal:** cuando los bienes son de una entidad o empresa estatal, existe un procedimiento especial previsto en el artículo 41 del Decreto Legislativo 1192, que establece que dichas transferencias se realizan de manera gratuita y automática, a favor de la entidad a la cual le pertenece el proyecto, por el solo mérito de la solicitud efectuada, de la resolución que emita la SBN para tales efectos, y de los planos necesarios para la inscripción, en caso corresponda. Cuando existan cargas y gravámenes sobre el bien, la entidad o empresa estatal titular del inmueble o titular del proyecto, debe solicitar ante el juez, la sustitución de la carga o gravamen, la cual debe ser aceptada por el juez, bajo responsabilidad.

En estos casos, las entidades o empresas estatales afectadas tienen un plazo de treinta días para desocupar los bienes necesarios para la ejecución de las obras, dicho plazo puede ser prorrogado por acuerdo expreso. Si cumplido el plazo otorgado no se ha desocupado y entregado el bien, se inicia el proceso de ejecución coactiva, destinado a desalojarlo.

5. Desarrollo de la gestión predial en los contratos viales peruanos

5.1 Cláusulas vinculadas con la entrega de terrenos en los contratos de concesión vial

En los contratos de concesión suscritos hasta la fecha, las cláusulas vinculadas con la entrega de los predios comprendidos en el área de la concesión están ubicadas dentro de la sección del régimen de bienes de los contratos de concesión (anexo 3). Únicamente, en los casos de la Red Vial 5 y la Red Vial 6, se cuenta con una cláusula en la sección de eventos a la fecha de suscripción del contrato, debido a la constitución de fondos de fideicomiso⁴⁷, cuya finalidad fue la de cubrir los gastos necesarios para la afectación y adquisición de las predios comprendidos en el derecho de vía.

⁴⁶ Ver artículo 44 al 48 de la Ley 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país.

⁴⁷ El Fondo de la Red Vial 5 asciende a USD 3.5 millones, mientras que el de la Red Vial 6 fue de USD 5 millones.

Hasta el momento se han firmado 44 adendas a los contratos de concesión existentes, de los cuales seis (13,6%) han involucrado modificaciones en las cláusulas de la entrega de las áreas de terrenos de cinco concesiones: Red Vial 5, Red Vial 6 (dos adendas), IIRSA Sur Tramo 2, IIRSA Sur Tramo 3 y IIRSA Sur Tramo 4 (anexo 4).

5.2 Desarrollo de las cláusulas vinculadas con la entrega de terrenos en los contratos de concesiones viales

Consideramos necesario señalar que en el Perú, de los dieciséis proyectos licitados, ocho fueron otorgados a nivel de estudio de factibilidad, dándole la responsabilidad de elaborar los estudios definitivos de ingeniería (EDI) al concesionario⁴⁸ (anexo 5). Asimismo, a través del Memorandum 1873-2015-EF/63.01⁴⁹, la Dirección General de Inversión Pública del MEF ha señalado que no cuenta con los estudios de preinversión de doce proyectos viales dados en concesión, puesto que seis fueron calificados como autosostenibles, cinco fueron exonerados de la evaluación a través del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP) a requerimiento del MTC y uno se ejecutó antes de la implementación del referido sistema (anexo 6).

Por consiguiente, estos proyectos no cumplieron con la evaluación del SNIP, que busca optimizar el uso de los recursos públicos destinados a la inversión, mediante el establecimiento de principios, procesos, metodologías y normas técnicas relacionadas con las diversas fases de los proyectos de inversión⁵⁰. En ese sentido, no resulta raro encontrar datos como los relacionados a la ejecución de las seis IIRSA, donde OSITRAN ha determinado, en su informe de desempeño de las concesiones de carreteras de la iniciativa para la IIRSA - 2013, que el monto de inversión de dichos proyectos pasó de USD 1.337 millones en el momento de su licitación (monto referencial) a USD 2.805 millones a diciembre de 2013 (monto comprometido)⁵¹.

Con relación a los ocho contratos de concesión otorgados con estudios de pre-inversión (nivel factibilidad), cabe señalar que en los contratos de las carreteras: "Tramo Vial Chancay – Acos" y "Nuevo Mocupe - Cayalti – Oyotún", se encargó al concedente la elaboración de los EDI, incluyendo la identificación de los predios y la elaboración de los expedientes técnicos de tasación.

⁴⁸ Benavente. Op. cit. p.16.

⁴⁹ Respuesta a la Solicitud de Acceso a la Información Pública. SOLI-2015-32413744.

⁵⁰ Ley 27293, Ley del SNIP. Artículos 1 y 4.

⁵¹ OSITRAN. Desempeño de las concesiones de carreteras de la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana - 2013. 2014. p. 19.

Por otro lado, a fin de agilizar el inicio de las obras, el trazo de las carreteras concesionadas ha sido dividido en secciones y en cinco de los contratos: Red Vial 4, Red Vial 5, Red Vial 6, Longitudinal de la Sierra - Tramo 2 y Tramo Vial de Quilca - La Concordia, se introdujo la posibilidad de iniciar las obras, con la entrega de un porcentaje menor al 100%.

Asimismo, en nueve de los contratos: Autopista del Norte - Pativilca Trujillo (Red Vial 4), Tramo Vial Chancay – Acos, Nuevo Mocupe - Cayalti – Oyotún , Autopista del Sol Trujillo – Sullana , Longitudinal de la Sierra - Tramo 2, IIRSA Sur Tramo 2, IIRSA Sur Tramo 3, IIRSA Sur Tramo 4 y Tramo Vial de Quilca - La Concordia, el concedente incluye la posibilidad que el concesionario pueda efectuar las actividades de gestión predial como: identificación, valorización (propuesta) y adquisición de los predios a través del trato directo.

Respecto al plazo que tiene el Estado para efectuar la entrega de los terrenos, en las dieciséis concesiones de carreteras, este ha incumplido los plazos establecidos en el contrato original, lo que ha retrasado la ejecución de la inversión comprometida (anexo 7). A diciembre de 2013, con la información obtenida de los informes de desempeño de las carreteras concesiones disponibles en la página web del OSITRAN, se puede indicar que, aproximadamente, se demoraron inversiones ascendentes a USD 859 millones (sin incluir la ejecución de tres contratos⁵²). Cabe resaltar que dicha cifra representa más del 60% de la inversión comprometida del Proyecto Minero Tía María⁵³.

Por su parte, la Contraloría General de la República ha calculado, en el caso de la Carretera IIRSA - Sur, Tramo 2: Urcos - Inambari, que la firma de la Addenda N.º 6 evitó el abandono de las inversiones que, a marzo de 2009, hubieran ascendido a USD 412 millones⁵⁴. Asimismo, en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1192, se señala que la demora en la entrega de predios, a marzo de 2015, habría determinado retrasos en la ejecución de la inversión comprometida en la Red Vial 6, la Red Vial 4, la Autopista del Sol Trujillo – Sullana y la IIRSA Centro - Tramo 2, sumando USD 730 millones de dólares de retraso⁵⁵.

Por el lado del concesionario, la demora en la entrega de los predios ha determinado pérdidas debido a la imposibilidad de gatillar los aumentos tarifarios, al no haber cumplido con las obras a tiempo. Así, en el caso de la IIRSA Tramo 5, la Concesionaria Vial del Sur S.A., al 31 de

⁵² IIRSA Centro - Tramo 2, Longitudinal de la Sierra - Tramo 2 y Tramo Vial de Quilca - La Concordia.

⁵³ Ministerio de Energía y Minas. Ficha Tía María. 2014. Inversión Estimada asciende a USD 1,300 millones de dólares.

⁵⁴ CGR. Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las APP en el Perú. 2015. p. 191.

⁵⁵ Ministerio de Economía y Finanzas. Exposición de Motivo del Decreto Legislativo 1192. 2015. p. 3-4.

diciembre de 2012, aún no había podido activar el aumento del peaje de su concesión, a la tarifa equivalente a USD 1,50. En ese sentido, OSITRAN, en su informe de desempeño de dicha concesión del año 2012, indicó que los retrasos en la entrega de terrenos habrían generado pérdidas al concesionario por S/. 43 millones, solo tomando en cuenta el efecto del ajuste tarifario en las unidades de peaje existentes entre 2010 y 2012. Asimismo, señaló que, si se considera la recaudación de las estaciones de peaje de Títtere, Puno y Azángaro, las cuales aún no entraban en funcionamiento hasta diciembre de 2012, dicha cifra habría sido mucho mayor⁵⁶.

⁵⁶ OSITRAN. Informe de Desempeño de la Concesión del Corredor Vial Interoceánico Sur Perú - Brasil (Tramo 5). 2012. p. 15.

Capítulo IV. Análisis comparativo de la gestión predial con las experiencias internacionales

En esta cuarta parte del trabajo se comparará el caso peruano con las experiencias internacionales de Chile y Colombia (mayor detalle en el anexo 8).

1. Identificación de predios

En Colombia, las primeras obras viales concesionadas fueron otorgadas con estudios que contenían un nivel de detalle bajo, lo que provocó la existencia de renegociaciones contractuales posteriores y retrasos en la obra (siendo uno de los principales motivos de esta demora el retraso en la entrega de los predios). Ante esta situación, decidieron licitar los proyectos con estudios detallados denominados de Fase III que incluyen, entre otros, **fichas prediales adelantadas**, estudios socioeconómicos y licencias ambientales en trámite. Asimismo, en el caso de las iniciativas privadas, antes de iniciar el proceso licitatorio, se debe contar con estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental y **predial** acordes con el proyecto.

En el caso chileno, al momento de licitar, el Estado cuenta con al menos un anteproyecto referencial de los estudios de ingeniería, elaborados por el Ministerio de Obras Públicas (MOP), los cuales establecen los requerimientos técnicos mínimos y una identificación preliminar de los predios. Dichos estudios de ingeniería pueden ser aceptados en la oferta técnica, caso en el cual, la sociedad concesionaria reconoce la validez y corrección de los estudios efectuados por el Estado, no pudiendo en el futuro, alegar perjuicios ni compensaciones por eventuales errores de diseño existentes. Sin perjuicio de ello, se reconoce la posibilidad de que el Estado o el concesionario, puedan proponer posteriores mejoras, asumiendo los costos correspondientes.

Asimismo, cabe señalar que, en el caso chileno, la identificación de los predios es una actividad compartida, pues dentro de los procesos de licitación de los proyectos, las empresas precalificadas participan en el diseño definitivo de los mismos, proponiendo mejoras, adiciones o ajustes al diseño del proyecto. En caso sea necesario, el MOP podría solicitar la realización de estudios adicionales, los que serán considerados en la elaboración de las bases de la licitación del proyecto final y pagados por las empresas precalificadas. Al culminar el proceso licitatorio, la firma ganadora devuelve el monto sufragado al resto de participantes.

Es preciso agregar que debido a la existencia de un número extenso de renegociaciones contractuales, en Chile, la tendencia actual es la de concesionar los proyectos contando con estudios definitivos.

A diferencia de los casos precedentes, en el caso peruano, los proyectos se licitan a nivel de términos de referencia, estudios de factibilidad o estudios definitivos de ingeniería, según la decisión de la entidad pública. Asimismo, de acuerdo al Decreto Legislativo 1224, cuando un proyecto es calificado como autofinanciado, queda exceptuado de pasar por el Sistema Nacional de Inversión Pública⁵⁷, lo que facilita la concesión de proyectos con un nivel de estudio menor. Esta práctica va en contra de lo afirmado por, Engel, Fischer y Galetovic (2011) quienes afirman que los proyectos autosostenibles deberían tener el mismo análisis costo - beneficio que los proyectos cofinanciados, al ser comparados con la ejecución por obra pública. Estos autores explican que, si los proyectos autosostenibles hubieran sido ejecutados por el Estado, los ingresos de las tarifas hubieran devengado a favor de este, habiéndose registrado como ingresos durante cada año de la fase operativa, constituyendo los recursos con los que el Gobierno habría pagado el capital y los intereses de la deuda por pagar⁵⁸.

2. Valuación de los predios

En los casos de Chile y Colombia antes del proceso licitatorio, se calcula un valor estimado de expropiación, lo que exige la identificación (al menos preliminar) de los predios. Esto permite la introducción de dicho valor en las bases de licitación, siendo aceptado por los postores y tomado en cuenta en su evaluación de participar o no en el concurso licitatorio. En el Perú no es obligatorio efectuar dicha valorización antes del otorgamiento de la buena pro.

De la experiencia chilena resaltamos dos cuestiones: (i). La diferenciación conceptual entre la valorización del inmueble (indemnización provisional) y la indemnización definitiva (señalada por el juez), y (ii). La conformación de una comisión tasadora integrada por tres miembros elegidos de una lista de peritos que es aprobada por el presidente de la República, donde solo uno de los miembros puede pertenecer al Estado y no puede ser trabajador del MOP. Con esta medida se busca asegurar una determinación objetiva, justa e imparcial del valor del bien.

⁵⁷ Decreto Legislativo 1224. Artículo 14, numeral 14.1, inciso b.

⁵⁸ Engel, Eduardo; Fischer, Ronald; Galetovic, Alexander. *Public-Private Partnerships to Revamp U.S. Infrastructure*. 2011. p. 21.

En Colombia, luego de otorgada la buena pro, cuando los concesionarios están a cargo de la gestión predial, tienen entre sus funciones contratar a una empresa especializada para elaborar avalúos comerciales corporativos. Estos se realizan antes de iniciar el trato directo con los propietarios y bajo los lineamientos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Finalmente, en el Perú la valorización la realiza la Dirección General de Concesiones en Transportes del MTC, quien, además, es el área que se encargará de la administración del contrato de concesión.

3. Adquisición de predios

En el caso colombiano, tanto el trato directo como el proceso de expropiación vía judicial están a cargo del concesionario, quien actúa en nombre del Estado. Cabe señalar que, mientras se esté en el proceso de expropiación vía judicial sin contar con una sentencia definitiva, existe la posibilidad que el propietario y el Estado puedan llegar a un acuerdo voluntario.

A estas dos vías, en Colombia, se adiciona un tercer camino bajo la responsabilidad del Estado, que es la expropiación por vía administrativa, la cual está reconocida en su Constitución Política y debe ser autorizada a través de una norma con rango de ley, que declare la urgencia de expropiar el derecho de propiedad y otros derechos reales que recaigan sobre los terrenos e inmuebles afectados. Esta vía es más expeditiva (aunque más gravosa para el derecho de propiedad), pues permite que la entidad pública adelante la expropiación e inscriba el predio a su nombre, sin haber alcanzado un acuerdo con el propietario, pudiendo el sujeto pasivo reclamar (incluso la nulidad) a través de una acción contencioso – administrativa posterior.

Otra particularidad colombiana es que la ejecución de las actividades prediales a cargo del concesionario está regulado por el Apéndice Técnico 7: Gestión Predial del Contrato de APP. Dicho documento describe detalladamente las responsabilidades y acciones del Estado y del concesionario. Esto facilita al primero, el monitoreo del cumplimiento de las tareas, mientras que al segundo, le permite contar con las reglas claras para su gestión.

En la experiencia chilena, la responsabilidad del concesionario se limita a la adquisición de predios a través del trato directo, manteniendo el Estado a su cargo los procesos expropiatorios por la vía judicial.

Finalmente, en el Perú las actividades de adquisición de predios, por vía directa o arbitral/judicial, usualmente le han correspondido al Estado, salvo excepciones estipuladas en los contratos de concesión. Asimismo, es preciso señalar que con la expedición del Decreto Legislativo 1192, se ha optado por un proceso expropiatorio equivalente a la expropiación administrativa de Colombia (anexo 9).

4. Asignación del riesgo de expropiación

Para Rufián (2002), el riesgo de expropiación que genera el retraso en la entrega de los predios contiene: a). Un riesgo de valor, originado por la imposibilidad de prever el precio final de los terrenos, el que, en última instancia, será definido por la autoridad jurisdiccional, cuando el afectado y el Estado no alcanzan un acuerdo, y b). Un riesgo de plazo, al ser imposible calcular con precisión en cuánto tiempo se logrará la disponibilidad de los terrenos para el proyecto⁵⁹.

En el Perú, cuando el inversionista está a cargo de la actividad de adquisición de los predios, este debe aceptar el valor de la tasación hecha por el Estado, como monto máximo a pagar al dueño, debiendo cubrir los sobrecostos, en los casos que decida pagar un monto superior.

En los casos de Chile y Colombia, el riesgo de valor es compartido entre el Estado y el concesionario. En Chile, los sobrecostos ocasionados por modificaciones del trazo sugeridas por el Estado, son asumidos por este; en caso contrario, los sobrecostos son asumidos totalmente por el concesionario. Por su parte, en Colombia, hasta el 20% de los sobrecostos son cubiertos por el concesionario, entre 20 y 100% de los sobrecostos son compartidos entre Estado y el concesionario, y los sobrecostos mayores al 100% son pagados totalmente por el Estado. Asimismo, a fin de incentivar que el concesionario negocie de manera eficiente con los propietarios, en Colombia, se prevé la posibilidad de otorgar al concesionario el 60% del ahorro provocado en la cuenta predial⁶⁰.

Respecto al riesgo plazo, en los tres países este es asumido por el Estado, siempre y cuando las demoras sean causadas por razones fuera del control del concesionario.

⁵⁹ Rufián Lizana, Dolores María. Políticas de conexión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú. Proyecto ILPES/CAF "Marco regulatorio, privatización y modernización del Estado". CEPAL. 2002. p. 37.

⁶⁰ Para que se otorgue este incentivo a favor del Concesionario, más del 80% de los predios deben haber sido adquiridos por trato directo.

Capítulo V. Análisis de resultados: la problemática de la adquisición y expropiación de predios necesarios para la ejecución de proyectos de infraestructura en el Perú

1. Problemática en la identificación de los predios

1.1. Asignación del riesgo de expropiación

En el Perú, la matriz de riesgos utilizada en el caso de las concesiones viales ha asignado el riesgo de expropiación y el de liberación de los predios al Estado. En ese sentido, este ha asumido invariablemente los costos de dichos riesgos, sin que el privado tenga mayores incentivos para coadyuvar en el éxito de las labores mencionadas. En ese sentido, la Contraloría General de la República (CGR) ha señalado que las entidades públicas no han contado con datos certeros para fijar los plazos de entrega de terrenos en los contratos de concesión, lo que ha generado revisiones contractuales, impidiendo el cumplimiento oportuno de los hitos del proyecto⁶¹.

Esta situación es aun más seria cuando los proyectos viales son otorgados a nivel de términos de referencia o preinversión (factibilidad) y la elaboración del EDI se encarga a las empresas concesionarias. En estos casos, en nuestra opinión, se produce lo que se ha definido como riesgo moral en el marco teórico, toda vez que la empresa concesionaria tendría incentivos para definir el trazo vial más eficiente a sus intereses; es decir, el trazo que requiera asumir el menor monto de inversión y, por tanto, menor riesgo para el proyecto desde el punto de vista técnico, constructivo y financiero.

En tal sentido, al ser desarrollados por el inversionista, el trazo final de la vía podría considerar los escenarios más beneficiosos solo para el concesionario, sin tomar en cuenta que, con ello, se pueden estar generando altos costos sociales y económicos que debe asumir el Estado, para la obtención de los predios. Es decir, las empresas privadas no tienen los incentivos necesarios para introducir en su análisis, los costos sociales y económicos vinculados con las expropiaciones y reasentamiento de poblaciones afectadas, pues este riesgo es asignado al Estado, a través de los contratos de concesión vigentes, pudiendo determinar trazos de carreteras con un alto nivel de complejidad desde el punto de vista social (alta concentración de la población, presencia de cultivos, negocios, entre otros). Esto generaría dificultades y retrasos en la identificación de los predios y sus propietarios, y su posterior proceso de valuación y

⁶¹ Contraloría General de la República. Op.cit. p. 284.

expropiación; sin mencionar los conflictos sociales que se pueden ocasionar con las poblaciones afectadas.

Por el lado del principal (el Estado), debe señalarse que, si bien este mantiene la potestad de aprobar los estudios definitivos de ingeniería, esta actividad queda limitada por la asimetría de la información, originada porque el concesionario ha sido el encargado de efectuar el análisis de campo, lo que le permite contar con mayor y mejor información. Con ello el Estado ve reducida su capacidad de verificar que el trazo propuesto sea el más adecuado y descartar la existencia de trazos viales alternativos más eficientes.

Asimismo, en el caso de los inversionistas privados, de acuerdo con lo señalado por Jaime Crosby (gerente general de Autopista del Norte), estos estarían dispuestos a asumir mayores responsabilidades y riesgos en lo que corresponde a la gestión predial de los proyectos de inversión, siempre y cuando se les otorgue las herramientas necesarias para evaluar de manera razonable dicho riesgo y cuantificarlo preliminarmente, a fin de decidir su participación en el proyecto de inversión⁶².

1.2 Nivel de los estudios

Conforme con lo señalado en el capítulo III, en el Perú, los proyectos de inversión pública en infraestructura pueden ser otorgados con diferentes niveles de estudios (TDR, estudios de preinversión - factibilidad y EDI), lo que condiciona la posibilidad de tener mayor o menor información respecto de los predios incluidos en el trazo de la vía que será construida.

En opinión de Patricia Benavente (2014), la experiencia peruana ha mostrado que, en los casos donde se entregó la concesión de proyectos de infraestructura con estudios de factibilidad, los costos y los plazos reales de ejecución han diferido de los incluidos en los contratos de concesión, incrementándose el costo económico-financiero, tanto para el Estado, como para el concesionario⁶³. Tal y como fue comprobado en el análisis precedente de los dieciséis contratos de concesión de carreteras existentes en el Perú.

Por su lado, la CGR ha establecido que al momento del diseño del contrato (para algunos casos) no se contaron con los estudios básicos adecuados (de factibilidad, de ingeniería básica, ambiental, geológicos, etc.), generándose incertidumbre y afectando la asignación de riesgos. En

⁶² Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional. Desayuno Empresarial de AFIN: ¿Cómo enfrentar las expropiaciones para cerrar la brecha de infraestructura?. Fecha 24/04/2015.

⁶³ Benavente, Patricia. Evaluando el Modelo de Asociación Público Privado (APP) en Carreteras en el Perú. Presentación OSITRAN para el 4.º Congreso Regional IRF Latinoamericano de Carreteras Perú. 08/09/2014. p.13.

ese sentido, esta entidad opina que, aunque no es fundamental contar con estudios definitivos, se necesita contar con un nivel de estudio suficientemente detallado que permita identificar y asignar adecuadamente los riesgos⁶⁴.

Lo señalado en los párrafos anteriores se ha demostrado también a nivel internacional, conforme a lo indicado en los casos de Chile y Colombia, donde la tendencia actual es entregar las nuevas concesiones, con estudios que contienen una identificación y valorización de los terrenos necesarios para la construcción de la infraestructura.

Una posición contraria es la que sostiene que asumir la elaboración de los EDI hace que el Estado deba afrontar los costos vinculados al riesgo de diseño, los cuales, eventualmente, podrían ser más onerosos que los costos de las expropiaciones⁶⁵. Esta posición podría explicar el cambio normativo incluido en el Decreto Legislativo 1192, que gatilla la identificación de los predios, con estudios a menor nivel de detalle.

Sobre la última opinión, queremos precisar, en primer lugar, que dicha afirmación solo resulta correcta si se toma en cuenta las primeras experiencias del Estado peruano en materia de concesiones viales, en las cuales se incurrieron en diversos errores, no solo en el diseño de la infraestructura vial, sino también en el cálculo de las tarifas, la identificación de predios, entre otros. Sin embargo, pasado doce años, el Estado ha acumulado experiencia en esta materia, por lo que es menos probable que se cometan los mismos errores. Asimismo, opinamos que la posición discutida podría ser válida para infraestructuras que requieren de un *know-how* especializado y donde el Estado no cuente con la experiencia necesaria, como es el caso de los metros subterráneos, donde la experiencia del sector privado es mucho más valiosa.

Un segundo punto se refiere al hecho que, en los primeros años del siglo XXI, el Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP) estaba aún en una fase de desarrollo incipiente, motivo por el cual no es extraño que, a pesar que se trató de contar con estudios definitivos robustos, se presentaron los errores señalados anteriormente.

Asimismo, en tercer lugar, debemos precisar que el riesgo de diseño puede ser controlado de manera contractual, haciendo que los postores participen en la elaboración de los estudios y que

⁶⁴ Contraloría General de la República. Op cit. p.14.

⁶⁵ Granda Sánchez, Karim Cristina. Desayuno - Conferencia: "Modalidades para promover la inversión privada y cerrar las brechas en infraestructura en el país: avances y agenda pendiente". Escuela de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico. Fecha: 11/08/2015.

asuman responsabilidades por su contenido al momento del otorgamiento de la buena pro. En ese sentido, el Estado debe aprovechar la experiencia y los conocimientos del sector privado al momento de efectuar los EDI, tal y como detallaremos más adelante.

Por lo tanto, afirmar que el Estado peruano siempre (o por defecto) elaborará los EDI de manera deficiente no es correcto, pues si esto fuera así, por lógica consecuencia, el Estado tampoco debería supervisar al concesionario para que ejecute los estudios de manera adecuada. En tal sentido, consideramos que la discusión no debe centrarse en la comparación de los costos relacionados con las expropiaciones, frente a los costos vinculados con los posibles errores del diseño, sino más bien en desarrollar un tipo de estudio de ingeniería adecuado, que reduzca ambos riesgos. Asimismo, paralelamente, se deberá modificar el diseño de los contratos para consigar alinear los intereses privados con el interés público.

Por otro lado, es necesario tomar en cuenta que en el Perú no existe norma alguna que define el contenido exacto de un EDI, lo que ha determinado que la elaboración de los expedientes individuales de expropiación – valuación, no hayan sido considerada como parte de los referidos estudios. Así, conforme a lo previsto en diferentes contratos de concesión celebrados por el Estado, los EDI incluyen la realización de dos tipos análisis:

- El estudio de ingeniería de detalle, que determina el trazo final de la obra vial a ejecutar y,
- Los estudios de impacto ambiental (EIA), los cuales incluyen los llamados planes de compensación y reasentamiento involuntario (PACRI). En los PACRI se identifica la población directamente afectada, caracterizándola en los aspectos socioeconómicos, calidad de vida y sus aspiraciones mediante un **censo socioeconómico**, a fin de determinar las pérdidas en la calidad de vida de dichas poblaciones como consecuencia del reasentamiento y los costos necesarios para su reposición⁶⁶, entre otros.

Como excepción a esto, se ha hallado que en dos contratos de concesión (Tramo Vial Chancay - Acos y Tramo Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún), la elaboración de los EDI ha incluido los estudios de afectaciones de los terrenos a ser utilizados para la posterior adquisición/expropiación. En el resto de los casos, luego de la aprobación de los EDI, el MTC ha tenido la necesidad de contratar las consultorías correspondientes para armar dichos expedientes

⁶⁶ Directrices para la Elaboración y Aplicación de Planes de Compensación y Reasentamiento Involuntario para Proyectos de Infraestructura de Transporte (Aprobado por RD N° 007-2004-MTC/16 Acciones del Plan de Compensación y Reasentamiento Involuntario - PACRI).

individuales, conforme a lo previsto en la Directiva 001-2014-VIVIENDA-VMCS-DGPRCS/DC.

Esta última situación, unida a otras circunstancias que se comentarán más adelante, ha originado retrasos importantes en los plazos establecidos en los contratos de concesión para la entrega de los predios. En estos casos, el Estado tuvo que renegociar los contratos de concesión, incrementándose los costos de transacción para ambas partes del contrato. En consecuencia, consideramos necesario contar con un estudio de afectaciones de los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto, antes de su adjudicación, a fin de permitir al Estado tomar acciones oportunas en lo que respecta a la gestión predial y a comprometerse a respetar plazos contractuales adecuados, reduciendo el riesgo de incumplimiento contractual por parte del Estado y evitándose sobrecostos innecesarios.

Esta necesidad de contar con información predial previa, ha sido incluida parcialmente en el Decreto Legislativo 1192, el cual gatilla la elaboración de los expedientes técnicos - legales necesarios para la tasación de los inmuebles, con la declaración de viabilidad del estudio de factibilidad en caso de proyectos cofinanciados y, en el caso de los proyectos clasificados como autosostenibles, con los estudios desarrollados para la etapa de diseño de proyecto⁶⁷.

Con este cambio normativo, el Estado ha decidido asumir los costos relativos a la elaboración de informes técnico-legal, tasaciones, saneamiento y de negociación, sin tener el trazo definitivo del proyecto, pudiendo con ello afectar innecesariamente el derecho de propiedad de los ciudadanos, cuyos terrenos podrían no ser utilizados finalmente en la ejecución de la obra declarada de interés nacional, y, por otro lado, se generaría costos de adquisición de terrenos innecesarios. Este riesgo de sobrecosto es más álgido en obras viales (carreteras o ferrocarriles), debido a que por su extensión, el margen de error puede ser mucho más relevante.

Por lo tanto, si bien el análisis costo - beneficio del Decreto Legislativo 1192 señala que la implementación de este no irroga gastos, ni demandas adicionales al Tesoro Público, consideramos que dicha modificación normativa si podría generar costos para el Estado, al hacer que este incurra en costos de gestión innecesarios para adquirir predios en exceso y, por otra parte, los traslada a los privados que verán afectados sus derechos de propiedad sobre predios no utilizados finalmente en la ejecución de la obra.

⁶⁷ Artículo 16, numeral 16.4.

Por lo expuesto hasta este punto, consideramos que el inicio del proceso de la adquisición de predios debería realizarse cuando se cuente con los EDI⁶⁸, a fin de evitar costos innecesarios al proyecto, disminuir la afectación al derecho de propiedad privada de los ciudadanos (en exceso) y reducir el riesgo de renegociación contractual. Sin embargo, en este punto debemos comentar que, según la opinión de algunos expertos consultados, el hecho de exigir que el Estado cuente con estudios definitivos de ingeniería al momento de licitar un proyecto, puede retrasar el proceso de promoción de la inversión privada, ocasionando demoras no deseadas en la atención de la brecha de infraestructura de nuestro país.

En este punto nos parece importante acudir a la experiencia extranjera estudiada, señalando que, en el caso de Chile y Colombia, la experiencia ha llevado a ambos Estados a evolucionar su sistema de APP, pasando de la suscripción de contratos sobre obras de infraestructura respaldadas en estudios menores (términos de referencia o estudios de factibilidad), a la concesión de obras que (de preferencia), cuentan con estudios definitivos de ingeniería, que le otorgan mayor estabilidad y definición a las obligaciones asumidas (reducción del riesgo de renegociación).

Por otro lado, se ha identificado como una debilidad del Estado peruano, la falta de un planeamiento adecuado, lo que incrementa la asimetría de la información a favor del privado y, por tanto, la existencia de un mayor riesgo moral. Al respecto, cabe señalar que, en el caso de los dos países estudiados, ha sido necesario contar con estudios previos más sólidos, en primer lugar, porque afrontaron un gran número de costosas renegociaciones y retrasos en la ejecución de las obras, y por otro lado, porque los proyectos licitados han dejado de ser autosostenibles, exigiendo por parte del Estado, la asunción de mayores obligaciones. Esto puede explicarse debido a la necesidad que tiene el Estado de efectuar un análisis costo – beneficio más sólido, al momento de decidir si una obra puede o debe ser concesionada o efectuada de manera directa por el Estado (aplicación del comparador público – privado), lo que le permite identificar los costos de transacción que debe asumir, según la decisión que se adopte.

Asimismo, es interesante retomar la experiencia chilena, donde en algunos casos se ha iniciado el procedimiento de concesión con estudios que pueden ser complementados o modificados por estudios posteriores solicitados por los postores inscritos en la etapa de precalificación, los cuales serán pagados por el ganador del concurso. Esta posibilidad le otorga al Estado la

⁶⁸ Según el resultado de la encuesta aplicada, siete personas señalaron que debería ser a nivel de estudios definitivos de ingeniería, mientras que los restantes (cinco), indicaron que debía ser con estudios de preinversión a nivel de factibilidad.

posibilidad de contar con estudios previos a la concesión, que incluyan soluciones más eficientes, como consecuencia de la experiencia o el *know how* de las empresas postoras, que pueden tener más expertise en la provisión de los servicios materia de la licitación pública. Así, se trata de aprovechar los conocimientos o ventajas que pueda ofrecer el sector privado, desde la concepción del propio proyecto; mientras que el Estado podría introducir en la discusión, los costos involucrados en relación a la expropiación de los predios necesarios para la obra.

Por su parte, del caso colombiano se debería tomar en cuenta su práctica en iniciativas privadas, donde antes de iniciar el proceso licitatorio del proyecto se debe contar, entre otros documentos, con estudios vigentes sobre el tema predial.

En tal sentido, teniendo en cuenta que el margen de error podría resultar demasiado relevante, en la determinación del trazo de la infraestructura, sobre todo en proyectos viales, de saneamiento o similares, el Estado debe procurar otorgar las concesiones con la elaboración previa de los EDI. Sin embargo, a fin de evitar que el nivel de los estudios necesarios para la concesión u otorgamiento de obras de infraestructura al sector privado constituya una traba al desarrollo económico del país, consideramos que en casos excepcionales, el Estado podría evaluar la posibilidad de adjudicar un proyecto de inversión, contando con estudios de factibilidad, siempre y cuando estos incluyan obligatoriamente un estudio de ingeniería básica (superior al nivel de anteproyecto actual) y un estudio físico - legal preliminar que establezca los posibles predios afectados por la obra, permitiéndose así ofrecer a los posibles postores, una cuantificación del riesgo expropiatorio que deberán asumir conjuntamente con el Estado. Estos estudios podrían ser mejorados durante el proceso de promoción del proyecto, a través de mecanismos similares a los aplicados en Chile.

2. Problemática en la valuación de predios

En materia de tasación, los problemas identificados son los siguientes:

- a) **Duplicidad de funciones:** mediante la Quinta Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 30264, se otorgó a la Dirección General de Concesiones en Transportes (DGCT) del MTC, por el plazo de tres años, la competencia para realizar las tasaciones de los inmuebles necesarios para la ejecución de los proyectos de infraestructura de transporte, administrados por dicha Dirección General, reemplazando a la Dirección de Construcción (DC) de la

Dirección General de Políticas y Regulación en Construcción y Saneamiento del MVSC⁶⁹. En ese sentido, esta medida está generando duplicidad de funciones dentro del Poder Ejecutivo, lo que determina gastos adicionales para el Estado peruano.

Cabe indicar que la competencia de tasaciones de inmuebles a ser expropiados para ejecutar proyectos viales promovidos por los gobiernos regionales o gobiernos locales, todavía la mantendría la DC, pues solo se ha trasladado la competencia para efectuar las tasaciones de los predios correspondientes a los proyectos de carácter nacional, competencia de la DGCT del MTC. Asimismo, la DC mantiene la competencia de tasación de los bienes inmuebles a expropiar para los proyectos de infraestructura de los otros sectores.

Si bien esta medida buscó eliminar los costos de transacción - en términos de recursos humanos, financieros y de tiempo - generados por la coordinación entre órganos pertenecientes a dos distintas entidades del Poder Ejecutivo (MTC y MVCS), esta modificación no ha solucionado los principales motivos de los retrasos en el procedimiento de tasación, los cuales están más vinculados a la dificultad existente para formular los expedientes técnicos individuales de los predios a expropiar, más que por la falta de coordinación entre el MTC y la DC.

Cabe señalar que la DC cuenta con una experiencia, conocimientos y una base de datos acerca de la valorización de los predios a nivel nacional, la cual es utilizada normalmente por este órgano, para verificar la calidad de las valorizaciones efectuadas por los peritos tasadores y podría servir, en un futuro, como insumo para el cálculo del valor preliminar de los predios a expropiar. La DGCT del MTC no cuenta con este *expertise*, ni con la información antes señalada, por lo que se espera que sus procedimientos sean más lentos y menos confiables que los de la DC, mientras dure el proceso de aprendizaje e implementación de estas nuevas funciones, lo que resulta contradictorio con la política del Estado de acelerar las inversiones.

Por otro lado, es preciso resaltar que, como consecuencia de la Ley 30025, la DC elaboró y viene aplicando directivas que regulan el procedimiento simplificado de valuaciones⁷⁰, para ser utilizado en el caso de adquisiciones y expropiaciones de los bienes inmuebles afectados para la ejecución de obras de infraestructura a través de cualquier modalidad de APP, lo que

⁶⁹ Quinta Disposición Complementaria Transitoria. Procedimiento de tasaciones.

⁷⁰ Directiva N° 001-2014-VIVIENDA-VMCS-DGPRCS/DC.

demuestra la preocupación de este órgano para aminorar los plazos de atención de las valuaciones. En este sentido, conforme a la información proporcionada por el arquitecto Carlos Maldonado, Director de la DC, gracias a la expedición de estas normas la DC pasó de atender 4.292 valuaciones en el año 2014 a 6.141 valuaciones, entre enero y junio de 2015. Sin embargo, lamentablemente, con el dictado de la Ley 30264, el Estado peruano está desaprovechando la eficiencia lograda por la DC, así como sus esfuerzos en términos de recursos financieros y de tiempo para la formulación de las Directivas y su aplicación.

- b) Plazo para la elaboración de los expedientes de tasación:** el Decreto Legislativo 1192 establece un plazo de cuatro meses a efectos de preparar los expedientes necesarios para la tasación de los bienes requeridos para ejecutar una APP. Asimismo, se establece un plazo de dos meses para efectuar la tasación de los bienes identificados.

Es preciso señalar que la exposición de motivos del citado Decreto Legislativo (así como la de su predecesora, la Ley 30327), no indicó los criterios utilizados para calcular los plazos antes indicados, por lo que consideramos que existe el peligro que dichos plazos sean insuficientes para cumplir con los encargos otorgados, más aun teniendo en cuenta que, cuando se trata de una obra vial de gran envergadura, la elaboración de los expedientes y la tasación de los inmuebles se realiza para un número considerable de predios.

Asimismo, debemos indicar que, a fin de efectuar los expedientes de tasación, actualmente, el MTC, PROVIAS Nacional y la Autoridad Autónoma del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao (AATE), tienen la necesidad de contratar consultorías especializadas que incluyen el estudio de títulos y el trabajo de campo, que determinen la exactitud de la información registral. Según las indagaciones efectuadas, actualmente, este procedimiento puede demorar más de los cuatro meses otorgados en el Decreto Legislativo, debido a demoras involuntarias ocasionadas por procesos de contratación de consultores, la realización de observaciones a los productos presentados por estos y a los plazos registrales para obtener los certificados de búsqueda registral, y demás documentos registrales y municipales, requeridos en la Directiva 001-2014-VIVIENDA-VMCS-DGPRCS/DC. Estas dificultades de índole administrativa no las afrontarían los concesionarios, en el caso de tener bajo su responsabilidad esta acción.

- c) Recursos humanos:** el MTC no cuenta con los profesionales con el *expertise* necesario para efectuar la valuación de predios, a diferencia del personal de la DC del MVCS, los cuales

vienen realizando este trabajo hace varios años. Este déficit de profesionales determina que la DGCT del MTC afronte serias dificultades al momento de cumplir con su nueva competencia, teniendo que enfrentar costos de aprendizaje, de capacitación y de contratación de profesionales necesarios para efectuar las nuevas labores encomendadas.

Por otro lado, cabe advertir que pese a que la competencia ha sido trasladada al MTC, las tasaciones comerciales para tener validez, deben ser efectuadas por peritos acreditados ante la DC del MVCS. Sin embargo, existe un número limitado de profesionales expertos en tasaciones. De la información obtenida, la DC cuenta aproximadamente con 260 tasadores para afrontar alrededor 9.000 predios en proceso de tasación, solicitados por PROVIAS Nacional, sin contar con los otros proyectos a cargo de otras entidades⁷¹.

Finalmente, cabe indicar que otro problema que debe afrontar el MTC, en relación a la contratación de los recursos humanos requeridos para dichas labores, está relacionada con la inexistencia de un procedimiento especial que permita la contratación eficiente de los peritos acreditados ante la DC, sin caer en supuestos de fraccionamiento, sancionados por la normativa de contrataciones del Estado.

- d) Falta de imparcialidad:** otra crítica a la transferencia de las funciones de tasación, a favor del MTC con la Ley 30264, está vinculada al hecho que la entidad interesada (concedente) y la que realiza la tasación del inmueble por expropiar es la misma, es decir, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Cabe señalar que la actuación de la DC brindaba un tamiz técnico en el proceso de tasación - ya que su valuación afectaba al presupuesto de otra entidad - dándole imparcialidad, por no tener conflicto de intereses. Esto otorgaba al ciudadano mayores garantías para obtener una valuación comercial de su inmueble, acorde con las condiciones del mercado. Esta preocupación ha sido tomada en cuenta en Chile y Colombia donde la valuación de los predios cuenta con la participación del sector privado para asegurar una determinación objetiva y justa del valor del bien⁷².

Debemos agregar que al carecer de la experiencia necesaria y al no tener una base de datos para verificar los resultados obtenidos de las tasaciones, existe el riesgo que las valuaciones de la Dirección General de Concesiones Transportes tengan un margen de error mayor,

⁷¹ Dirección General de Concesiones en Transportes. Informe 1152-2014-MTC/25. 29/10/2014. p. 2.

⁷² En Chile, la valuación es realizada por una comisión tasadora conformada por tres miembros, de los cuales solo un miembro pertenece al Estado, el mismo que no puede provenir del MOP. Por su parte, en Colombia, los concesionarios tienen entre sus funciones, contratar a una empresa especializada para elaborar avalúos comerciales corporativos antes de iniciar la adquisición de los predios.

respecto a las efectuadas por la DC, lo que puede generar problemas desde la etapa de adquisición directa de los predios (trato directo), para alcanzar un acuerdo con los dueños.

- e) **Determinación del lucro cesante y el daño emergente:** desde el punto de vista técnico es preciso indicar que la valorización de los rubros daño emergente y lucro cesante tiene un impacto negativo en los plazos, tanto para la elaboración de los expedientes individuales para tasación, como para los informes valuatorios, debido a la complejidad de su cálculo.

Esta demora se debe a que la DC no ha desarrollado de manera clara cuáles son los documentos que deben presentarse para acreditar o calcular el monto de lucro cesante y/o de daño emergente que le puede corresponder a cada afectado. Esta dificultad se incrementa si se tiene en consideración que muchas veces son los propios afectados, quienes no quieren (o no pueden debido a la existencia de un mercado informal en el Perú) presentar la información necesaria, a fin de conseguir una indemnización justipreciada más elevada. Asimismo, la DGCT del MTC (o la entidad que tenga a su cargo realizar la tasación), tendrá limitaciones para contrastar la veracidad y corrección de la información presentada debido a la inexistencia de medios de consulta habilitados (información incompleta).

Como resultado de esta situación, en numerosas tasaciones efectuadas a partir de la vigencia de la Ley 30025, no han considerado el monto correspondiente al lucro cesante y al daño emergente, con la única justificación que estos no han sido comprobados. Esta omisión resulta, particularmente, grave en el caso de empresas industriales o de servicios, en las que el valor del terreno es prácticamente residual, frente a los costos que implica el traslado a una ubicación. Esto ha generado que sean pocas las empresas privadas que estén dispuestas a aceptar la compra a través del trato directo. Todas estas falencias institucionales vienen determinando que el Estado peruano incurra en mayores costos para realizar la valorización de los predios. Asimismo, esta situación dificulta también el cálculo de un valor adecuado y creíble, que reduzca los costos y el tiempo de negociación con los dueños de los predios.

Por lo tanto, estas limitantes impiden contar con una valuación preliminar, la cual permitiría a los concesionarios calcular el riesgo vinculado con las expropiaciones (riesgo de valor) a fin de tomar la decisión de aceptar o no desarrollar la gestión predial y, por lo tanto, participar en la licitación de los proyectos.

3. Problemática en la adquisición de predios

La mayor limitación hallada está en la tramitación de los procesos de expropiación que, en muchos casos, puede durar varios años. En ese sentido, dicho problema trató de ser solucionado a través de la expedición de la Ley 30025, que promovía el uso de la vía arbitral como medio procedimental más eficiente. Sin embargo, dicha eficiencia no pudo ser comprobada debido las dificultades para agotar las fases previas (identificación de predios y tasación), por lo que a través del Decreto Legislativo 1192 se establecieron diversos procedimientos y plazos, destinados a asegurar el cumplimiento de dichas fases en periodos de tiempo más cortos.

3.1 Trato directo

Si se recuerda la Teoría de Coase, se puede señalar que el trato directo es el mecanismo más eficiente para obtener la propiedad de los predios afectados. Esta afirmación es confirmada, además, por los resultados del cuestionario aplicado para la realización de este trabajo, siendo que 9 de los 12 encuestados consideraron que el trato directo siempre será la práctica más eficiente al momento de adquirir los predios (anexo 1). Asimismo, en la práctica, conforme a la información recibida de PROVIAS NACIONAL⁷³, en el caso de obras viales, la adquisición de la mayor parte de los predios ha sido realizada a través del procedimiento de trato directo.

En ese sentido, la negociación directa entre el Estado y los afectados siempre generará mayores beneficios para ambas partes, en términos de tiempo y costos relacionados con los procesos a ser aplicados, que los obtenidos a través de la intervención de los órganos jurisdiccionales (juez o tribunal arbitral). Con la expedición del Decreto Legislativo 1192, se ha dispuesto que el procedimiento de trato directo se desarrolle desde la identificación de los predios hasta quince días hábiles después de haber recibido la carta de intención de adquisición del sujeto activo. Con esta medida se busca corregir un grave error cometido con la Ley 30327, según la cual el trato directo solo podía ser efectuado bajo el amparo de la Ley 27628⁷⁴ y a condición de obtener la posesión del predio antes de la expedición de la resolución ministerial que iniciaba la ejecución de la expropiación. En ese sentido, teniendo en cuenta que dicha resolución ministerial aprobaba el valor de la tasación, limitaba la posibilidad de que el Estado pueda realizar una negociación eficiente, debido a no contar con un elemento fundamental para ello: el precio.

⁷³ Unidad Gerencial de Derecho de Vía de PROVÍAS Nacional. *Memorando 1808-2015-MTC/20.15.2015*.

⁷⁴ Ley que facilita la ejecución de Obras Públicas Viales.

Sin perjuicio de ello, es preciso advertir que si bien el plazo para efectuar el trato directo es aparentemente prolongado con la norma actual, en la práctica, el Estado cuenta con el valor de la tasación, solo durante los últimos 25 días de dicho período, lo que puede limitar las posibilidades de arribar a un acuerdo satisfactorio para las partes⁷⁵.

Por lo expuesto, nuestra propuesta en este extremo sería repotenciar el trato directo, como el mecanismo más eficiente para obtener los predios necesarios para la ejecución de obras de gran envergadura. Para tales efectos, siguiendo la experiencia internacional estudiada, es preciso señalar que tanto Chile como Colombia encargan el trato directo a los concesionarios, debido a que han comprobado que esta parte contractual se encuentra mejor preparada y tiene mayores incentivos para realizar de manera más eficiente y más rápida dicha tarea.

En el caso peruano, esta disponibilidad o aceptación ha sido comprobada entre los principales actores del proceso de inversión privada, quienes han señalado que el inversionista estaría dispuesto a hacerse cargo de las labores propias de la gestión predial, siempre y cuando el riesgo pueda ser acotado o medido de manera confiable. Para ello se necesita que el Estado se encuentre en la capacidad de calcular el costo de los predios por expropiar antes y durante la licitación del proyecto, lo que implica la identificación y la valuación preliminar de los terrenos, aprovechando herramientas que podría tener disponibles el Estado (como la base de datos de la DC o el catastro, en caso que este último se encuentre actualizado).

Es preciso agregar que sobre este tema los encuestados anotaron que las principales razones para encargar la gestión predial al concesionario son: el mayor interés de realizar la gestión predial con celeridad, la mayor flexibilidad para la contratación de profesionales especialistas y la mayor celeridad en el pago del justiprecio a favor de los propietarios. Por otro lado, dentro de las principales desventajas se anotaron: la generación de mayores expectativas económicas en la población afectada, la oposición de la población (desconfianza) y la falta de incentivos para asumir y efectuar eficientemente estas tareas. Consideramos que estas desventajas pueden ser superadas con el tiempo, si se demuestra la eficiencia del procedimiento a cargo del concesionario.

Para potenciar el Trato Directo en el caso peruano, se propone seguir el ejemplo de Colombia y Chile, respecto a los siguientes temas:

⁷⁵ Ver numerales 20.2 y 20.3 del artículo 20 del Decreto Legislativo 1192.

- Si el costo de las expropiaciones excede el monto preliminar calculado por el Estado, dicho sobrecosto deberá ser compartido entre el Estado y el privado, en porcentajes que podrían ser negociados como parte del contrato de concesión. No obstante, en caso que el Estado no pueda asumir el sobrecosto originado por razones presupuestales y técnicas, el concesionario siempre podrá efectuar un análisis costo beneficio, permitiéndole asumir dicho monto por su cuenta y riesgo, en aras de facilitar y acelerar la ejecución de las obras.
- A fin de incentivar que el concesionario negocie de manera eficiente con los propietarios, se propone que el Estado le ofrezca como recompensa un porcentaje del monto ahorrado al Estado en la adquisición de los predios; si y solo si, el mayor porcentaje de la adquisición de los predios se realiza por trato directo. La determinación de estos porcentajes podrá ser parte de la negociación que se realice durante la licitación de la concesión.
- El contrato de concesión deberá incluir de manera detallada las responsabilidades y acciones mínimas que deberá realizar el inversionista privado (en un anexo o apéndice), a efectos de culminar con éxito la etapa del trato directo, así como las obligaciones del Estado para coadyuvar en el cumplimiento de dicho objetivo.

Con estas tres propuestas se busca reducir el riesgo moral existente entre el Estado y el privado, creando los incentivos y las herramientas necesarias para que puedan efectuar un trabajo en equipo, en aras de una mayor eficiencia en la adquisición de los predios necesarios. Asimismo, contando con las reglas claras, el concedente cuenta con las herramientas adecuadas para supervisar a la empresa privada.

Por lo tanto, la suma de los incentivos señalados promoverían el cumplimiento del contrato por parte de los privados; asimismo, las reglas claras reducirían los costos de supervisión por parte del Estado, determinando que sea más eficiente que los concesionarios tengan a su cargo la adquisición de predios (trato directo), que mantener dicha actividad en el Estado. Cabe señalar que los privados tendrían mayores incentivos de invertir su tiempo y sus recursos para obtener los predios más rápidamente, ya que esto determina menores gastos generales y el cumplimiento de hitos en los contratos, vinculados al cobro de tarifas.

Asimismo, con la finalidad de asegurar el éxito del trato directo a cargo del concesionario, se propone que el Estado realice un plan de comunicación del proyecto (talleres informativos, campañas, etc.) dirigido a los pobladores posiblemente afectados, para reducir la desconfianza en el inversionista privado e informar sobre el proyecto y sus beneficios.

Sin embargo, en nuestra opinión, con las condiciones actuales dadas por Decreto Legislativo 1192, los concesionarios no tendrían los incentivos suficientes para asumir la actividad de adquisición de predios, debido a: (i). Por un lado, el presupuesto para la adquisición y expropiación de predios que se incluiría en las bases de la licitación estaría basado en los predios identificados en los estudios de factibilidad (en el caso de los proyectos cofinanciados) o con los estudios desarrollados (en el caso de los proyectos autosostenibles), con los defectos antes analizados, situación que reduce la capacidad de las empresas para calcular de manera apropiada sus riesgos; (ii). Por otro lado, la duración de la etapa de trato directo (contando con el precio) es corta, lo que limita la capacidad de las empresas de llegar a un acuerdo satisfactorio con los propietarios afectados y, (iii). Si no es exitoso el trato directo, se da paso a un procedimiento (expropiación) que resulta especialmente gravoso para los propietarios y podría restar su interés de participar, pues esto se puede asociar con situaciones consideradas como abusivas (desalojos), afectando la imagen corporativa y la ejecución del proyecto.

Finalmente, a manera de reflexión, es interesante señalar que una de las mayores virtudes de la Ley 27628 fue la libertad que otorgaba al Estado para realizar la negociación con el afectado. En ese sentido, para la ejecución del trato directo regulado en la citada Ley, no era preciso el cumplimiento previo de plazos o requisitos determinados. Esta cualidad facilitaba la negociación, pues el Estado quedaba relativamente libre para llevar el proceso de negociación, de acuerdo con los intereses y requerimientos de su contraparte. Sin embargo, si bien esta libertad negociadora del Estado es positiva para los efectos mencionados, la demora en los procesos vinculados a esta actividad (como las tasaciones o el saneamiento físico – legal de los bienes), generó que el cierre definitivo del trato directo pueda alargarse por mucho tiempo, poniendo en riesgo la eficacia del pacto original. Esta situación afectó la imagen del trato directo como un mecanismo eficiente, no solo ante el propio Estado, sino lo que es más preocupante, ante los terceros afectados, que pueden llegar a sentir que el Estado los ha estafado debido a la demora en el pago final del justiprecio.

Como respuesta del Estado ante estas demoras, el Decreto Legislativo 1192 introdujo los plazos mencionados y, adicionalmente, estableció el concepto del valor estimado del inmueble, monto calculado por un perito adicional contratado para dicho fin, considerando solo el valor del predio y sus mejoras. Sin embargo, es preciso resaltar que esta figura no es determinante para permitir el inicio de las obras de infraestructura, debido a que, en algunos de los contratos de concesión vigentes, como el caso de la Línea 2 del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, se ha previsto como condición previa al inicio de la ejecución de las obras, la

necesidad de contar con los predios “debidamente saneados”, lo que no es solucionado con el otorgamiento de la posesión anticipada, pues exige al Estado tener registrada la propiedad a su nombre, libre de cargas y gravámenes y sin la existencia de interferencias.

3.2 Etapa expropiatoria

Esta etapa se inicia ante el fracaso del trato directo, es decir, debido a la negativa del sujeto pasivo a transferir la propiedad del bien, al valor determinado por la tasación. En ese escenario, se iniciaba un proceso arbitral o, residualmente un proceso judicial, el cual podía demorar, incluso, algunos años, en el caso del Poder Judicial.

Para disminuir el impacto de esta demora, con la expedición de la Ley 30327 y del Decreto Legislativo 1192, se introdujo en el Perú una figura similar a la expropiación administrativa de Colombia. En ese sentido, una vez producida la negativa del sujeto pasivo, el Estado emite una resolución ministerial (o la norma que corresponda según el nivel de gobierno) que daba inicio al proceso de expropiación. Dicha norma aprueba el valor de la tasación, ordena su consignación a favor del sujeto pasivo y establece el plazo de 30 días para que el sujeto pasivo cumpla con desalojar el bien, bajo apercibimiento de ser lanzado a través de un proceso de ejecución coactiva. Asimismo, la referida norma otorga un plazo de siete días a la SUNARP para inscribir el predio a nombre del Estado, sin perjuicio del proceso judicial o arbitral que se interponga posteriormente, para reclamar solo el valor de la propiedad.

Si bien el modelo propuesto es similar al colombiano, es preciso señalar que en el caso específico de dicho país su Constitución Política ha recogido la existencia de esta figura, reconociéndola como un procedimiento especialmente gravoso para el derecho de propiedad, que debe ser aplicado únicamente en casos de urgencia y previa autorización por ley. Por su parte, en el caso peruano, la Constitución Política señala que la expropiación solo puede efectuarse por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley y previo pago en efectivo de una **indemnización justipreciada** que incluya compensación por el eventual perjuicio, existiendo acción ante el Poder Judicial para contestar el **valor** señalado por el Estado.

En ese sentido, vemos que la Constitución peruana ha previsto que para efectuar una expropiación, es preciso que el Estado haga el pago efectivo de la indemnización justipreciada, la cual es distinta a la tasación calculada arbitrariamente por el Estado y que puede, incluso, ser

cuestionado antes de llegar a ser considerado como un justiprecio⁷⁶. Por lo expuesto, en nuestra opinión, la constitucionalidad del proceso expropiatorio previsto en el Decreto Legislativo 1192 podría ser cuestionada en un futuro, toda vez que priva al sujeto pasivo de su propiedad, basándose en el pago previo de un valor calculado por el Estado y que no cuenta con el consentimiento del afectado, ni es producto de una resolución judicial/arbitral, dejando por lo tanto de ser una retribución justa (justiprecio).

La determinación arbitraria del valor de la expropiación, sin contar con un acuerdo o una decisión arbitral o judicial antes de efectuar la transferencia efectiva de la propiedad, en nuestra opinión, genera una desprotección excesiva al derecho de propiedad, la que puede determinar efectos negativos para la seguridad jurídica y al sistema económico del país. En ese orden de ideas, esta norma también puede prestarse a una utilización abusiva del derecho, lo que podría desencadenar graves conflictos sociales y generar un rechazo masivo al proyecto de inversión a ser efectuado, pudiendo incluso paralizarlo.

Por otro lado, respecto a la orden de inscripción, debemos señalar que luego de evaluar los innumerables problemas que debe sortear Registros Públicos para proceder con la inscripción de un inmueble a favor del Estado (existencia de duplicidades registrales, superposiciones de terrenos, etc.), consideramos que el plazo incorporado por el Decreto Legislativo 1192 (siete días) resulta muy limitado, pudiendo generar inseguridad jurídica y graves afectaciones al derecho de propiedad, en caso que ese plazo no permita la evaluación adecuada del derecho de propiedad a ser transferido a favor del Estado⁷⁷.

En consecuencia, se propone modificar la regulación de esta etapa, señalando que la transferencia de propiedad a favor del Estado se produzca solo cuando exista un acuerdo o una decisión final de una autoridad jurisdiccional acerca de la adecuación del justiprecio a ser pagado por el Estado. Mientras tanto, podría repotenciarse la figura de la posesión precatoria, señalando legislativamente que esta le otorga al bien la calidad de “saneado”, para efectos de la construcción del proyecto que corresponda, por parte del inversionista privado.

Asimismo, es interesante analizar el planteamiento de Gonzalo Prialé que consiste en permitir al Estado expropiar un porcentaje de terrenos adicional, y, con ello, reducir la demora en las expropiaciones producto de las dificultades en la identificación de los predios (por no contar con

⁷⁶ Es preciso indicar que esta diferenciación entre el valor referencial y el justiprecio es aceptada también en la legislación y jurisprudencia de Chile y Colombia.

⁷⁷ Esta problemática será analizada con mayor detenimiento más adelante.

estudios definitivos)⁷⁸. Sin embargo, esta propuesta no toma en cuenta las consecuencias legales que afrontarían los funcionarios públicos por adquirir predios innecesarios, malgastando los recursos limitados del Estado. Además, se debe sumar que la acción de expropiar un bien solamente está justificada si dicha afectación es por un bien mayor, la construcción de una infraestructura de bien público. La posición del Sr. Prialé se basa en el supuesto que considera que el daño (los costos) de comprar excesivamente, es menor a los costos generados por la demora en la identificación adecuada y la posterior compra de los terrenos; sin embargo, como ya se explicó, esto se podría aminorar garantizando un nivel mínimo de estudios.

Finalmente, cabe precisar que conforme al Decreto Legislativo 1210, el procedimiento de expropiación previsto en el Decreto Legislativo 1192 no es aplicable a tierras y territorios de pueblos indígenas u originarios, ni en áreas de reserva territorial o de reserva indígena.

3.3 Saneamiento físico legal de los predios afectados

De acuerdo con lo informado por la Oficina de Patrimonio de la Oficina General de Administración del MTC, PROVIAS Nacional y la AATE, estas dependencias afrontan dificultades en la obtención de los documentos requeridos para formular los expedientes técnicos de los bienes inmuebles materia de tasación, debido a la necesidad de realizar procedimientos adicionales, vinculados a los problemas de informalidad existente en el sistema de protección de los derechos de propiedad en el Perú.

En tal sentido, al momento de inscribir el predio a nombre del Estado (incluso luego de la tasación y del pago definitivo del bien), se pueden generar diversos problemas registrales, derivados de la inexactitud de la información a cargo de las oficinas registrales y del sistema nacional integrado de catastro, los cuales se pueden encontrar relacionados, entre otros, a los siguientes factores:

- La existencia de un registro predial declarativo, en el que el dato del propietario registral puede no encontrarse actualizado, debido a que no es obligatorio el registro del bien para la constitución del derecho de propiedad. En este sentido, son innumerables los problemas que debe enfrentar el Estado al momento de identificar de manera fehaciente al sujeto pasivo de un proceso de expropiación.

⁷⁸ Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional. Op. Cit. El Sr. Gonzalo Prialé es Presidente de AFIN.

Los predios que serán afectados por un procedimiento de expropiación pueden encontrarse inscritos a nombre de un titular registral hace varios años, pero es común que con el transcurso del tiempo, dichos predios hayan sido transferidos por el propietario, a su libre voluntad, a través de transferencias posteriores a diferentes personas. Algunos de estos nuevos propietarios pueden contar con los documentos que acreditan su derecho; sin embargo, en otros casos, al haberse realizado sucesivas transferencias, los nuevos titulares no cuentan con los documentos que acrediten el tracto sucesivo, generándose un problema para el saneamiento físico – legal del bien, por lo que se deben realizar procedimientos administrativos de regularización de la propiedad predial, vía prescripción adquisitiva de dominio⁷⁹ y la conciliación. A lo anteriormente descrito, debe agregarse los casos de transferencias prediales fraudulentas, en las que un comprador de buena fe, puede haber pagado por el bien a una persona distinta a su legítimo propietario o casos similares.

Los problemas antes señalados, ocasionaban que los procesos de expropiación se dilaten, incluso por años, debido a que la normativa solo permitía la expropiación al propietario registral del bien o, en su defecto, al poseedor del mismo durante más de diez años. Ante esta problemática, el Decreto Legislativo 1192 ha previsto la posibilidad de efectuar la expropiación a personas distintas al propietario registral, siempre que se acredite el tracto sucesivo del derecho de propiedad, a través del procedimiento especial establecido en el artículo 7.

- Por otro lado, la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1192 ha previsto que con la inscripción de la adquisición o expropiación del bien, el registrador debe levantar las cargas o gravámenes existentes contra el predio, bajo responsabilidad; agregando que los acreedores afectados pueden cobrar sus derechos del valor de la tasación cancelado al sujeto pasivo. Sin embargo, el artículo 41.4 del Decreto Legislativo 1192, señala que cuando se trata de inmuebles del Estado que presentan cargas o gravámenes, la entidad estatal propietaria debe solicitar la sustitución de la carga o gravamen, ofreciendo una garantía, lo cual debe ser aceptado por el juez.

De esta manera, se puede observar que la norma dispone un trato diferenciado a los derechos de garantía, según la calidad del propietario del bien. En tal sentido, cuando el obligado del derecho de garantía es el Estado, se otorga mayor protección a los derechos de

⁷⁹ La misma que exige la posibilidad de probar la existencia de una posesión continua, pacífica, pública y como dueño durante 10 años.

terceros, que cuando el propietario es un particular. Consideramos que esta diferencia tiene por objeto evitar problemas o reclamaciones posteriores en contra del Estado. Sin embargo, cuando los problemas pueden surgir entre privados, la norma desprotege los derechos de garantía y traslada los costos de solucionar dichos impases a los privados. De esta manera, el Estado incumple su deber de garantizar el respeto por el derecho de propiedad y derechos anexos al mismo, generando un régimen diferente al colombiano⁸⁰. Este cambio normativo no es eficiente económicamente porque los costos vinculados por el inadecuado funcionamiento institucional son trasladados al sector privado, pero no son eliminados.

- La existencia de una información catastral inadecuada e imprecisa. Pese a las bondades del sistema de catastro, anotadas en el capítulo IV, Jorge Beltrán Pacheco⁸¹ añade que en el caso del Perú existe un grave problema con el catastro, al punto que se verifican innumerables casos de duplicidad del registro, así como casos de inscripción de bienes inexistentes, entre otros. Esto, sin contar que existen zonas del territorio nacional que aún no han sido objeto de un tratamiento catastral o que, habiendo sido objeto del mismo, la información recogida es incompleta o no está actualizada.

Según lo anotado por Mejorada Chauca⁸² muchos casos de duplicidad registral ocurren por acción criminal de organizaciones mafiosas; sin embargo, la mayoría de las situaciones de este tipo se producen debido a la antigüedad e imprecisión de la información (sobre todo gráfica) de los títulos inscritos y la inexistencia de un catastro o plano general de todos los inmuebles del país, el cual debería ser resultado de un trabajo de verificación minucioso de la realidad social del país y de la información registral. La única manera de ponerse a salvo de una eventual duplicidad registral, al momento de contratar con quien aparece en el registro como dueño, es verificando la posesión efectiva del supuesto propietario y de sus predecesores, la que debe ser por un período no menor a diez años y de forma continua, pacífica, pública y como dueño.

La verificación señalada en el párrafo precedente resulta sumamente onerosa en el caso de los proyectos de gran envergadura, debido al tamaño o a la cantidad de los predios involucrados, sin contar con los problemas que puede tener que afrontar el Estado, debido a la oposición de la población, que no siempre está dispuesta a cooperar en el levantamiento de la información que se requiere para la identificación de los predios.

⁸⁰ Artículo 26 de la Ley 1682.

⁸¹ Beltrán Pacheco. Op.cit.

⁸² Mejorada Chauca, Martín. *Duplicidad de Partidas y Posesión*. En: Blogs Gestión.pe. <http://goo.gl/14Y9aK>

- Otra limitante identificada está relacionada con la aplicación de diferentes métodos de georreferenciación (coordenadas UTM en WGS 84 y coordenadas determinadas por PSAD 56), lo que contribuye a la existencia de las duplicidades registrales. Así, si bien el sistema de coordenadas UTM en WGS 84 es el método oficial de identificación, en los Registros Públicos (y en el catastro de las municipalidades), aún existe información registrada en coordenadas PSAD 56, lo cual genera diferencias de medición al momento de efectuar la conversión de un sistema a otro⁸³.

En ese sentido, PROVIAS Nacional ha encontrado que los títulos archivados de los predios por expropiar, no guardan coincidencia con los datos técnicos obtenidos del levantamiento físico o que, registralmente, los predios necesarios se superponen con otros predios aledaños. Estos problemas se originan porque no existe información suficiente para la georreferenciación y/o determinación del perímetro del predio, al no tener coordenadas UTM adecuadas, no contar con planos en los títulos archivados o que los planos no cuenten con la información técnica necesaria.

- Por otro lado, según el Consejo Nacional de la Competitividad, un problema es la falta de acceso a la información predial que se encuentra en poder de diversas entidades estatales como son la SUNARP, la SBN, COFOPRI, las municipalidades, entre otras, que enfrenta tanto el concesionario como el concedente⁸⁴.
- Otro problema está relacionado con la demora de la Oficina de Catastro de la SUNARP, en emitir los informes técnicos catastrales, correspondientes al artículo 11 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de la SUNARP.

Si bien se ha pretendido corregir esta situación desde la expedición de la Ley 30230, la cual pone un plazo perentorio de diez días hábiles a la SUNARP para proporcionar la información registral y catastral requerida para los procedimientos de saneamiento físico – legal, bajo responsabilidad; debemos resaltar que el problema de demora no obedece únicamente a un tema de plazos por ineficiencia o demoras burocráticas, sino que se refiere a problemas estructurales de dicha entidad, relacionados a aspectos como: falta de personal, falta de presupuesto, existencia de información incompleta o desactualizada, falta de procedimientos adecuados, entre otros.

⁸³ PROVIAS Nacional. Informe 017-2014-MTC/20.6.3/SOV. 28/10/2014. p. 2 - 3.

⁸⁴ Consejo Nacional de la Competitividad. *Plan de acción para mejorar los procesos de saneamiento físico legal de predios para la inversión*. Perú. 2013.

En tal sentido, según lo anotado por el Consejo Nacional para la Competitividad⁸⁵, los procedimientos de inscripción y consulta ante la SUNARP se tornan engorrosos, debido a que no existe un procedimiento especialmente diseñado para atender el saneamiento físico legal y la inscripción de obras de gran envergadura, lo que ocasiona la necesidad que las entidades involucradas presenten incontables expedientes relacionados a la misma obra, perdiéndose así el sentido de unidad del proyecto, generando el riesgo que se produzcan más observaciones registrales, debido a la participación de más de un registrador público que aplica su criterio propio en cada uno de los casos.

- Finalmente, conforme se ha señalado, las expropiaciones no pueden ser efectuadas contra personas que no pueden acreditar su derecho de propiedad, lo que deja fuera de este procedimiento a los poseedores de buena fe que tienen un período de permanencia menor en el predio. Esta situación es muy común en áreas como los asentamientos humanos, donde se encuentran numerosos pobladores que no pueden probar su posesión por más de diez años, constituyendo así un problema serio para la ejecución de los proyectos de inversión pública, ya que no existe un procedimiento general, regulado para estos casos.

Una experiencia positiva, en este extremo ha sido el del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, en el que se reguló por la Ley 29836⁸⁶, la posibilidad de efectuar la reubicación de este tipo de moradores, autorizando expresamente al Estado a pagar una indemnización asistida, destinada a comprar o construir viviendas alternativas a favor de dicha población, para su reubicación efectiva, evitando la existencia de un conflicto social.

Los problemas señalados describen instituciones que no cumplen con su función de definir, ni defender adecuadamente los derechos de propiedad, incrementando, con ello, los costos de transacción en tiempo, esfuerzo y dinero para buscar información relevante sobre los predios. Esto viene determinando que el trabajo de campo realizado por el Estado o por el concesionario (según sea el caso), sea predio por predio, haciéndolo más oneroso y generando retrasos. Por otro lado, las dificultades se incrementan cuando los propietarios afectados no están dispuestos a dar facilidades, no viven en el predio o el mismo está arrendado, situación que imposibilita el ingreso a dichos predios a fin de levantar la información técnica y legal requerida para la elaboración del expediente individual de tasación.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ Ley N° 29836, Ley que declara de necesidad pública la expropiación de inmuebles adyacentes al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (Publicada el 10 de febrero de 2012)

Con la finalidad de reducir estos problemas, se propone la actualización del sistema catastral a nivel nacional. Al respecto, vale la pena resaltar la experiencia del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) en Colombia, que es la entidad encargada de elaborar el catastro nacional de la propiedad inmueble. Dicho instituto, entre los años 2002 y 2010, actualizó el catastro de 977 municipios (88,74% del total) y verificó un total de 8,8 millones de predios que representan el 94,75% de la base catastral del IGAC al 1 de enero de 2010. Esto determinó que el avalúo rural se incrementará en 190,1% y el avalúo urbano en 154,4%, aumentando los ingresos de los entes territoriales por concepto del cobro del impuesto predial y las transacciones inmobiliarias⁸⁷. Esta experiencia nos demuestra que la actualización del catastro es una propuesta de largo plazo, pero que generaría grandes beneficios al Perú, siendo un pilar fundamental para garantizar el desarrollo sostenible de nuestro país, aumentando la institucionalidad del derecho de propiedad y, por tanto, la confianza de los inversionistas privados.

Asimismo, el levantamiento del catastro debería incluir no solo la información de los inmuebles, sino también se debería procurar el levantamiento de la información acerca de las redes de servicios públicos, a efectos de permitir la existencia de una base de datos centralizada que permita a los inversionistas, o al mismo Estado, obtener información relevante desde la etapa de planificación de los proyectos de inversión, con el objetivo de diseñar las estrategias o medidas destinadas para obtener la liberación o adquisición de los predios necesarios.

Por su parte, como un incentivo para avanzar en este extremo, el Ministerio de Economía y Finanzas podría lanzar un Programa de Apoyo Técnico a las municipalidades a nivel nacional, destinado a facilitar la construcción y actualización del catastro nacional en coordinación con las entidades involucradas (SUNARP, COFOPRI, etc.), priorizando a las municipalidades donde el MTC haya identificado la existencia de proyectos de inversión en carreteras.

Finalmente, resulta necesaria la expedición de una norma que, replicando los aspectos positivos de la experiencia del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, permita la existencia de un procedimiento destinado a permitir la reubicación de los poseedores precarios de los predios requeridos por los proyectos de gran envergadura. No obstante, dicho proyecto normativo deberá regular medidas destinadas a identificar oportunamente a los beneficiarios de dichas medidas, a efectos de eliminar casos de oportunismo o fraude en contra del Estado peruano.

⁸⁷ Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Informe de Gestión 2002 - 2010. 2010. p. 10.

4. Problemática del diseño institucional

Analizando la participación de PROINVERSIÓN, podemos concluir que esta termina una vez que el proyecto de inversión es adjudicado y se firma el contrato de APP. Es decir, PROINVERSIÓN no tiene ninguna participación, ni responsabilidad, en la etapa de ejecución contractual. En tal sentido, PROINVERSIÓN no asume las consecuencias de los riesgos asignados al Estado en el contrato de concesión, lo que incluye (entre otras cosas) los plazos para efectuar las expropiaciones y entregar los bienes al inversionista privado. De esta manera, los problemas que podrían ocasionarse como consecuencia de la negociación previa a la firma del contrato, se trasladan a la entidad pública concedente y a OSITRAN.

En consecuencia, PROINVERSIÓN carece de los incentivos necesarios para asegurar que, durante la negociación del contrato, se incluyan cláusulas que garanticen el posterior cumplimiento de las obligaciones del contrato; por el contrario, los incentivos de dicha institución están más orientados a lograr que los proyectos incluidos en el proceso de promoción de la inversión privada sean adjudicados al sector privado, sin importar los posibles pasivos que dicha actuación podrían generar al Estado.

Por tales motivos, es conveniente discutir la propuesta de la presidenta de OSITRAN, Patricia Benavente, quien plantea la creación de una unidad o dirección de gestión de expropiaciones en PROINVERSIÓN. Esta unidad deberá asumir las responsabilidades del diseño del contrato, sobre todo a las referidas a la identificación de las áreas requeridas para el desarrollo del proyecto, debiendo planificar de manera coordinada con los sectores la ruta crítica para cumplir con el cronograma de ejecución de obra⁸⁸. Esta propuesta coincide con nuestros planteamientos, pues, para esto se deberá contar con estudios más elaborados antes de la licitación, incluyendo la identificación de predios y de una hoja de ruta para su adquisición (expropiación). Adicionalmente, se busca alinear el accionar de PROINVERSIÓN con el de los sectores, dándole responsabilidades, con relación al riesgo de expropiaciones, antes y después de la firma del contrato, obligándolo a tomar en cuenta en su análisis los costos de licitar los proyectos sin el nivel de estudios adecuados versus la consecución de vender el proyecto únicamente.

Por su parte, respecto el MTC, su actuación ha mostrado debilidades durante la etapa de la planificación de los proyectos, debido a que ha permitido el otorgamiento de concesiones con estudios incompletos y sin la realización de un diagnóstico predial que permita el

⁸⁸ Benavente (2014). Op.cit. p.17.

establecimiento de plazos contractuales que puedan ser cumplidos en la realidad. Esta debilidad está relacionada también al factor político, que exige aprobar y ejecutar proyectos durante el período de gestión de una autoridad determinada.

Respecto al OSITRAN, este limita su actuación a la existencia efectiva de un contrato de concesión, por lo que su participación previa no es vinculante. Lo mismo ocurre en el caso del Ministerio de Economía y Finanzas, quien limita su opinión a los temas netamente presupuestales y al cofinanciamiento o autosostenibilidad de los proyectos de inversión pública.

Por su parte la actuación del MEF podría cambiar en adelante, debido a que ahora es el ente rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, lo que le da opinión vinculante en los temas relacionados con la inversión privada. En tal sentido, proponemos acotar el ámbito de las opiniones del MEF, circunscribiéndolo a un tema normativo, presupuestal (confirmar el autofinanciamiento o asegurar los recursos necesarios para el cofinanciamiento solicitado) o a la determinación de la viabilidad del proyecto (SNIP), a fin de fortalecer la actuación de los sectores respecto a las materias técnicas del proyecto (priorización del proyecto, solución seleccionada, matriz de riesgos). Asimismo, se debería crear algún mecanismo o espacio para regular la participación de los sectores en la formulación de la política nacional de promoción de la inversión privada, a fin de extraer de estos últimos su experiencia especializada.

En general, se observa que ninguna de las instituciones antes mencionadas cumple de manera cabal con la finalidad anotada por Douglas North, que plantea que estas deben tener como objetivo reducir la incertidumbre, estableciendo una estructura estable para la interacción de los agentes. Es decir, el MTC, PROINVERSION, OSITRAN y el MEF trabajan solucionando o tratando de solucionar los problemas que se presentan bajo el ámbito estricto de sus respectivas competencias, pero sin buscar soluciones integrales o que permitan que los problemas sean abordados desde su origen, a efectos de evitar que se repitan a futuro. En consecuencia, nuestra propuesta en este extremo sería la de alinear los incentivos de las instituciones y aprovechar su *expertise*, a efectos de asegurar la adopción de políticas y decisiones eficientes para el país.

Por otro lado, es preciso promover el reforzamiento de otras instituciones, cuyo papel resulta determinante en el fortalecimiento del sistema de protección de la propiedad privada, como pueden ser por ejemplo la SUNARP y las municipalidades, que en conjunto conforman el Sistema Nacional Integrado de Información Catastral. Sin la atención de los problemas

estructurales encontrados en estas instituciones y en sus respectivos procedimientos, la demora en conseguir el saneamiento físico legal de los predios afectados por las obras de infraestructura, seguirá siendo el pan de cada día, y la demora en la ejecución de los proyectos de inversión pública seguirá siendo un problema pendiente de solucionar sea el Estado o el privado el encargado de la gestión predial.

Finalmente, con relación a la normativa vigente, consideramos que las herramientas incluidas, tales como los plazos de los procesos, el traslado de la función de tasaciones al MTC, el gatillo de identificación de predios y el valor estimado, no garantizan la obtención de los predios en el tiempo esperado (cumplimiento de la norma), ni tampoco promueve la autoobligatoriedad de los agentes involucrados para dicho fin. Respecto a los plazos incluidos, observamos que no se habrían tomado en cuenta las limitaciones institucionales existentes descritas líneas arriba, siendo poco realistas, y pudiendo llevar a los funcionarios encargados, por miedo a una sanción, a realizar acciones inadecuadas para el Estado y para la sociedad (incentivos perversos). Por lo tanto, esta herramienta sumada a las otras tres herramientas ya estudiadas en las secciones anteriores del capítulo, no serían económicamente eficientes.

Conclusiones y recomendaciones

La demora en la entrega de los terrenos viene generando modificaciones contractuales que resultan costosas para el Estado, imposibilitando, además, que los ciudadanos puedan obtener los beneficios de la infraestructura y servicios de calidad en los plazos comprometidos, los que pueden generar dudas respecto a la pertinencia del modelo de asociación público privada promovida por el Estado peruano. Asimismo, esta situación ha determinado pérdidas económicas al país, en términos de retrasos en la ejecución de las inversiones, que afectan la tasa de crecimiento. Por otro lado, ha generado pérdidas a los concesionarios debido a la imposibilidad de activar los aumentos del peaje vinculados con la finalización de obras.

En los dieciséis contratos de concesión de carreteras firmados por el Estado peruano, el riesgo de la obtención de los terrenos necesarios para la ejecución de los proyectos, que contiene un riesgo de valor (imposibilidad de prever el precio final) y un riesgo de plazo (imposibilidad de calcular con el tiempo de disponibilidad), ha sido asignado totalmente al Estado peruano, a diferencia de Chile y Colombia en los que el riesgo de valor es compartido entre el Estado y el concesionario, situación que no genera los incentivos necesarios para conseguir el apoyo de este último en las actividades relacionadas a la gestión predial. Para efectos de este trabajo se ha denominado “gestión predial” a las actividades necesarias para obtener la propiedad de los predios necesarios para la ejecución de los proyectos. Dichas actividades comprenden la identificación, valuación y adquisición de los predios.

Con relación a la identificación de los predios, podemos afirmar que, a fin de reducir los costos a la sociedad, es fundamental otorgar las concesiones con estudios de ingeniería lo más robustos posibles, para evitar gastos innecesarios en la gestión y adquisición de predios adicionales y porque solo con la identificación plena de los predios, el Estado podría defender adecuadamente el derecho de propiedad de los ciudadanos. Asimismo, licitar con estudios definitivos reduciría la probabilidad de renegociaciones en relación a temas técnicos y presupuestales.

Respecto a la valuación de los predios, resaltamos que su importancia radica en su producto final: “el precio”, pues este es la pieza fundamental para la posterior negociación con los propietarios afectados, lo cual hace necesario que sea calculado de manera técnica, confiable e imparcial. Para dicho fin, el Estado debería ser el agente más interesado de invertir los recursos necesarios para contar con un marco institucional pertinente, ya que este siempre tendrá bajo su cargo el pago de los costos involucrados con la compra de los predios a los precios calculados.

En ese sentido, consideramos que el encargo concedido al Ministerio de Transportes y Comunicaciones no fue una decisión necesariamente eficiente, debido a que la Dirección de Construcción del MVCS cuenta con una experiencia, conocimientos y una base de datos elaborada sobre la base de años de realización de esa misma actividad. Asimismo, la entidad pública interesada es la misma que valoriza el predio, restando imparcialidad al cálculo.

Otra limitante en la valuación de los predios es la dificultad que se enfrenta para determinar el lucro cesante y el daño emergente, lo que puede retrasar el cálculo de la tasación final o afectar el valor final de la misma, cuando no pueda ser calculado con la información adecuada. Esto último es más grave en el caso de las empresas privadas, pues el valor del terreno es prácticamente residual, respecto a los costos de traslado del negocio.

Con relación a la actividad de adquisición de predios, se ha concluido que el trato directo es el mecanismo más eficiente para obtener la propiedad de los predios afectados, pues garantiza la obtención de mayores beneficios para el Estado y el propietario, en términos de tiempo y costos relacionados a los procesos a ser aplicados. Con el último cambio normativo se ha apostado por la adquisición de predios a través del procedimiento de expropiación (similar a la expropiación administrativa colombiana), el cual es más gravoso para la propiedad privada, pudiendo no cumplir cabalmente con lo señalado en la Constitución Política del Perú, lo que genera el riesgo de que sea cuestionado en un futuro.

Respecto al saneamiento, debemos señalar que es la acción con la que se concluye la adquisición de los predios. En dicha actividad se afrontan diversos problemas registrales, tales como la desactualización del registro predial, la existencia de información catastral inadecuada e imprecisa, el uso de diferentes métodos de georreferenciación, y el retraso en la elaboración de los informes técnicos catastrales, los cuales generan demoras en la entrega de los predios.

El estudio de las experiencias internacionales ha permitido determinar que el problema estudiado se ha presentado también en Chile y Colombia, países en los cuales, las soluciones implementadas han incluido la aplicación, más o menos, de las mismas políticas: (i). La mejora en el nivel de estudio al momento de licitar (de preferencia estudios definitivos de ingeniería); (ii). La identificación previa de los predios por expropiar; (iii). El cálculo preliminar del costo de los predios por expropiar, y (iv). La participación del privado en las acciones de la gestión predial.

En lo que corresponde al marco institucional peruano, consideramos que las entidades involucradas no están cumpliendo adecuadamente con el objetivo de reducir la incertidumbre, pues cada uno trata de solucionar los problemas que se presentan bajo el ámbito estricto de sus competencias, pero sin buscar soluciones integrales a los problemas encontrados. En ese sentido, es necesario fortalecer a los sectores a fin de poder aprovechar su especialización y, con ello, reducir la asimetría de información con las empresas privadas. Por otro lado, se debe promover el reforzamiento de instituciones como la SUNARP y las municipalidades, para afianzar el procedimiento de saneamiento físico legal de los predios.

Por otro lado, contrariamente a lo señalado en el análisis de costo – beneficio del D. Leg. 1192, consideramos que esta norma podría generar mayores gastos al fisco (compra en exceso de predios, gastos de gestión adicionales) y, además, traslada parte de los costos a los ciudadanos (afectación al derecho de propiedad, solución de controversias).

Respondiendo a la interrogante respecto a cuál de los actores (Estado o concesionario) cuenta con mayor capacidad para realizar la gestión predial, podemos señalar que, en el caso de la identificación de predios, es más eficiente que el Estado ejecute esta actividad. Para ello, se debería licitar los proyectos con estudios definitivos de ingeniería (con los predios identificados), disminuyendo la posibilidad de modificaciones en el trazo, que sean solo beneficiosas para las empresas en desmedro del Estado. Únicamente en casos excepcionales, el Estado podría evaluar la posibilidad de adjudicar un proyecto de inversión, contando con estudios de ingeniería básica, pero que mantengan el componente predial.

Con relación a la valuación de predios, debido al gran número de tasaciones necesarias para un proyecto de gran envergadura, su ejecución se facilitaría con la libertad administrativa que cuenta el sector privado, tanto para la preparación de los expedientes de valuación, como para la contratación de la entidad pública encargada de realizar las tasaciones.

Respecto a la adquisición de predios, los concesionarios pueden contar con mejores armas para realizar una negociación eficiente, debido a su mayor libertad en contratación (y de pago); y, principalmente, porque tienen mayores incentivos para acelerar esta actividad. No obstante, con las condiciones dadas por el D. Leg. 1192, los concesionarios no tendrían incentivos para asumir esta actividad por un lado, debido al corto plazo para realizar el trato directo con el precio calculado y, por otro lado, porque el presupuesto para la adquisición y expropiación de

los predios que se incluiría en el concurso de licitación tendrían como base los predios identificados con estudios poco detallados, lo que limita su capacidad de calcular sus riesgos.

Sin perjuicio de ello, el Estado puede apoyar al éxito del trato directo por parte del concesionario, si se asegura el cumplimiento oportuno de un plan de comunicación, a través del cual se expliquen las bondades del proyecto para la población y se absuelvan sus dudas, a fin de reducir la desconfianza en el inversionista privado.

En los últimos años, el Estado peruano ha tratado de solucionar el problema de la demora en la adquisición de los predios, enfocándose en la modificación de las normas que regulan el procedimiento de adquisición y expropiación, sin tomar en cuenta que se trata de un problema multidimensional. En ese sentido, se ha encontrado que la mayor parte de los problemas que generan el retraso en la adquisición de los predios, se relacionan a la identificación, valuación y saneamiento de predios, y dependen de la atención de diversos factores que implican la intervención de agentes distintos al concedente y al concesionario. Por lo que se recomienda poner en marcha las siguientes propuestas de solución a corto, mediano y largo plazo:

A corto plazo

- Modificar la normativa vigente de adquisición y expropiación de predios en los extremos antes señalados.
- Revisar la normativa vigente que regula el saneamiento físico - legal de los predios, de tal manera que se diseñen procedimientos eficientes para la atención “especializada” de los proyectos de inversión de gran envergadura.
- Poner en marcha de un programa de apoyo técnico a las municipalidades para la construcción y actualización del catastro nacional, priorizando a las municipalidades donde el MTC haya identificado la existencia de proyectos de inversión en carreteras (a cargo del MEF en coordinación con las entidades involucradas como SUNARP, COFOPRI).

A mediano plazo

- Revisar y modificar la matriz de riesgos utilizada para el otorgamiento de los contratos de concesión, a efectos de permitir que el llamado “riesgo de expropiaciones” o “riesgo de obtención de predios” pueda ser compartido entre el Estado y el inversionista privado.

- Licitar en concesión los proyectos autosostenibles y cofinanciadas con estudios definitivos, que incluyan un análisis físico legal preliminar de los posibles predios afectados.
- Cambiar el diseño de la etapa de licitación de los proyectos bajo APP, permitiendo que, luego de la precalificación de los postores, estos puedan aportar en el diseño definitivo de los proyectos, proponiendo mejoras, adiciones o ajustes que estimen conveniente.
- Modificar el marco institucional, incluyendo incentivos para asegurar la adopción de políticas y decisiones eficientes para el Estado.
- Reforzar las instituciones que participan en el proceso de adquisición y expropiación de predios (SUNARP, municipalidades, MVCS, COFOPRI).

A largo plazo

- Actualizar y reforzar el sistema nacional integrado de información catastral como herramienta imprescindible para promover la inversión en nuestro país. Este levantamiento catastral debería incluir también la información acerca de las redes de servicios públicos existentes.

Sobre la propuesta de largo plazo, en vista de la ejecución de diversos proyectos de gran envergadura en Lima Metropolitana (líneas de metro, Línea Amarilla, etc.) y la futura ejecución de obras para los Juegos Panamericanos Lima 2019, consideramos pertinente aprovechar esta coyuntura para actualizar la información catastral y de redes de la ciudad.

Finalmente, se ha identificado a la liberación de interferencias en el derecho de vía como la otra gran limitante en la ejecución de las obras de la infraestructura vial, determinando la necesidad de formular un estudio específico para buscar resolver este problema.

Bibliografía

Acosta, Olga; Rozas, Patricio; Silva, Alejandro (2008). *Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia*. Santiago de Chile: NU. CEPAL.

Alonso, Javier; Bjeletic, Jasmina; Herrera, Carlos; Hormazábal, Soledad; Ordóñez, Ivonne; Romero, Carolina y Tuesta, David (2010). *Un Balance de la Inversión de los Fondos de Pensiones en Infraestructura: la experiencia en Latinoamérica*. Madrid: BBVA.

José Luis Bonifaz; Roberto Urrunaga; Carlos Aparicio; Gisella Aragón; Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (Perú). (2012). *Por un Perú Integrado: Plan Nacional de Infraestructura 2012-2021*. Lima: AFIN, Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional

Consejo Nacional de la Competitividad (2013). *Plan de acción para mejorar los procesos de saneamiento físico legal de predios para la inversión*. Perú: Consejo Nacional de la Competitividad.

Contraloría General de la República (2015). *Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público - Privadas en el Perú*. Lima: Contraloría General de la República.

Engel, Eduardo, Fischer, Ronald, Galetovic, Alexander y Hermosilla, Manuel (2008). *Renegociación de Concesiones en Chile*. Chile. Centro de Investigación Periodística.

Engel, Eduardo; Fischer, Ronald; Galetovic, Alexander (2011). *Public-Private Partnerships to Revamp U.S. Infrastructure*. Washinfon: The hamilton Project.

Fernández-Baca, Jorge (2002). *Microeconomía, Teoría y aplicaciones, Tomos I y II*. Lima: Universidad del Pacífico.

Ghisolfo, Francisco (2001). *La evaluación socioeconómica de concesiones de infraestructura de transporte: caso Túnel El Melón*. Chile: Unidad de Transporte de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la CEPAL.

Mankiw, Gregory (2012). *Principios de Economía*. Sexta Edición. México: Ediciones Paraninfo.

Ministerio de Obras Públicas. *Sistema de Concesiones en Chile 1990 – 2003*. Chile: Ministerio de Obras Públicas.

North, Douglass C. (1993) *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*. México: Fondo de Cultura Económica.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (2010). *Evolución y Comparación de las Tarifas en el Sector de Infraestructura de transporte de Uso Público 2009*. Lima: OSITRAN.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (2012). *Informe de Desempeño de la Concesión del Corredor Vial Interoceánico Sur Perú - Brasil (Tramo 5)*. Lima: OSITRAN

Pinto, João M. (2013). *What is project finance?* Porto: Social Science Research Network.

Plass W., Carlos (2013). *Chile: Concesiones de Obras Públicas, Ministerio de Obras Públicas*. Chile: MOP.

Ruiz Díaz, Gonzalo; García Godos, Christy. “Aspectos Económicos e Institucionales Relativos al Diseño de Contratos de Concesión Viales”. *THEMIS – Revista de Derecho*, N° 52, p. 239-254.

Rufian Lizana, Dolores María (2002). *Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú*. Chile CEPAL.

Toro Cepeda, Julio (2009). *Experiencia Chilena en Concesiones y Asociaciones Público – Privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de servicios públicos*. Santiago de Chile: Programa para el Impulso de Asociaciones Público - Privadas en Estados Mexicanos.

Urrunaga, Roberto; Bonifaz, José Luis (2009). *Conexiones para el Desarrollo. Beneficios del Eje Multimodal Amazonas Norte*. Lima: Universidad del Pacífico.

Anexos

Anexo 1. Resultados de la encuesta aplicada a funcionarios públicos, expertos y concesionario

La encuesta fue aplicada a las siguientes personas:

N.º	Nombre del entrevistado	Tipo
1	Carlos Maldonado Herrera	Funcionario - MVCS
2	Lenin Mayorga Elías	Funcionario - MTC
3	Alán Alarcón Canchari	Funcionario - MTC
4	Luis Varillas	Funcionario - MTC
5	Susana del Aguila	Funcionario - MTC
6	Jodie Vásquez	Funcionario - MTC
7	Auberto Anaya	Funcionario - MTC
8	Rosa Gomes	Funcionario - MEF
9	Juan Carlos Zevallos	Especialista
10	Luis Pescheira	Especialista
11	Enrique Oliveros	Especialista
12	Jaime Crosby	Concesionario

Fuente: Elaboración propia, 2015

Los resultados obtenidos luego de la encuesta a ocho funcionarios públicos, tres expertos y un concesionario son las siguientes:

- La opinión de los encuestados respecto al motivo de la demora en los procesos de expropiación se encuentra dividida casi en la misma proporción entre las opciones: el nivel de estudios al momento de la concesión, la valorización de los predios, el marco normativo del proceso de expropiación (adquisición de predios) y el diseño institucional. Asimismo, dos de los entrevistados incluyeron como el problema principal, la falta de definición de la estrategia referente al trato con poseedores informales y la falta de voluntad de las partes.
- Sobre el nivel de estudios al momento de la licitación del proyecto, la mayoría de los encuestados (siete) señalaron que debería ser a nivel de estudios definitivos de ingeniería, mientras que los restantes (cinco), indicaron que debía ser con estudios de preinversión a nivel de factibilidad.
- Para solo dos encuestados, la gestión predial debería seguir siendo únicamente asumida por el Estado, cinco respondieron que el concesionario privado debería asumirla, y cinco respondió que depende del proyecto. Por lo tanto, se puede concluir que, mayoritariamente, los encuestados están de acuerdo con que el concesionario debería asumir las actividades de la gestión predial. Esta conclusión se robustece cuando al preguntarse si consideran que la asignación del riesgo de adquisición de predios al Estado es económicamente eficiente, los tres cuartos de los encuestados (nueve) respondieron que "no".
- Los encuestados consideraron como las tres principales razones para justificar el encargo al concesionario de la gestión predial en el siguiente orden: (1). Tiene interés de realizar la gestión predial con mayor celeridad; (2). Cuenta con mayor flexibilidad para la contratación de profesionales especialistas, y (3). Puede realizar el pago del justiprecio con mayor celeridad. Mientras que las tres principales desventajas de esta decisión fueron: (1). La generación de mayores expectativas económicas en la población afectada; (2). La oposición de la población (desconfianza), y (3). La falta de incentivos para asumir y efectuar eficientemente estas tareas.
- Asimismo, se les consultó en relación a las justificaciones para continuar manteniendo la gestión predial a cargo del Estado, identificando los siguientes argumentos a favor: (1). Genera mayor confianza en la población afectada; (2). Cuenta con experiencia en la adquisición por trato directo y expropiaciones judicial / arbitral, y (3). Determina el trazo

final de la vía más eficiente, tomando en cuenta los costos sociales. Mientras que sus desventajas son: (1). Afronta procedimientos en toma de decisiones largos y complejos; (2). Cuenta con procesos de contratación de consultores (peritos, ingenieros, abogados, entre otros) largos y complejos, y (3). No cuenta con la flexibilidad necesaria para llevar a cabo las negociaciones con los privados de manera eficiente.

- Con relación a las dificultades que enfrenta la valorización de los bienes a ser expropiados, los encuestados priorizaron las siguientes: (1). La aprobación del valor final de la expropiación; (2). La identificación de los predios y de los titulares afectados, y (3). La elaboración de los expedientes de tasación. Cabe señalar que dos encuestados introdujeron el tema de la presencia de poseedores sin títulos en la zona.
- Sobre los últimos cambios introducidos por el Estado: (a). El traslado de la competencia de tasaciones al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y (b). La eliminación (en la práctica) de la etapa del trato directo, los encuestados dieron respuestas divididas respecto a la primera modificación: seis están de acuerdo y cinco en desacuerdo, mientras que, en relación del segundo cambio, mayoritariamente se pronunciaron en contra de dicha modificación (once encuestados). Asimismo, nueve de los once que se pronunciaron en desacuerdo a la eliminación del trato directo, identificaron a este accionar como la práctica más eficiente.
- Los cambios normativos para mejorar la gestión predial priorizados fueron: (1). Modificar la normativa relacionada con las obligaciones asumidas por el Estado y los concesionarios en materia de gestión predial; (2). Modificar la normativa sobre el saneamiento físico – legal, y (3). Modificar la normativa sobre expropiaciones. Cabe resaltar que en cuarto lugar quedó la opción: “se debería modificar la normativa sobre tasaciones”. Asimismo, un encuestado incluyó la necesidad de cambiar las normas que regulen el trato con poseedores precarios.
- Los encuestados identificaron como los principales perjuicios a la población producto de la demora en la entrega de los predios, los siguientes: (1). Falta de vías de comunicación adecuadas (estándares de calidad); (2). Mayores costos de transporte de personas y mercadería, y (3). Falta de competitividad. En ese orden de prioridad. Cabe indicar que un encuestado señaló que el incumplimiento de los plazos genera desconfianza de la población.

Anexo 2. Lista de funcionarios consultados

N.º	Nombre y apellidos	Cargo	Institución
1	Carlos Maldonado Herrera	Director de la Dirección de Construcción de la Dirección General de Políticas y Regulación en Construcción y Saneamiento	Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento
2	Alan Alarcón Canchari	Procurador público	Ministerio de Transportes y Comunicaciones
3	Lenin Mayorga Elías	Asesor del Viceministerio de Transportes	Ministerio de Transportes y Comunicaciones
4	Susana del Águila Bracamonte	Jefa de la Dirección de Patrimonio de la Oficina de General de Administración	Ministerio de Transportes y Comunicaciones
5	Alfonso Chan Cardoso	Gerente de la Unidad Gerencial del Derecho de Vía	PROVIAS Nacional - MTC
6	Sumac Ormeño Villalva	Especialista de la Unidad Gerencial del Derecho de Vía	PROVIAS Nacional - MTC

Fuente: Elaboración propia, 2015

Anexo 3. Desarrollo de las cláusulas vinculadas a la entrega de terrenos en los contratos de concesiones viales

N.º	Concesión	Entrega de los terrenos para iniciar obras (por secciones)		Estudios definitivos de ingeniería		Concesionario con encargo de actividades de gestión predial	Ampliación ante incumplimiento de la entrega de predios
		Total	Porcentaje mínimo	Estándar	Con actividades de gestión predial (*)		
1	IIRSA Norte	X		X			OSITRAN
2	Red Vial 5		X (al menos 80%)	X			MTC
3	Buenos Aires – Canchaque	X					MTC
4	Autopista del Norte - Pativilca Trujillo (Red Vial 4)		X (al menos 25%)	X		X	OSITRAN
5	Tramo Vial Chancay – Acos	X			X	X	OSITRAN
6	Nuevo Mocupe - Cayalti – Oyotún	X			X	X	OSITRAN
7	Autopista del Sol Trujillo – Sullana	X		X		X	MTC
8	IIRSA Centro - Tramo 2	X		X			MTC
9	Longitudinal de la Sierra - Tramo 2		X (al menos 50%)			X	MTC
10	IIRSA Sur Tramo 1	X		X			MTC
11	IIRSA Sur Tramo 2	X		X		X	OSITRAN
12	IIRSA Sur Tramo 3	X		X		X	OSITRAN
13	IIRSA Sur Tramo 4	X		X		X	OSITRAN
14	IIRSA Sur Tramo 5	X		X			MTC
15	Red Vial 6		X (al menos 80% para 1º y 2º Etapa, y, al menos 40% para la 3º Etapa)				MTC
16	Tramo Vial de Quilca - La Concordia		X (al menos 70%)	X		X	MTC

(*) Ver detalle de actividades de Gestión Predial encargadas en el Cuadro N° 16

Fuentes: OSITRAN y MTC. Contratos y Adendas de las Concesiones. Elaboración propia, 2015

Anexo 4. Identificación de las cláusulas y adendas vinculadas con la entrega de los terrenos en los contratos de concesiones viales

N.º	Concesión	Cláusulas vinculadas con la entrega de los terrenos	N.º de Adendas firmadas	Adendas vinculadas con la entrega de los terrenos
1	IIRSA Norte	5.5., 5.6. y 5.7.	5	No hubo cambios vinculados a la entrega de los terrenos.
2	Red Vial 5	3.3. inciso k), 5.1. y 5.2.	3	Adenda 1, modifica cláusula 5.2. (08/11/2004)
3	Buenos Aires – Canchaque	5.5., 5.6. y 5.7.	3	No hubo cambios vinculados a la entrega de los terrenos.
4	Autopista del Norte - Pativilca Trujillo (Red Vial 4)	5.11., 5.12., 5.13. y 5.14.	0	
5	Tramo Vial Chancay – Acos	5.44., 5.45., 5.46. y 5.47.	1	No hubo cambios vinculados a la entrega de los terrenos.
6	Nuevo Mocupe - Cayalti – Oyotún	5.44., 5.45., 5.46. y 5.47.	0	
7	Autopista del Sol Trujillo – Sullana	5.11., 5.12., 5.13. y 5.14.	0	
8	IIRSA Centro - Tramo 2	5.11., 5.12. y 5.13.	0	
9	Longitudinal de la Sierra - Tramo 2	5.10. y 5.11.	0	
10	IIRSA Sur Tramo 1	5.44., 5.45. y 5.46.	2	No hubo cambios vinculados con la entrega de los terrenos.
11	IIRSA Sur Tramo 2	5.5., 5.6., 5.7.	8	Adenda 6, incorpora la cláusula 5.44. Liberación de las áreas necesarias para la ejecución de las obras (31/07/2009).
12	IIRSA Sur Tramo 3	5.5., 5.6., 5.7.	6	Adenda 5, incorpora la cláusula 5.44. Liberación de las áreas necesarias para la ejecución de las obras (30/07/2009).
13	IIRSA Sur Tramo 4	5.5., 5.6., 5.7.	7	Adenda 6, incorpora la cláusula 5.44. Liberación de las áreas necesarias para la ejecución de las obras (06/08/2009).
14	IIRSA Sur Tramo 5	5.44., 5.45. y 5.46.	3	No hubo cambios vinculados a la entrega de los terrenos.
15	Red Vial 6	3.3. inciso j), 5.1, 5.2., 5.14. y 5.15	6	Adenda 02 (08/04/2009) y Adenda 6 (30/01/2015), ambas adendas modifican la cláusula 5.2.
16	Tramo Vial de Quilca - La Concordia	5.10. y 5.11.	0	No tiene adendas
		Total	44	

Fuentes: OSITRAN y MTC. Contratos y Adendas de las Concesiones. Elaboración propia, 2015

Anexo 5. Resumen de los contratos de las concesiones viales

N.º	Concesión	Estudios al momento de la licitación	Total km	Firma	Duración	Tiempo de retraso (estimados) por causa de entrega de predios o remoción de interferencias (*)
1	IIRSA Norte	EDI	955,070	17/06/2005	25 años	11 meses
2	Red Vial 5	EDI	182,660	15/01/2003	25 años	4 años
3	Buenos Aires – Canchaque	Factibilidad	78,130	09/02/2007	15 años	-
4	Autopista del Norte - Pativilca Trujillo (Red Vial 4)	EDI	356,210	18/02/2009	15 años	3,4 años
5	Tramo Vial Chancay – Acos	Factibilidad	76,500	20/02/2009	15 años	3,6 años
6	Nuevo Mocupe - Cayalti – Oyotún	Factibilidad	46,800	30/04/2009	15 años	4,3 años
7	Autopista del Sol Trujillo – Sullana	EDI	475,000	25/08/2009	25 años	2,7 años
8	IIRSA Centro - Tramo 2	EDI	377,000	27/09/2010	25 años	3,2 años
9	Longitudinal de la Sierra - Tramo 2	EDI	874,109	28/05/2014	25 años	-
10	IIRSA Sur Tramo 1	Factibilidad	757,640	23/10/2007	25 años	3,5 años
11	IIRSA Sur Tramo 2	Factibilidad	300,000	04/08/2005	25 años	3,1 años
12	IIRSA Sur Tramo 3	Factibilidad	403,200	04/08/2005	25 años	3 años
13	IIRSA Sur Tramo 4	Factibilidad	305,900	04/08/2005	25 años	-
14	IIRSA Sur Tramo 5	Factibilidad	854,678	24/10/2007	25 años	-
15	Red Vial 6	EDI	380,090	20/09/2005	30 años	2 años
16	Tramo Vial de Quilca - La Concordia	TDR	428,613	30/01/2013	25 años	-
	km concesionados		6.851,60			

Fuentes: Benavente, Patricia (presidenta de OSITRAN). Evaluando el Modelo de Asociación Público Privado (APP) en Carreteras en el Perú. Presentación OSITRAN para el 4.º Congreso Regional IRF Latinoamericano de Carreteras Perú. 08/09/2014. (*) Cifras al 5 de septiembre 2014. OSITRAN. Fichas de Contrato de Concesiones Viales (junio 2014). Elaboración propia.

Anexo 6. Razones del MEF por la cual no cuentan con estudios de preinversión

N.º	Concesión	Razones por la cual no cuentan con los estudios de preinversión
1	IIRSA Norte	Su ejecución inicio antes de la implementación del SNIP.
2	Red Vial 5	Por la modalidad de concesión autosostenible, no requirió pasar por el SNIP.
3	Autopista del Norte - Pativilca Trujillo (Red Vial 4)	Por la modalidad de concesión autosostenible, no requirió pasar por el SNIP.
4	Autopista del Sol Trujillo - Sullana	Por la modalidad de concesión autosostenible, no requirió pasar por el SNIP.
5	IIRSA Centro - Tramo 2	Por la modalidad de concesión autosostenible, no requirió pasar por el SNIP.
6	IIRSA Sur Tramo 1	Exonerada del SNIP por el MEF, a requerimiento del MTC.
7	IIRSA Sur Tramo 2	Exonerada del SNIP por el MEF, a requerimiento del MTC.
8	IIRSA Sur Tramo 3	Exonerada del SNIP por el MEF, a requerimiento del MTC.
9	IIRSA Sur Tramo 4	Exonerada del SNIP por el MEF, a requerimiento del MTC.
10	IIRSA Sur Tramo 5	Exonerada del SNIP por el MEF, a requerimiento del MTC.
11	Red Vial 6	Por la modalidad de concesión autosostenible, no requirió pasar por el SNIP.
12	Tramo Vial de Quilca - La Concordia	Por la modalidad de concesión autosostenible, no requirió pasar por el SNIP.

Fuente: Dirección General de Inversión Pública del Ministerio de Economía y Finanzas

Anexo 7. Cumplimiento de la obligación de entrega de terrenos para la ejecución de la inversión comprometida (al 31 de diciembre de 2013).

N.º	Concesión	Fecha máxima (cálculo)	Hechos reportados en los informes de desempeño de OSITRAN	Inversión (en USD millones)		
				Compro- metida	Ejecuta- da	Retrasa- da
1	IIRSA Norte	Diciembre 2007	La demora se debió a la existencia de obras adicionales y accesorias ^{7/} .	510	417	93
2	Red Vial 5	Noviembre 2010 ^{1/} .	Tuvo que ser concedida sin entregar los predios requeridos debido a errores en la identificación La demora en la entrega de los terrenos fue el principal motivo del incumplimiento de los plazos de ejecución de las obras, lo que generó la necesidad de renegociar el Contrato. La renegociación permitió a la empresa cobrar una tarifa de USD 1,40, sin haber culminado las inversiones. La demora antes citada generó la necesidad de ejecutar obras adicionales. Debido a la existencia de interferencias no identificadas antes de la firma del contrato, hubo la necesidad de transferir los riesgos del concesionario al concedente ^{8/} .	61,4	No hay información	
3	Buenos Aires – Canchaque	No hay información	Todos los predios fueron entregados.	37	37	0
4	Autopista del Norte - Pativilca Trujillo (Red Vial 4)	Diciembre 2011 ^{2/} .	Hasta el 31/12/2010, el concedente no había liberado el 25% de los terrenos, no pudiendo ejecutar obras en los años 2009 y 2010 ^{3/} . En los años 2011, 2012 y 2013, se ejecutaron obras en los frentes liberados. Al 31/12/2013, el concedente no ha cumplido en entrega todos los predios liberados ^{1/} .	286	71	215
5	Tramo Vial Chancay – Acos	No hay información	Hasta el 31/12/2013, no se cumplió con la entrega de los predios necesarios para la construcción del Puente Mataca y la unidad de peaje y pesaje ^{4/} .	42	37	5
6	Nuevo Mocupe - Cayalti – Oyotún	No hay información	Se entregó el último terreno referido a una unidad de peaje en el mes de noviembre de 2013 ^{3/} .	25	25	0
7	Autopista del Sol Trujillo – Sullana	Diciembre 2011 ^{2/} .	Hasta 31/12/2011, solo se había entregado 11 km ^{5/} . Hasta 31/12/2012, terrenos del tramo Piura - Sullana, menos un predio, más otros 80 km, con interferencias (concesionario se está haciendo cargo). Al 31/12/2013, el concedente no ha cumplido en entrega todos los predios liberados ^{1/} .	300	26	274

N.º	Concesión	Fecha máxima (cálculo)	Hechos reportados en los Informes de Desempeño de OSITRAN	Inversión (en US\$ millones)		
				Comprometida	Ejecutada	Retrasada
8	IIRSA Centro - Tramo 2	No hay información	No hay información disponible.	127	No hay información	
9	Longitudinal de la Sierra - Tramo 2	Julio de 2015	El contrato fue suscrito el 28/05/2014.	174		
10	IIRSA Sur Tramo 1	Junio 2008	2010 - 2013, falta la entrega de los terrenos necesarios para la construcción de las unidades de peaje de Pichuhua y Pampamarca. En la Adenda 1 (22/10/2010), se permitió al concesionario cobrar el CAO correspondiente, sin haber concluido el 100% de la obra. Además, se activó el cobro del peaje a USD 1,50, pero menos en la unidad de peaje Quincemil ^{7/} .	145	134	11
11	IIRSA Sur Tramo 2	Diciembre 2005	Al 31/12/2013, falta la entrega de terrenos, motivo por el cual no se pudo ejecutar el 100% de la obra, y el concesionario no puede cobrar la tarifa de USD 1,50 ^{7/} .	654	641	13
12	IIRSA Sur Tramo 3	Diciembre 2005	Al 31/12/2013, falta la entrega de terrenos ^{7/} .	616	598	18
13	IIRSA Sur Tramo 4	Diciembre 2005	2010 - 2013, falta la entrega de los terrenos necesarios para la construcción de la unidad de peaje de San Antón y estación de pesaje ^{7/} .	685	611	74
14	IIRSA Sur Tramo 5	Junio 2008	2010 - 2012. Falta de entrega de terrenos para la construcción de las estaciones de peaje de Puno y Azángaro, las estaciones fijas de pesaje de Matarani, Samegua y Caracoto, y la estación móvil de pesaje de Puno. Al 31/12/2013, falta la entrega de terrenos ^{7/} . En la adenda 1 (26/11/2010), se permitió al concesionario cobrar el CAO, sin haber concluido el 100% de la obra. Sin embargo, no se le permitió cobrar la tarifa de USD 1,50 ^{7/} .	195	179	16
15	Red Vial 6	No hay información	Las demoras en la entrega de terrenos determinaron la firma de las Adendas 2 y 6.	232	92	140
16	Tramo Vial de Quilca - La Concordia	No hay información	No hay información disponible.	160	No hay información	
			Total (en millones de USD)	4,249,4		859

1/ Cálculo en base al contrato de concesión suscrito el 15 de enero de 2003.

2/ Informe de Desempeño de las Concesiones Viales de la Costa. 2013. p. 9 - 10.

3/ Evaluación Económica de la Concesión del Tramo Pativilca – Puerto Salaverry (Red Vial 4, Autopista del Norte) 2010. p.13.

4/ Informe de Desempeño: Concesión Canchaque, Concesión Chancay-Huaral-Acos y Concesión Mocupe-Cayaltí-Oyotún. 2013. p.15, p.21.

5/ Informe de Desempeño de la Concesión de la Autopista del Sol Tramo Trujillo – Sullana. 2011. p.10.

6/ Informe de desempeño de la Concesión de la Autopista del Sol, Tramo Trujillo-Sullana. 2012. p. 11.

7/ Informe de Desempeño de Concesiones de Carreteras IIRSA. 2013. p. 18 - 20.

8/ Libro Blanco del Contrato de Concesión de la Red Vial N°5

Fuente: OSITRAN. Contratos de Concesión e Informes de Desempeño de las carreteras concesionadas (2008 - 2013). Elaboración propia, 2015

Anexo 8. Análisis de experiencias internacionales: Chile y Colombia

1. Análisis de la experiencia chilena

1.1 Desarrollo de las concesiones viales en Chile

La evolución histórica de las concesiones viales en Chile puede ser resumida en tres etapas:

1.1.1 La crisis nacional de infraestructura (previa a la década de los noventa)

En el año 1964 se promulgó la **Ley 15.840**, Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas de Chile (MOP), en la cual se define a dicho Ministerio como el encargado de la ejecución y mantenimiento de las principales obras de infraestructura chilena con recursos estatales. Bajo este esquema, el MOP financió y ejecutó diversas obras para el uso “gratuito” de los usuarios, con excepción de algunas carreteras interurbanas en las que se tuvo previsto el cobro del peaje⁸⁹.

Así, hasta inicios de los años noventa la inversión en infraestructura en Chile fue asumida básicamente por el Estado, pero de manera muy limitada. Conforme a los datos obtenidos de diversos estudios realizados por Dolores María Rufián Lizana para la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)⁹⁰ y por el mismo MOP⁹¹, Chile contaba con una red de carreteras de casi 80.000 km; sin embargo, esta se encontraba en mala situación debido al precario mantenimiento brindado por el Estado. Asimismo, existía un déficit de infraestructura que constituía un serio obstáculo al crecimiento de la economía⁹², que no podía ser afrontado directamente por el Estado, debido a los altos montos de inversión requerida.

1.1.2 Surgimiento y evolución del sistema de concesiones de obras públicas chileno

Teniendo en cuenta la situación señalada en el punto precedente, en el año 1991 se aprobó la **Ley 19.068**, la cual modificó el **Decreto con Fuerza de Ley 591**, a efectos de crear un proceso licitatorio de obras de infraestructura que incentivara la participación de la inversión privada, a través de la reducción de algunas potestades estatales, el establecimiento de criterios claros de adjudicación, la regulación de mecanismos de fijación de tarifas, entre otros. Con esta nueva normativa se reserva para el Estado solo la ejecución de infraestructura deficitaria, con alto beneficio social, pero que no resulta autosostenible.

Sin embargo, se evidenciaron algunas carencias del sistema de concesiones chileno, relacionadas principalmente con el menor grado de desarrollo de los estudios que el MOP entregó a los distintos postulantes y una regulación incipiente del contrato⁹³. Teniendo en cuenta los resultados obtenidos, se emitió la **Ley 19.252** y la **Ley 19.460**. Asimismo, se modificaron otras normas legales como la Ley General de Bancos, la legislación sobre las entidades administradoras de pensiones y de las aseguradoras de vida, la Ley de Valores y la Ley del IVA⁹⁴.

Con esta normativa se licitaron la mayor parte de obras en Chile, entre las cuales las más importantes fueron: los ocho tramos de la Ruta 5 (principal obra vial de Chile), la Ruta 68 que

⁸⁹ Plass W., Carlos. CHILE. *Concesiones de Obras Públicas, Ministerio de Obras Públicas MOP*. Abril 2013. p.2

⁹⁰ Rufián Lizana, Dolores María. *Políticas de conexión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú. Proyecto ILPES/CAF “Marco regulatorio, privatización y modernización del Estado”*. CEPAL. 2002. p. 19.

⁹¹ Ministerio de Obras Públicas. Op. Cit. p. 4-5.

⁹² Ibid. p.2

⁹³ Op.cit. Rufián. p.39.

⁹⁴ Plass W. Op.cit. p. 9.

une Santiago con Valparaíso y Viña del Mar, y la Ruta 57 que une Santiago con la ciudad de Los Andes⁹⁵.

1.1.3 Crisis de la renegociación de contratos

Conforme con lo señalado por los autores Eduardo Engel, Ronald Fischer, Alexander Galetovic y Manuel Herмосilla, en el estudio **Renegociación de Concesiones en Chile**⁹⁶, « (...) Luego de 15 años de concesiones, los nuevos proyectos son menos urgentes, y su rentabilidad social es más baja y deja menos margen para errores, por lo que es necesario reformar la Ley, incorporando las lecciones que ha dejado la experiencia con las concesiones existentes. Uno de los principales problemas es la frecuencia de las renegociaciones de los contratos de concesión, tanto para modificar o agregar obras nuevas o, en algunos casos, para pagarle más al concesionario (...) las renegociaciones son frecuentes y que representan montos considerables (...)».

El resultado del estudio anteriormente citado, abrió una seria polémica en Chile, respecto a la necesidad de reformar el sistema de concesiones vigente hasta la fecha, por lo que en el año 2010, luego de una larga discusión en el Congreso Chileno, se aprobó la **Ley 20.410**, la misma que constituye la última modificación de la Ley de Concesiones.

1.2 Marco institucional y legal de las concesiones viales en Chile

1.2.1 Marco institucional chileno

El MOP cuenta en su estructura con la **Dirección General de Obras Públicas**, encargada de articular la gestión técnica de los servicios de infraestructura y que tiene por misión dirigir, coordinar y supervisar la gestión de obras y servicios de infraestructura pública, regulando el sistema de contratación de obras y consultorías, a fin de asegurar la competencia, transparencia y eficiencia en el cumplimiento de las políticas y objetivos del MOP. Se encuentra conformada por las siguientes direcciones: Planeamiento, Arquitectura, Obras Hidráulicas, Vialidad, Obras Portuarias, Aeropuertos y Contabilidad, Finanzas y la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas⁹⁷.

Asimismo, la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas es el área encargada de proveer, preservar y mejorar obras y servicios de infraestructura pública en el marco de los contratos de asociación público - privada. En tal sentido, esta área tiene entre sus funciones proponer al Ministerio de Obras Públicas la evaluación de las iniciativas privadas presentadas, la programación de las licitaciones para la contratación de estudios, proyectos y ejecución de obras públicas a través del sistema de concesiones, el establecimiento de las condiciones a las que se sujetarán los procesos de licitación, la expedición de las normas de fiscalización de los contratos de concesión y las modificaciones de los contratos de concesión en construcción u operación.

Mediante la Ley 20.410 se incluyó el artículo 1 bis a la Ley de Concesiones, creando un **Consejo de Concesiones**, de carácter consultivo, integrado por el ministro de Obras Públicas (quien lo preside); un consejero de libre designación y remoción por parte del ministro y; cuatro consejeros independientes, también de libre designación y remoción por parte del ministro, entre los cuales deben haber académicos pertenecientes a las Facultades de: Ingeniería Civil,

⁹⁵ Rufian. Op. Cit. p. 40.

⁹⁶ Engel, Eduardo, Fischer, Ronald, Galetovic, Alexander y Herмосilla, Manuel. *Renegociación de Concesiones en Chile*. Chile. Agosto 2008. En: <http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/renegociaciones-de-contratos.pdf>

⁹⁷ Artículos 14 y 15 del Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley 15.840 de 1964 y del Decreto con Fuerza de Ley 206 de 1960.

Economía y Administración, Ciencias Jurídicas y Arquitectura (estos últimos que tengan estudios o especialización en urbanismo).

Este Consejo estará encargado de informar acerca del tipo de infraestructura que se desarrollará bajo el sistema de las APP, siendo que el MOP debe requerir informe previo del Consejo de Concesiones, entre otros, en los siguientes casos: para declarar de interés público los proyectos de iniciativa privada; para determinar que un proyecto de iniciativa privada sea ejecutado con un mecanismo distinto al de concesiones; para analizar las modalidades del régimen concesional de los proyectos, etc.

Asimismo, el MOP podrá solicitar informe al Consejo de Concesiones acerca de la modificación de las características de las obras y servicios contratados, la declaración de un incumplimiento grave, entre otros temas señalados en el citado artículo 1 bis.

1.2.2 Particularidades del procedimiento de concesión en Chile

Sobre este aspecto, es preciso resaltar que el MOP define la necesidad de desarrollar proyectos de infraestructura, a través de la realización estudios técnicos de prefactibilidad y factibilidad, los mismos que son necesarios para determinar si la infraestructura es social y económicamente rentable, y si debe ejecutarse por concesión. Luego de ello se desarrollan otras actividades preparatorias como la postulación de iniciativas privadas, la precalificación de postores, la realización de *road shows* para proporcionar el proyecto y la ejecución de otros estudios que sean necesarios para la adjudicación.

Culminadas estas labores preparatorias, se elaboran las bases de la licitación, las cuales, conforme a lo observado en las bases administrativas de algunos procesos de selección chilenos⁹⁸, incluyen al menos un anteproyecto referencial de los estudios de ingeniería, elaborados por el MOP, que establecen los requerimientos técnicos mínimos exigidos por el Estado. Dichos estudios de ingeniería pueden ser aceptados en la oferta técnica, caso en el cual, la sociedad concesionaria reconoce la validez y corrección de los estudios efectuados por el Estado, no pudiendo en el futuro alegar perjuicios ni compensaciones por eventuales errores de diseño existentes en ellos. Sin perjuicio de ello, se reconoce la posibilidad de que el Estado o el concesionario, puedan proponer posteriores mejoras a los estudios, asumiendo los costos correspondientes.

Sin perjuicio de lo expuesto, es interesante resaltar la etapa de precalificación de postores (regulada en el artículo 6-bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas), durante la cual el MOP selecciona a los interesados que cumplan con los requisitos establecidos en las bases de precalificación. Las bases de precalificación pueden contemplar un procedimiento para que los postores precalificados, durante un período, puedan proponer al MOP mejoras, adiciones o ajustes que estimen convenientes para el diseño del proyecto definitivo, mediante presentaciones que tendrán carácter público.

Asimismo, el MOP podrá solicitar la realización de estudios adicionales, los que serán considerados en la elaboración de las bases de la licitación del proyecto final. El costo de estos proyectos adicionales podrá ser asumido por los postores precalificados, en partes iguales.

⁹⁸ Como los correspondientes a la “Concesión Conexión Vial Melipilla – Camino de la Fruta”, la “Concesión Internacional de la Ruta 5: Tramo Collipulli - Temuco”, la “Concesión de la Ruta 5 Norte: Tramo La Serena Vallemar”, la “Concesión Alternativas de Acceso a Iquique” y la “Concesión Vial de Autopistas de la Región de Antofagasta”.

El adjudicatario de la licitación deberá reembolsar al resto de licitantes el monto aportado por estos para el financiamiento de los estudios que se hubieren contratado. Dicho reembolso será de cargo del MOP, si este se desistiere de la licitación una vez efectuada la precalificación o declarare desierta la licitación por razones fundadas.

Realizada la precalificación de postores, se pasa a la etapa de licitación de la obra, la cual nace bajo una convocatoria pública y se rige bajo las condiciones establecidas en las bases de licitación. El sistema de licitación tiene dos etapas: evaluación técnica (para comprobar si el oferente cumple con las condiciones exigidas) y la evaluación económica (en la que participan solo las propuestas técnicamente aceptadas).

1.2.3 Asignación del riesgo de expropiación

Respecto a la asignación del riesgo de expropiación o de obtención de los terrenos necesarios para ejecutar las obras públicas de infraestructura, Dolores María Rufián Lizana señala que en el caso Chileno el Estado asume completamente el riesgo del plazo, obligándose a reconocer la ampliación del plazo de la concesión, en caso existan dilaciones no imputables al concesionario. En cuanto al riesgo de valor, « (...) la solución más utilizada en proyectos viales consiste en exigir al concesionario un pago por concepto de expropiaciones, a todo evento, y las diferencias que se produzcan las asume el Estado. De esta manera, el licitante asume como valor de expropiaciones el valor declarado en las bases de licitación, eliminándose la incertidumbre que surge por eventuales modificaciones en el costeo por este concepto»⁹⁹.

En ese sentido, la Ley de Concesiones de Obras Públicas, en sus artículos 15 y 16, señala que los desembolsos y gastos que se originen con motivo de actividades de expropiación, serán cubiertos por el concesionario; lo que no es óbice para que el Estado pueda concurrir total o parcialmente al pago de las expropiaciones, cuando así lo establezcan las bases de la licitación.

1.2.4 Procedimiento de expropiación

Respecto a este punto, debemos señalar que el procedimiento de expropiación chileno se encuentra regulado en la Constitución y en el Decreto Ley 2.186 de 1978, Ley Orgánica del Procedimiento de Expropiaciones (Ley de Expropiaciones). Sin embargo, el procedimiento y obligaciones de las partes se desarrollan con mayor detalle en las bases administrativas que regulan los procesos de licitación pública de los proyectos de inversión. En ese sentido, el proceso de expropiación chileno se desarrolla teniendo en cuenta las siguientes reglas:

- a) Según la Ley de Expropiaciones, el proceso se inicia con el estudio de identificación de los bienes materia de expropiación, el mismo que es iniciado a través de una **Resolución de Estudio**, publicada en el Diario Oficial y se anota en el Conservador de Bienes Raíces. Asimismo, a partir de la emisión de dicha resolución, el propietario y los poseedores se encuentran obligados a permitir la realización de las diligencias de reconocimiento que sean necesarias, a fin de determinar las características del bien.
- b) Identificados los predios, se nombra una comisión de tres miembros que establece el **valor provisional** de indemnización que será pagada a los afectados. La elección de los miembros se hace de una lista de peritos que es aprobada por el presidente de la República y solo puede considerar a un miembro que pertenezca a la administración del Estado, el mismo que, además, no puede ser trabajador del MOP (en caso de proyectos a cargo de esta entidad). El valor provisional de la indemnización se reajusta con el índice del precio al consumidor a partir de los treinta días del informe de la Comisión. Estas cifras forman parte de las bases de licitación.

⁹⁹ Rufián. Op.cit. p. 37.

- c) Los resultados obtenidos en las actividades antes señaladas forman parte del estudio referencial de las áreas de concesión, el mismo que se inserta en las bases administrativas. De esta manera, la sociedad concesionaria podrá adquirir para el Estado los terrenos necesarios para realizar las obras, de acuerdo con los costos, planos y plazos establecidos en los estudios referenciales elaborados por el MOP. Sin embargo, se reconoce el derecho de la concesionaria a elaborar estudios de ingeniería adicionales que pueden replantear el eje original de la vía, que deben ser aprobados por el inspector fiscal¹⁰⁰; en estos casos, los sobrecostos son asumidos directamente por el concesionario. Los costos que no sean de cargo del concesionario, en virtud de lo dispuesto en las bases de la licitación o en el contrato, son asumidos por el MOP. Adicionalmente, se puede reconocer a favor de la concesionaria, un porcentaje por los gastos asumidos en la adquisición de bienes, siempre que este concepto no supere el presupuesto considerado en las bases de la licitación para la adquisición de los predios.
- d) Asimismo, la adquisición de los bienes que no hayan podido ser efectuadas por la concesionaria en el plazo prescrito en las bases, se realizarán conforme al procedimiento establecido en la Ley de Expropiaciones, el mismo que se inicia con la emisión de la Ley Expropiatoria y, posteriormente, del **acto expropiatorio** (a través de un Decreto Supremo o Resolución de las autoridades desconcentradas). Este acto expropiatorio contendrá, necesariamente, la individualización del bien y su avalúo, la referencia a la Ley que autoriza la expropiación, la causa en la que se funda la expropiación, el nombre de los propietarios, entre otros. Asimismo, el acto expropiatorio se publica a fin de dar publicidad al acto y se inscribe en los registros públicos a fin de que surta efectos ante terceros, quedando prohibida la enajenación del bien, por lo que todos los actos o contratos que incluyan al bien, a partir de este momento, se consideran nulos de pleno derecho.
- e) Emitido el acto expropiatorio, el propietario puede iniciar el procedimiento de reclamación judicial ante el juez solo para: 1). Dejar sin efecto la expropiación por falta de ley autoritativa, o por la existencia de una causal de inexpropiabilidad; 2). Solicitar la expropiación total del bien parcialmente expropiado; 3). Solicitar la expropiación de otra sección del bien; 4). Se modifique el “acto expropiatorio” cuando no se ajuste a ley, y 5). Se determine el valor definitivo de la tasación, en caso que las partes no se hayan podido poner de acuerdo.
- f) En caso de haber mediado acuerdo entre las partes, el pago se hará de manera directa, **siempre y cuando el bien no presente gravámenes o prohibiciones**, sin considerar servidumbres legales. En caso de haberse certificado la existencia de gravámenes o prohibiciones, será necesario el acuerdo con los terceros titulares de dichos derechos, a fin de determinar la forma en la que se pagará la indemnización. Si no hay acuerdo, la indemnización se pagará en la forma y en los plazos previstos en la ley de expropiación.
- g) Pagada o consignada la indemnización, la propiedad quedará inscrita a favor del Fisco y nadie tendrá acción o derecho respecto del bien expropiado. Asimismo, se extinguirán los derechos reales (salvo servidumbres legales) a favor de terceros, así como los arrendamientos, comodatos, embargos, retenciones, medidas precautorias o cualquier otro derecho que afecte al bien expropiado. Por otro lado, el juez ordenará la realización de publicaciones para que cualquier tercero con derechos sobre el bien, pueda presentarse. En caso de presentarse terceros afectados, el reconocimiento de sus derechos se ventilará ante juez competente de la expropiación.
- h) Pagada la indemnización, si los expropiados no cumplen con desalojar el bien en los plazos acordados, se acude a la fuerza pública para la correspondiente acción de desalojo.

¹⁰⁰ Los inspectores fiscales son las personas encargadas de velar porque cada proyecto sea edificado en razón de lo estipulado en el contrato respectivo y de comprobar, en el terreno y en la obra misma, que esta es apta y adecuada para el uso del público y que se enmarca dentro de los requerimientos de los usuarios. Así, conforme a lo señalado en el artículo 39 del Decreto 956 – Reglamento del Decreto con Fuerza de Ley MOP 164, el inspector fiscal es el encargado de verificar el desarrollo del contrato de concesión y tendrá todas las funciones y atribuciones que señala dicha norma, así como las que señalan las bases de licitación.

2. Análisis de la experiencia colombiana

2.1 Desarrollo de las concesiones viales en Colombia

En el año 1994 se firmó el primer contrato de concesión vial, habiéndose identificado cuatro generaciones de contratos, distinguiéndose cada uno de ellos por los cambios paulatinos en los procesos de licitación, en la asignación de riesgos y en la ejecución del proyecto¹⁰¹.

La primera generación (1994 - 1996) presentó un gran número de adendas a los contratos de concesión causados, entre otros temas, (i). Por la carencia de estudios y diseño de ingeniería definitivos, lo que generó la existencia de un gran número de modificaciones en los diseños inicialmente establecidos y, con ello, mayores inversiones no previstas, en muchos casos a cargo del Estado, y (ii). Por cambios en el inventario predial en el momento de la construcción de las obras, producto del cambio en los diseños originales, lo que determinó la existencia de demoras en la adquisición y entrega de los terrenos necesarios¹⁰².

En la segunda generación (1997 - 2001), se buscó, fundamentalmente, mejorar la distribución de riesgos (de construcción y comercial) y, para ello, se decidió introducir como factor de competencia el ingreso esperado, y **licitar los proyectos con un mayor nivel de detalle de los estudios** (demanda, socioeconómicos) y del diseño. Respecto a este último punto, se estableció que el proyecto a ser concesionado tenía que contar con el estudio de diseño a nivel de detalle (lo que denominan los colombianos como Fase III), con licencias ambientales en trámite, **fichas prediales adelantadas**, estudios de tráfico más completos y estudios socioeconómicos detallados. En ese marco, los concesionarios tenían que completar la obtención de las licencias ambientales y fichas prediales antes de iniciar la construcción¹⁰³.

Luego, la tercera generación (2002 - 2007), a diferencia de sus generaciones predecesoras, no solamente comprendió la construcción y rehabilitación de vías, sino también busco alcanzar los estándares de calidad internacionales, mediante el mantenimiento integral y uniforme de las carreteras, la continuidad en el tráfico de vehículos, la implementación de criterios en el cobro de peajes y el establecimiento de un nivel óptimo de servicio y seguridad vial. Asimismo, introdujo el concepto de corredor vial, a través del cual se busca la comunicación entre los centros de producción, consumo, distribución y/o comercialización¹⁰⁴.

Con relación a la obtención de los predios, en esta generación de concesiones, se traslada la gestión de la adquisición a los concesionarios, manteniendo bajo la responsabilidad del Estado los procesos expropiatorios y el riesgo por sobrecostos. Paralelamente, el Instituto Nacional de Vías fortaleció sus capacidades en la gestión de valorización y compra de los terrenos¹⁰⁵. Mientras que, respecto al nivel de detalle del diseño, continuó siendo exigente, se requirió licencias ambientales en trámite, fichas prediales adelantadas, estudios de tráfico más completos, y estudios socioeconómicos detallados.

Finalmente, en la cuarta generación (2008 - a la actualidad), respecto a la distribución de riesgos vinculados con la entrega oportuna de los predios necesarios para la construcción de las carreteras, los contratos de concesión mantienen dicho riesgo al concesionario, dándole a su cargo la gestión predial, mientras que los sobrecostos están a cargo del Estado, hasta un porcentaje.

¹⁰¹ Acosta, Olga; Rozas, Patricio; Silva, Alejandro. Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia. Santiago de Chile. 2008. p. 11 - 12.

¹⁰² Acosta, Rozas y Silva. Op.cit. p. 13 - 14.

¹⁰³ Acosta, Rozas y Silva. Op.cit. p. 14 - 16.

¹⁰⁴ Ibid. p. 16-17.

¹⁰⁵ Ibid. p. 17 - 18.

2.2 Marco institucional y legal de las concesiones viales en Colombia

2.2.1 Marco institucional colombiano

Colombia cuenta con el Ministerio de Transportes (MT) que define, orienta y vigila la ejecución de la política nacional en materia de tránsito, transporte e infraestructura. En el año 2003, su estructura fue modificada¹⁰⁶, otorgándole la función de establecer las políticas para el desarrollo de la infraestructura mediante modalidades de participación de capital privado o mixto. Con ello, el MT asumió las funciones de regulación de la Comisión de Regulación del Transporte.

Entre los años 1991 y 2003, el Instituto Nacional de Vías (INVIAS), entidad adscrita al MT con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, se encargó de la ejecución de las políticas y proyectos relacionados con toda la infraestructura vial a nivel nacional, incluido la gestión de los contratos de concesión de carreteras¹⁰⁷.

En junio de 2003 se creó el Instituto Nacional de Concesiones (INCO), que asumió la gestión de los contratos de concesión suscritos por el INVIAS¹⁰⁸, convirtiéndose en el responsable de estructurar todas las concesiones de carreteras. Mientras que INVIAS mantuvo su responsabilidad de ejecutar las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la red vial nacional de carreteras.

Posteriormente, en el año 2011, a través de Decreto 4165, se creó la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), agencia nacional estatal de naturaleza especial adscrita al Ministerio de Transporte, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica.

La ANI asumió las funciones del INCO, teniendo como objetivo planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de APP, para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados, y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo infraestructura pública, cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional¹⁰⁹.

En mayo de 2014, a través del Decreto 946 de 2014, se creó la Unidad de Planeación de Infraestructura de Transporte, entidad que cuenta con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al MT. Su objetivo es planear el desarrollo de la infraestructura de transporte de manera integral, indicativa, permanente y coordinada con los agentes del sector¹¹⁰.

Asimismo, mediante el Decreto 947 de 2014, se instituyó la Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte, la cual cuenta con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte.

Finalmente, cabe señalar que, en Colombia existe el Consejo Nacional de Política Económica y Social¹¹¹, que es la máxima autoridad de planeación y se desempeña como organismo asesor del Gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país.

¹⁰⁶ Decreto 2.053 (2003)

¹⁰⁷ Acosta, Rozas y Silva. Op.cit .p. 26 - 28.

¹⁰⁸ Ley de creación del INCO: Decreto 1.800 (26/06/2003)

¹⁰⁹ Decreto 4165. Artículo 3. Objetivo.

¹¹⁰ Decreto 346 de 2014, artículos 1 y 2.

¹¹¹ Ley 19 de 1958.

2.2.2 Marco legal

En la nueva Constitución Política colombiana (1991), el artículo 58 indica que: «Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, **podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa**. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. **En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio**».

Mediante el artículo 34 de la Ley 105 de 1993, se permitió que la entidad estatal concedente pueda delegar la ejecución de las expropiaciones, en el concesionario o en un tercero, debiendo mantener su calidad de titular de los predios obtenidos a través de este mecanismo. Asimismo, indica que el máximo valor a pagar por los predios, o por las mejoras, será establecido por la entidad estatal, de acuerdo con las normas vigentes sobre la materia, o a través de avalúos comerciales que realizarán empresas afiliadas a las lonjas de propiedad raíz, en base a los criterios generales dictados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Finalmente, en relación a la expropiación administrativa, dicta que el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Transporte, los departamentos a través del gobernador y los municipios a través de los alcaldes, podrán decretar la expropiación administrativa con indemnización, para la adquisición de predios destinados a obras de infraestructura de transporte.

Finalmente, en el año 2012, se dictó la Ley 1508, a través de la cual se establece el régimen jurídico de las APP¹¹², incluyendo las iniciativas privadas. Al respecto, cabe señalar que esta norma obliga a la entidad pública, antes de iniciar el proceso de selección de la iniciativa privada, contar, entre otros documentos, con estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, **predial**, financiero y jurídico acordes con el proyecto¹¹³.

2.3 Particularidades del procedimiento de adquisición de predios en Colombia

A través de la Ley 388 (18 de julio de 1997), se norma el procedimiento de la obtención de predios necesarios para la ejecución de las obras. En el caso de las carreteras nacionales de Colombia, se inicia con el dictado de una Ley que declare de utilidad pública o interés social la obtención de los inmuebles, pudiendo utilizarse tres vías: la enajenación voluntaria (o trato directo), la expropiación judicial y la expropiación vía administrativa.

La enajenación voluntaria tiene como plazo máximo treinta días hábiles después de la comunicación de la oferta de compra. Si pasado este plazo no se ha logrado alcanzar un contrato de promesa de compraventa, se inicia la expropiación judicial, la cual solo procede por razones de utilidad pública o interés social, taxativamente señaladas en la Ley 388. Cabe indicar que, durante el proceso de expropiación y antes de la sentencia definitiva, es posible que el propietario y el Estado arriben a un acuerdo voluntario, lo que daría fin al proceso judicial¹¹⁴. Tanto en la enajenación voluntaria, como en la expropiación judicial, la inscripción de los predios a nombre de la entidad pública se realiza luego de agotar los procedimientos. En el caso que la enajenación voluntaria y la expropiación judicial estén a cargo del concesionario, las acciones y los plazos están detallados en el apéndice técnico 7 del contrato de concesión estándar: gestión predial.

¹¹² En el artículo 1, define a la APP como un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia, riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.

¹¹³ Ley 1508. Artículo 11.

¹¹⁴ Ley 388, artículo 61.

El tercer camino es la expropiación por vía administrativa, la cual debe ser autorizada expresamente por Ley, debido a que resulta más gravosa para el derecho de propiedad. Dicha Ley debe declarar, además, los motivos que generan la urgencia de afectar, por vía administrativa, al derecho de propiedad y los demás derechos reales que recaigan sobre los terrenos o inmuebles¹¹⁵. Esta vía es más expeditiva, pues permite que, en caso no se haya alcanzado a un acuerdo con el propietario durante el trato directo, la entidad pública inscriba el predio a su nombre (artículo 68 de la Ley 388) de manera inmediata. Si el sujeto pasivo no está de acuerdo con la expropiación, puede buscar la obtención de una nulidad y el restablecimiento del derecho lesionado, o busca controvertir el precio indemnizatorio reconocido, a través de la interposición de una acción contencioso – administrativa posterior (artículo 71 de la Ley 388).

Por otro lado, mediante la Ley 1682 de 2013, se adoptaron medidas para contribuir a solucionar los retrasos y sobrecostos presentes en la ejecución de los proyectos viales, por los problemas relacionados con la adquisición de predios, la obtención de permisos ambientales y la interferencia con redes de servicios públicos y otras infraestructuras, así como simplificar los procesos de adquisición y disposición de los predios requeridos para las obras¹¹⁶.

Así, entre las normas previstas en el Capítulo 1 del Título VI de la Ley 1682, Gestión y Adquisición Predial, se incluyó lo siguiente¹¹⁷:

- La autorización para inscribir las afectaciones en el folio de matrícula de los predios requeridos para los proyectos de infraestructura de transportes, con una duración máxima de doce años (Artículo 20). Antes de dichas afectaciones no podían superar los nueve años¹¹⁸.
- La creación del procedimiento denominado saneamiento automático, el mismo que es un efecto legal que opera por mandato de la Ley, a favor del Estado, y que le permite adquirir el pleno dominio de la propiedad inmueble, resolviendo a su favor cualquier vicio relativo a la titulación y tradición. Esto permite que la entidad cuente con la titularidad del predio sin tener que resolver previamente los vicios existentes o incluso los que puedan surgir de manera posterior al proceso de adquisición. Sin perjuicio de ello, los conflictos que puedan existir entre terceros se resuelven conforme a los mecanismos establecidos en la Ley (Artículos 8 y 21).
- La autorización a las entidades estatales para que, en caso exista acuerdo con el propietario sobre las condiciones para la adquisición del predio, se pueda descontar del precio y pagar directamente a los acreedores que tengan registrados gravámenes, limitaciones, medidas cautelares, etc. sobre el predio, y solicitar directamente al registrador el levantamiento del gravamen, limitación o medida cautelar (Artículo 22).
- Finalmente, en el artículo 28 se establece la posibilidad de otorgar la entrega anticipada de los bienes por orden judicial, en un plazo de treinta días calendario como plazo máximo.

Adicionalmente, consideramos importante resaltar, por un lado, el permiso de intervención voluntaria del inmueble objeto de adquisición o expropiación, otorgado por el propietario al Estado, el mismo que se realizará a través de un documento escrito, suscrito por la entidad y el titular inscrito en el folio de matrícula. El permiso será irrevocable una vez se pacte (Artículo 27). Por otro lado, el artículo 26 señala que si la información de catastro no coincide con la de los títulos registrados, el IGAC o la autoridad catastral correspondiente, convocará a los titulares de los derechos de dominio y demás interesados, directamente o a través de un medio de comunicación idóneo, para alcanzar a un acuerdo sobre cabida y/o linderos, sin el cual no se continúa el proceso de adquisición de los predios.

¹¹⁵ Ibid, artículos 63 - 65.

¹¹⁶ Garrigues. *Comentarios sobre la Ley de Infraestructura de Transporte (Ley 1682 de 2013)*. Diciembre 2013. p.1.

¹¹⁷ Ibid. p.4.

¹¹⁸ Ley 9 de 1989, Artículo 37.

Otra particularidad que deseamos destacar es que cuando los concesionarios se encargan de la compra de los predios, estos deben contratar a una empresa especializada para elaborar los avalúos comerciales corporativos, a fin de iniciar el procedimiento de la enajenación voluntaria (Punto 4.6 del Apéndice Técnico 7: Gestión Predial). Finalmente, debemos resaltar la existencia del Apéndice Técnico 7: Gestión Predial, como parte del contrato de concesión, pues este documento detalla las obligaciones, tanto de la Agencia Nacional de Infraestructura, como de la empresa concesionaria.

2.4 Asignación del riesgo de expropiación

Sobre el riesgo del valor, en Colombia este es compartido, el concesionario cubre los costos de la adquisición de los predios hasta el monto introducido en los contratos de concesión, distribuyendo los sobrecostos entre el Estado y el concesionario de la siguiente manera¹¹⁹:

- Del 100% hasta el 120%, la empresa concesionaria asumirá en su totalidad los costos adicionales al valor estimado de predios y compensaciones socioeconómicas.
- Superior al 120% hasta el 200%, el concesionario aportará el 30% y la ANI 70%.
- Superior al 200%, será a cargo totalmente de la ANI.

Asimismo, como una medida para incentivar la eficiencia del concesionario en la compra de los bienes, la cláusula 7.2, inciso (a) del contrato de concesión estándar, indica que una vez verificada la compra del 100% de los predios requeridos para el proyecto y ejecutado en su totalidad el plan de compensaciones socioeconómicas, el remanente de los recursos de la subcuenta predios será distribuido entre el concesionario y la ANI en una proporción 60/40 respectivamente, siempre que se cumpla que: más del 80% de los predios se hayan adquirido por trato directo, ya sea durante el proceso de expropiación o antes, y no se hubieren requerido aportes adicionales de la ANI. Si no se cumplen ambos requisitos, no habrá distribución y la ANI será la beneficiaria de la totalidad de los recursos remanentes.

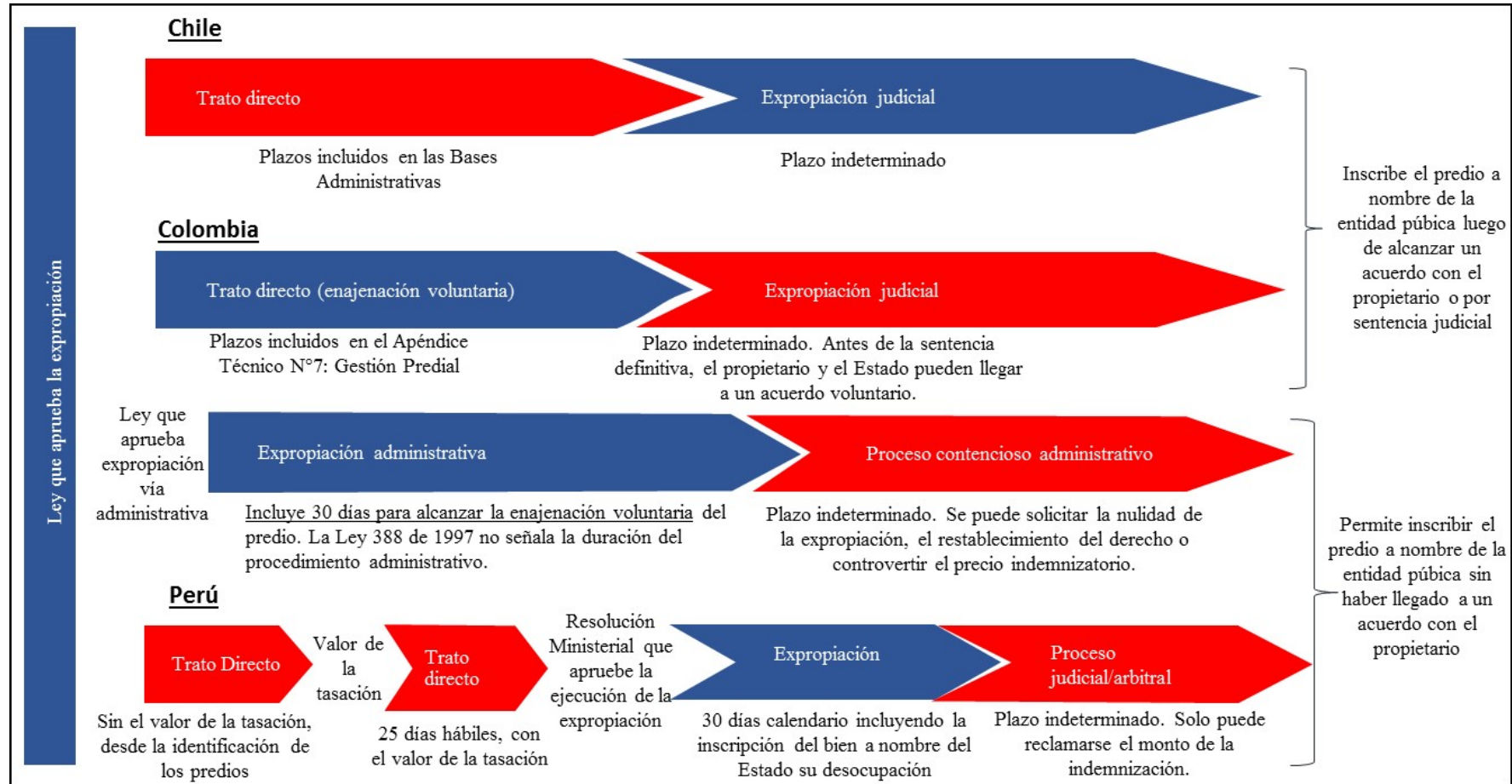
Cabe señalar que la ANI tiene la obligación de contar con los recursos disponibles en el fondo de contingencias. En el caso que se agoten los recursos para atender la obligación o sean insuficientes, se procederá el traslado de recursos de la subcuenta excedentes ANI. Si dichos recursos son insuficientes, la ANI deberá incluir en su propio presupuesto los recursos necesarios, previo el agotamiento de los requisitos establecidos en la ley vigente aplicable (cláusula 7.2, inciso (d), numeral (iv)).

Por el lado del riesgo de plazo, este es asumido en Colombia por el Estado, pues el retraso en la gestión predial (fuerza mayor predial), como resultado de causas no imputables al concesionario, es considerado como un evento eximente de responsabilidad para este último, obligando al Estado a compensar al concesionario por los costos ociosos de la mayor permanencia en la obra, mediante el reconocimiento de un monto diario definido por mutuo acuerdo de las partes (cláusula 7.4).

Finalmente, para iniciar la etapa de construcción del proyecto, según la cláusula 4.4, inciso (d) del contrato estándar, el concesionario deberá (i) haber adquirido o (ii) demostrado que se tiene disponibilidad sobre el 40% de la longitud efectiva de los predios necesarios para la ejecución de la primera unidad funcional, cuyas intervenciones deban acometerse al inicio de la fase de construcción de acuerdo con el plan de obras. Este porcentaje podrá ser mayor si así se establece entre el concesionario y los prestamistas.

¹¹⁹ Contrato de concesión estándar bajo el esquema de asociaciones públicas privadas, publicado en la página institucional de la Agencia Nacional de Infraestructura. Cláusula 7.2, inciso (c).

Anexo 9. Cuadro Comparativo del procedimiento de adquisición y expropiación de predios Chile, Colombia y Perú



Fuente: Elaboración propia, 2015

Nota biográfica

Ana Cristina Barrionuevo Luna

Nació en Cusco el 7 de enero de 1977. Bachiller en Derecho y abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Propiedad de Intelectual de la Universidad Carlos III de Madrid. Participó en el Curso de Competencia y Acceso al Libre Mercado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, como parte del Programa de Educación Ejecutiva Gerencial. Ocupa el cargo de directora de Sistema Administrativo II de la Secretaría General del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, habiendo ocupado antes el cargo de asesora legal de la Oficina General de Asesoría Jurídica de la misma entidad, evaluando temas normativos y de inversión. Asimismo, ha trabajado en el Ministerio de Economía y Finanzas como consultora de la Oficina General de Asesoría Jurídica y del Viceministerio de Economía, asesorando en temas relacionados con la inversión pública y privada.

Angie Jacqueline Watanabe Sisniegas

Nació en Lima el 1 de febrero de 1979. Bachiller y licenciada en Economía por la Universidad del Pacífico. Egresada de la Maestría en Ciencia Política, en la especialidad de Gestión Pública, de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cursó el Programa de Especialización en Proyectos de Inversión Pública en el Centro de Educación Ejecutiva de la Universidad del Pacífico y fue pasante del Programa de Visitantes Internacionales "Transparencia y Rendición de Cuentas" del Gobierno de los Estados Unidos. Ocupa el cargo de especialista de proyectos en CB Consult S.A.C. desde enero de 2013, donde asiste técnicamente a empresas en la formulación y ejecución de proyectos a través de mecanismos de asociación público-privadas y obras por impuestos. Además, posee experiencia profesional tanto en el sector público como el privado en áreas de monitoreo y evaluación de proyectos, y el proceso de descentralización del país.