

EL DERECHO DE EXPLOTACIÓN EN LAS CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA VIAL EN EL PERÚ: RELEVANCIA, RIESGOS Y CASOS CRÍTICOS

OPERATIONAL RIGHTS IN ROAD INFRASTRUCTURE CONCESSIONS IN PERU: RELEVANCE, RISKS AND CRITICAL CASES

Miguel Angel Paz Sime*
Pontificia Universidad Católica del Perú

In this article, the author examines the right to operate under road infrastructure concessions in Peru within the context of Public-Private Partnerships. He analyzes how this right, primarily exercised through toll collection, is essential to the economic equilibrium of concession projects.

The author also discusses the problems that arise when the Government violates the operational rights, whether through political or legislative decisions. The author highlights the legal and contractual implications of these violations, including claims for non-compliance and compensation mechanisms, with a focus on legal certainty and investment protection.

KEYWORDS: Operational rights; road infrastructure; toll collection; road concessions; contractual liability.

En el presente artículo, el autor examina el derecho de explotación en las concesiones de infraestructura vial en el Perú en el contexto de las Asociaciones Público-Privadas. Se analiza cómo este derecho, principalmente a través del cobro de peajes, es crucial para el equilibrio económico de los proyectos de concesión.

Asimismo, el autor discute los problemas que surgen cuando el Estado vulnera el derecho de explotación, ya sea por decisiones políticas o legislativas. Se destaca las implicaciones legales y contractuales de estas violaciones, incluidas las reclamaciones por incumplimiento y los mecanismos de compensación, con un enfoque en la seguridad jurídica y la protección de las inversiones.

PALABRAS CLAVE: Derecho de explotación; infraestructura vial; peajes; concesiones viales; responsabilidad contractual.

* Abogado. Magíster en Regulación de los Servicios Públicos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de CENTRUM PUCP - Escuela de Posgrado de la PUCP. Asociado Senior del Estudio Rosselló Abogados (Lima, Perú). Código ORCID: 0000-0001-9536-7275. Contacto: mpaz@rossellolaw.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 15 de marzo de 2025, y aceptado por el mismo el viernes 18 de abril de 2025.

I. LAS CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA VIAL

Las personas necesitamos recibir atención médica y servicios educativos, producir o adquirir nuestros alimentos, asistir a nuestro centro de trabajo y realizar otras actividades cotidianas¹. Asimismo, no todas nuestras necesidades pueden ser atendidas en un entorno próximo o inmediato a nuestro domicilio. La mayor parte de las veces necesitamos salir de nuestros barrios, nuestros distritos, nuestras provincias, nuestros departamentos o incluso de nuestro país.

Para desplazarnos, las personas utilizamos objetos, a los que llamamos medios de transporte, los cuales pueden estar destinados al uso propio o a la provisión de servicios a terceros. Asimismo, muy probablemente no solo necesitemos transportarnos nosotros, sino también nuestras posesiones materiales, para lo cual, igualmente, requerimos el uso de medios de transporte.

Ahora bien, la demanda de transporte –o, de manera más precisa, del uso de los medios de transporte– produce al mismo tiempo una demanda derivada, que es la del acceso al soporte, la vía o la plataforma que permita o facilite el inicio, proceso o fin de la travesía de los medios de transporte². De esa manera, tenemos que los medios de transporte que denominamos ‘aeronaves’ necesitan de la provisión de aeródromos o aeropuertos como puntos de embarque y desembarque, los medios de transporte que llamamos ‘embarcaciones’ requieren terminales portuarios en los puntos de origen y destino y, por supuesto, los vehículos de transporte terrestre utilizan terminales como puntos de origen y destino y carreteras como vía de desplazamiento.

Debido a la evidente importancia de la infraestructura para facilitar, contribuir o directamente permitir el transporte mismo, que es un mecanismo fundamental para la satisfacción de las necesidades esenciales de las personas, los Estados suelen asignarse un rol preponderante en la provisión de dicha infraestructura, reservándose

la titularidad de los proyectos de infraestructura de transporte. Ahora bien, la sociedad ha identificado, con el transcurso del tiempo y la experiencia histórica acumulada, que es posible obtener resultados más eficientes en la provisión de la infraestructura cuando el Estado recurre a la colaboración de empresas privadas especialistas en diseñar, construir, mantener y operar esas infraestructuras (Ministerio de Economía y Finanzas [MEF], 2020, pp. 14-18). Para tal efecto, los Estados –entre ellos, el Estado Peruano– recurren a empresas privadas especializadas y les encargan el desarrollo de los proyectos, los cuales se ejecutan “vía los sistemas de concesiones, asociaciones público-privadas y, en general, promoción de la inversión privada” (Huapaya, 2015, p. 381). Sin embargo, el Estado mantiene un rol regulador y adopta una posición de garante final ante la población por el acceso y uso regular, continuo y sostenible de dichas infraestructuras.

Para la provisión de infraestructura de transporte, como una carretera, es necesario llevar a cabo actividades como el diseño, la construcción, el mantenimiento y la operación. Estas actividades, como es obvio, generan costos y, por lo tanto, deben ser asumidos por alguien. Una primera opción de asignación de costos es que estos sean asumidos por el titular de la potestad de desarrollar los proyectos, es decir, el mismo Estado, lo que implica que sean los contribuyentes del país los que financien íntegramente la ejecución y operación de la infraestructura, con independencia de si algunos de ellos individualmente la utilizan o no. También existe la posibilidad de que dichos costos sean asumidos exclusivamente por quienes utilizan la infraestructura, es decir, los propietarios o usuarios de los medios de transporte. Por último, también es una opción que los contribuyentes asuman parcialmente los costos de la infraestructura y que la fracción restante sea pagada o retribuida por los usuarios.

El Estado implementa la primera opción a través de la contratación de empresas para que diseñen, ejecuten y conserven la infraestructura, pagándoles una contraprestación por la actividad que a

¹ Véase a De Rus, Campos y Nombela (2003, p. 5). Señalan que:

[...] el transporte no es un bien de consumo final, sino un bien intermedio. Salvo en viajes turísticos en los cuales el propio trayecto da valor al bien (por ejemplo, un crucero marítimo), el usuario se desplaza entre los puntos de origen y destino de un viaje para llevar a cabo alguna otra actividad (trabajo, estudios, ocio, etc.) Por tanto, se desea invertir en el trayecto la menor cantidad de tiempo posible, ya que el tiempo de viaje le supone una desutilidad. Las decisiones sobre la demanda de transporte están muy influidas por los tiempos en cada modo, además de las preferencias de los individuos y de las tarifas.

² Los mismos autores explican que existen “dos tipos de actividad” en:

[...] todos los modos de transporte [...]: siempre hay una infraestructura y unos vehículos que utilizan la misma [...] incluso en los modos de transporte en los que en principio podría pensarse que los vehículos no necesitan para moverse un soporte físico [...]. (2003, p. 3)

cada una le corresponda. Si la opción elegida es la segunda, su implementación se produce a través del otorgamiento de una concesión para que una empresa desarrolle y opere la infraestructura y recupere su inversión mediante el cobro a los usuarios. Y, por último, la tercera opción puede implicar también el otorgamiento de una concesión a favor de una empresa, para que desarrolle la infraestructura y recupere su inversión a través de dos fuentes: el cobro a los usuarios, que usualmente es deficitario, y el cofinanciamiento del monto necesario por parte del Estado para que el proyecto sea sostenible.

En nuestro país, las concesiones son la especie contractual más frecuente o recurrente de una modalidad legal más grande denominada **Asociación Público-Privada** (en adelante, APP) (Huapaya, 2013, p. 20; Baca y Ortega, 2013, p. 46; Céspedes y Paz, 2018, p. 21). Aunque no es materia de este trabajo desarrollar la evolución histórica de las APP, podemos mencionar que recibieron este nombre cuando, en la última década del milenio pasado, primero en el Reino Unido y luego en la Europa continental, las autoridades se dieron cuenta que lo más importante en el desarrollo de proyectos de infraestructura no era tanto la transferencia de riesgos al sector privado sino la óptima asignación de riesgos, lo que puede implicar que el Estado transfiera ciertos riesgos al sector privado, pero retenga otros. Las APP constituyen un modelo de desarrollo de proyectos que se contraponen a la provisión pública directa por parte del Estado, pero también a las nociones iniciales de las *Private Finance Initiative* británicas y a la concepción tradicional de la técnica administrativa de la concesión, que implicaba una transferencia prácticamente total a riesgo y ventura de la empresa concesionaria. En contraste con dichos enfoques, las APP

se fundamentan en el precepto de la distribución adecuada de riesgos, que es aplicable respecto de todas sus modalidades o especies, incluidas las actuales concesiones (Nieto, 2014, pp. 390-398; Mairal, 2013, pp. 205-217; Céspedes & Paz, 2018, pp. 11-20).

Bajo la legislación peruana, las APP pueden ser: (i) autofinanciadas cuando los proyectos son económicamente autosostenibles con recursos privados, por ejemplo, cuando lo cobrado a los usuarios es suficiente para retribuir los costos de inversión, operación y mantenimiento del inversionista privado o (ii) subsidiadas (la ley les llama ‘cofinanciadas’) cuando la retribución del inversionista privado es efectuada parcial o totalmente por el Estado.

En el caso de las carreteras, las concesiones son autofinanciadas cuando los proyectos viales se autosostienen con los peajes recaudados de los usuarios, lo cual se correspondería con la segunda opción de distribución de costos antes mencionada; en tanto que son cofinanciadas o subsidiadas cuando el peaje no es suficiente para recuperar la inversión, por lo que el Estado paga un importe fijo a las empresas concesionarias, teniendo el peaje la finalidad de disminuir el monto comprometido y pagado por el Estado, lo que se correspondería con la tercera opción antes mencionada.

Si el Estado optara por la primera opción de distribución de costos, es decir, que sean los contribuyentes los que asuman íntegramente los costos de la carretera, probablemente el proyecto no sería desarrollado como una APP o concesión, sino que recurriría a otros esquemas de contratación pública, como la obra pública tradicional o incluso los denominados proyectos gobierno a gobierno (G2G), entre otros semejantes.

Tabla 1: Alternativas de desarrollo de infraestructura y modalidades contractuales

Alternativa de desarrollo de la infraestructura, según mecanismo de Financiamiento y Retribución	Modalidad contractual usual
‘Primera opción’: Inversión Pública	Contratación pública tradicional, Contratos Gobierno a Gobierno (G2G), Contratación a través de organismos multilaterales, etc.
‘Segunda opción’: Inversión privada y recuperación mediante el cobro a los usuarios	APP: Concesión autofinanciada
‘Tercera opción’: Inversión privada y recuperación mediante el cobro a los usuarios y pagos del Estado	APP: Concesión cofinanciada

Fuente: Elaboración propia.

Efectuando un resumen progresivo hasta este punto, podemos anticipar ciertas conclusiones:

- La demanda de infraestructura de transporte surge como una demanda derivada de la demanda por servicios de transporte. En particular, en el caso de las carreteras, estas

aparecen como una necesidad derivada de la demanda por el uso de vehículos de transporte terrestre.

- Debido a la importancia de la provisión de la infraestructura vial en la atención de necesidades esenciales y cotidianas de las per-

sonas, el Estado es el titular del desarrollo de proyectos viales, pero puede decidir que quienes ejecuten, mantengan y gestionen directamente dichos proyectos de carreteras o autopistas sean empresas privadas.

- Cuando el Estado decide que la gestión directa de los proyectos de infraestructura vial recaiga sobre empresas privadas, se vincula con ellas a través de una modalidad legal denominada **Asociación Público-Privada (APP)**, siendo la forma más recurrente la concesión, a través de contratos.
- Es fundamental que, en la estructuración de una APP, como los proyectos de concesión de infraestructura vial, se efectúe una adecuada asignación o distribución de los riesgos del proyecto.
- Las APP o concesiones en infraestructura vial pueden ser autofinanciadas, cuando la inversión se recupera íntegramente con el peaje, o cofinanciadas, cuando la retribución del inversionista proviene tanto del peaje como del presupuesto del Estado.

II. EL DERECHO DE EXPLOTACIÓN EN LAS CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA VIAL

De modo general, las empresas concesionarias de infraestructura vial tienen a su cargo la ejecución de múltiples prestaciones como la elaboración de los estudios para las obras obligatorias, el cierre financiero (es decir, la contratación de los financiadores, denominados ‘acreedores permitidos’, para el desembolso de los recursos financieros que permitirán acometer las obras), la ejecución propiamente dicha de las obras obligatorias (que pueden ser las obras requeridas por el Estado en una iniciativa pública o las obras ofertadas por el postor ganador durante el mismo proceso de selección), el mantenimiento de las obras a su cargo y de las instalaciones preexistentes entregadas por el Concedente, la provisión de servicios obligatorios, el cumplimiento de estándares de calidad de la vía denominados ‘niveles de servicio’, las defensas posesorias de las áreas entregadas por el Concedente, la contratación de garantías y seguros, entre otras³.

En las concesiones autofinanciadas, la única contraprestación a favor de las concesionarias de

infraestructura vial es la recaudación de peaje. Eso es lo que dice expresamente, por ejemplo, la cláusula 10.1 del Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro: “Los costos de inversión, Operación y Conservación en que incurra el CONCESIONARIO serán cubiertos con la recaudación del Peaje [...]” (2010, p. 59). Esto significa que la recuperación del financiamiento efectuado por los acreedores permitidos y el aporte propio de los accionistas destinado para cubrir los costos de inversión, operación y mantenimiento se efectúa únicamente a través de la recaudación de peaje, actividad que se encuentra asociada al derecho de explotación.

El derecho de explotación puede ser entendido como la facultad que tienen las empresas concesionarias de recuperar sus inversiones, tal como lo declara la cláusula 8.1 del Contrato de Concesión de la Red Vial 4: “La Explotación de los Tramos de la Concesión por el CONCESIONARIO constituye un derecho, en la medida que es el mecanismo mediante el cual el CONCESIONARIO recuperará la inversión como consecuencia de la prestación del Servicio” (2009, p. 49).

¿Cómo se materializa el derecho de explotación? Con la operación física o técnica de la recaudación de peaje en las correspondientes estaciones o unidades de peaje. Así, por ejemplo, lo prevén las cláusulas 9.6 y 9.7 del mismo Contrato de Concesión de la Red Vial 4, al establecer que:

Se exigirá el pago del Peaje a cada Usuario que utilice los Tramos de la Concesión, de acuerdo a la categoría de vehículo” y que “el cobro del Peaje será por derecho de paso, lo que implica que se cobrará al Usuario de los Tramos de la Concesión que no se encuentre exento de pago [...]”. (2009, p. 57)

Ahora bien, para que el derecho de explotación pueda ser ejercido plenamente sin la amenaza de que el Gobierno, de manera oportunista —una vez ejecutadas las inversiones—, decida suprimir el peaje, el Estado Peruano suele garantizar que dicho ejercicio se efectúe de manera ininterrumpida y hasta el fin de la concesión, tal como lo regula expresamente la cláusula 3.4.d) del Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro, según la cual el concedente se compromete a que “[...] el CONCESIONARIO tendrá derecho a la Explotación desde el día siguiente de la suscripción de la pri-

³ Por ejemplo, pueden considerarse los siguientes contratos de concesión, registrados en el portal institucional del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público: (i) Contrato de Concesión de la Red Vial 4; (ii) Contrato de Concesión de la Red Vial 5; (iii) Contrato de Concesión del Tramo 5 del Corredor Vial Interoceánico Sur; (iv) Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro; (v) Contrato de Concesión de la Autopista del Sol, entre otros.

mera Acta de Entrega Parcial de Bienes [...] y este derecho solo concluirá en los supuestos de Caducidad de la Concesión” (2010, p. 25).

En ese sentido, resulta claro que en las concesiones autofinanciadas, el derecho de explotación mediante la recaudación de peaje es un presupuesto esencial para el equilibrio entre las prestaciones relativas a la provisión de la infraestructura y la recuperación de los costos por dicha provisión. Debido a ello, es necesario que el Estado garantice su ejercicio ininterrumpido.

Imagen 1: Equilibrio económico financiero entre obligaciones del Concesionario y su derecho de explotación en una concesión autofinanciada



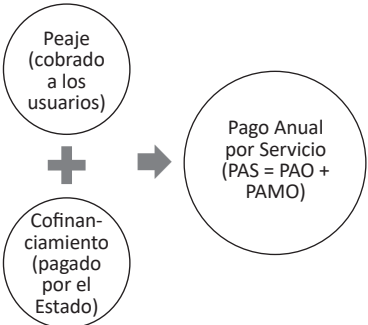
Fuente: Elaboración propia.

De otro lado, aunque en el texto de los contratos de concesión correspondientes a las concesiones cofinanciadas igualmente se suele asociar el derecho de explotación con el cobro de peaje, en estricto, la recuperación de los costos no depende de lo que se recauda. Al respecto, en este tipo de concesiones, lo ordinario es que el concedente asume el compromiso de garantizar al concesionario una contraprestación fija que se denomina Pago Anual por Servicio (en adelante, PAS), que está conformada por el Pago Anual por Mantenimiento y Operación (en adelante, PAMO) y el Pago Anual por Obras (en adelante, PAO), que, en líneas generales, retribuyen el *capex* y el *opex* de la infraestructura respectivamente. Este PAS, además de ser la suma del PAMO y PAO, es también la suma de la recaudación de peaje y el cofinanciamiento a cargo del Concedente.

El funcionamiento del régimen económico de una concesión vial cofinanciada queda adecuadamente resumido con una breve revisión del Apéndice 3 del Anexo XIII del Contrato de Concesión del Tramo 5 del Corredor Vial Interoceánico Sur, cuyo idéntico contenido se replica en otros contratos. En este se señala que “el pago del PAS se efectuará

a través de las siguientes fuentes: a) la recaudación de peaje y b) el cofinanciamiento”, además de establecer que “el monto del PAS asciende a la suma conjunta del PAO y el PAMO ofertados” (2007, p. 302) y que el cofinanciamiento es igual a la suma de PAMO y PAMO (o sea, el PAS), menos la recaudación de peaje.

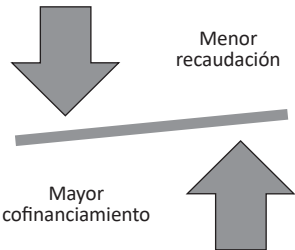
Imagen 2: Composición de la retribución del Concesionario (PAS) en una Concesión Vial Cofinanciada



Fuente: Elaboración propia.

El PAS es fijo a diferencia de la recaudación de peaje, que es variable y depende de la demanda derivada de transporte. Ahora bien, para mantener el PAS constante, el cofinanciamiento también tiene que ser aritméticamente variable, de modo tal que cada sol que se recaude es un sol que el Estado deja de desembolsar (o cofinanciar) y cada sol de menos que se recaude es un sol más que el Concedente debe cofinanciar o subsidiar. En síntesis, lo que los usuarios pagan por concepto de peaje disminuye el desembolso de recursos públicos a cargo del Concedente.

Imagen 3: Relación entre la recaudación y el cofinanciamiento en una concesión vial cofinanciada



Fuente: Elaboración propia.

Como se puede apreciar, la práctica adoptada en el Perú para las concesiones cofinanciadas es que la recaudación de peaje (debido a que suele ser diminuta en comparación con la magnitud de ingresos requerida para la recuperación de inversión) resulta ser indiferente para las empresas concesionarias, pues sus ingresos no dependen del peaje sino del compromiso de pago firme asumido por el Estado. La recaudación termina siendo más bien relevante para el concedente, pues

mientras mayor es la recaudación de peaje menos se afecta su presupuesto⁴.

En resumen, el derecho de explotación a través del cobro de peaje retribuye íntegramente las inversiones y los costos de operación y mantenimiento en las concesiones autofinanciadas, en tanto que en el caso de las concesiones cofinanciadas, el peaje disminuye el empleo de recursos públicos.

Ahora bien, la explotación suele ser mencionada en los contratos de concesión, como un derecho –por demás explicado y hasta sobreentendido– pero también como un deber. ¿En qué sentido la explotación de una concesión es un deber? El contenido de este deber se relaciona con el principio de no discriminación a los usuarios, de modo tal que las empresas concesionarias están impedidas de realizar exenciones o conceder liberalidades a determinados usuarios por razones comerciales. Ciertamente, el alcance de este deber se ve limitado cuando el mismo Concedente autoriza que determinados usuarios abonen tarifas diferenciadas (como se puede apreciar en el Contrato de Concesión de la Autopista del Sol), de modo que los usuarios que pertenecen al área geográfica más próxima a las unidades de peaje y se desplazan frecuentemente sobre ellas paguen una tarifa inferior a la regular. Asimismo, existe una regulación especial y expresa contenida en el Decreto Ley 22467 (del año 1979) y sus normas modificatorias sobre los vehículos exonerados del cobro de peaje, tales como: las ambulancias, los patrulleros policiales y las unidades de emergencias del Cuerpo General de Bomberos Voluntarios, cuando este tipo de vehículos se encuentra en servicio. Como resulta evidente, el crucial y urgente servicio público que prestan estas unidades o instituciones explica las razones por las cuales estos vehículos se encuentran exonerados del cobro de peaje.

De otro lado, también es posible entender la explotación de la concesión como un deber si es concebida como la operación de la infraestructura vial dentro de la cual se generan múltiples relaciones comerciales o de consumo entre la empresa concesionaria y cada usuario pagante del peaje, lo que supone tener unidades de peaje debidamente habilitadas para la recaudación y cumplir determinados estándares de operación, como el tiempo

de espera en cola en las unidades de peaje, así como disposiciones normativas relativas a la oportunidad de publicación de las tarifas, recepción y atención de reclamos, entre otros.

III. OTROS PROPÓSITOS DEL PEAJE

Bajo una lógica financiera del desarrollo de proyectos de inversión en infraestructura vial, el peaje es el mecanismo para recuperar total o parcialmente dicha inversión, así como los costos de operación y mantenimiento.

Sin embargo, si nos aproximamos a los instrumentos regulatorios y las políticas públicas para un transporte sostenible y un buen uso de los bienes de dominio público, el peaje también puede ser concebido como una herramienta regulatoria para transmitir una señal de escasez. ¿Y esto por qué es importante? Porque si un bien puede ser usado o apropiado sin que se tenga que pagar por ello, muy probablemente el bien experimentará una saturación en uso y una degradación en su calidad.

Esto puede ocurrir después de la inauguración de una nueva infraestructura vial urbana (Redacción El Comercio, 2022). Al inicio la puesta en operación de una nueva infraestructura parece ser el esperado remedio de los problemas de congestión, pues los usuarios se benefician con la capacidad vial añadida, probablemente experimentando un incremento de la satisfacción o la utilidad en el transporte al llegar más rápido a su destino. Sin embargo, al poco tiempo, conforme los usuarios empiezan a tomar conocimiento de la existencia de la nueva infraestructura, empieza a saturarse y a generar nuevos ‘cuellos de botella’, desapareciendo el fugaz beneficio de la novedad.

Parte de este problema se puede explicar por la falta de una señal de escasez. Cuando no se recibe una señal del mercado que transmita la idea de que un bien es escaso, es decir, que cuesta, se produce un desajuste entre la demanda de la infraestructura, es decir, entre los automóviles que ocupan la vía y la capacidad de la infraestructura, quedando esta última saturada (De Rus *et al.*, 2003, pp. 347-348). En cambio, cuando se transmite una señal de escasez de la infraestructura mediante el cobro de un precio por utilizar la vía, que es justamente la

⁴ Desde una perspectiva teórica, también podrían estructurarse concesiones cofinanciadas donde no exista un PAS que retribuya íntegramente las inversiones y la operación y mantenimiento sino simplemente la obligación de cofinanciar un importe fijo (que intencionalmente sea calculado por debajo del mínimo necesario para cubrir todos los costos de inversión y operación) y que se traslade al Concesionario el riesgo de demanda. En estos casos, el funcionamiento de estas concesiones sería semejante al de una concesión autofinanciada, donde la recaudación de peaje es la preocupación económica fundamental para el inversionista privado y básicamente guarda una relación de identidad con el derecho de explotación. Sin embargo, nominalmente se trataría de una concesión cofinanciada debido al desembolso de recursos públicos.

noción de peaje, los usuarios internalizan dentro de sus costos particulares los costos asociados a la congestión (Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional, 2015).

En un escenario donde se emiten con claridad señales de escasez, el consumo o uso de la infraestructura se disciplina, de modo que no se llega –al menos en el corto plazo– a degradar la utilidad o disponibilidad de la infraestructura vial. Y precisamente, el peaje es un buen indicador de la escasez de la infraestructura. Por supuesto, existen herramientas regulatorias alternativas, pero la literatura reconoce la eficiencia, eficacia y no regresividad de los peajes, lo que los convierte en un mecanismo apropiado para combatir o regular la congestión, en comparación, por ejemplo, con mecanismos que limitan la cantidad de viajes por automóvil (Fageda & Flores-Fillol, 2018), como las regulaciones pico-placa o semejantes.

De otro lado, no cabe duda de que los resultados pueden ser mejores si la implementación de una señal de escasez en el corto plazo se complementa con el despliegue de mayor infraestructura en el largo plazo y sobre todo si dichas obras vienen acompañadas de políticas públicas basadas en evidencia, por ejemplo, aquellas que privilegian la movilidad sostenible mediante el transporte masivo sobre el transporte individual.

Sin ánimo de ser pretencioso ni de ofrecer soluciones milagrosas que escapen a nuestras competencias, es recomendable tomar los consejos de autores como De Rus *et al.*, quienes comentan que:

A medio y largo, plazo, las soluciones pueden ser acometer proyectos de ampliación de la infraestructura viaria, de forma que permita acomodar flujos de tráfico mayores, o tratar de desviar parte de la demanda hacia otros medios de transporte público alternativos (generalmente, autobuses, metro y ferrocarril son opciones para tratar de aliviar la gestión en entornos urbanos). (2003, p. 349)

Ciertamente, a lo que se debe aspirar es a la implementación de una estrategia combinada de colocación de peajes sobre carreteras de alta ca-

pacidad sin dejar de proveer infraestructura complementaria sin pago, acompañando la receta con mecanismos de regulación de la circulación terrestre que privilegien el transporte público masivo.

Es interesante que la ley peruana sobre transporte y tránsito terrestre recoja los preceptos fundamentales que deben ser utilizados como guía para los *policy makers* en la elección de los mecanismos regulatorios sobre el uso de las vías públicas⁵, partiendo de la premisa fundamental de que quien usa la infraestructura vial debe internalizar los costos derivados de su decisión. El peaje tiene como finalidad precisamente que los usuarios internalicen sus decisiones y elecciones al movilizarse, de tal manera que no se degrade ni sature la infraestructura vial.

Las concesiones de infraestructura vial aportan con la provisión de la infraestructura de alta capacidad a la que se añaden señales de escasez para su uso racional mediante el cobro de peaje. Tenemos entonces una ‘pata’ de la mesa de las herramientas combinadas para atender los problemas relativos al transporte y la congestión. No obstante, no tenemos suficiente infraestructura vial. Es necesario desarrollar más y nuevos proyectos viales de alta capacidad y con mecanismos que racionalicen el uso de la infraestructura, lo que implica desde destrabar proyectos pendientes hasta la formulación de nuevos proyectos. Sin embargo, como ya se ha señalado, la promoción de nuevas concesiones viales no es lo único que hace falta. Las demás ‘patas’ (vías urbanas complementarias y alternativas, transporte masivo, entre otras) también son importantes.

IV. ASIGNACIÓN DEL RIESGO DE DEMANDA EN CONCESIONES VIALES

Las ventajas del despliegue de infraestructura vial, especialmente en un país con una gigantesca brecha de infraestructura para la movilidad sostenible, son probadas en materia de conectividad, competitividad e incluso en seguridad vial (Aguirre, 2024), especialmente cuando los proyectos se desarrollan como APP (Bonifaz y Fasanando, 2021). Asimismo, como ya se ha comentado extensamente, el peaje funciona como un mecanismo

⁵ Artículos 6 y 7 de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre.-

6.1 El Estado procura que todos los agentes que intervienen en el transporte y en el tránsito perciban y asuman los costos totales de sus decisiones, incluidos los costos provocados sobre terceros como consecuencia de tales decisiones. Asimismo, promueve la existencia de precios reales y competitivos en los mercados de insumos y servicios de transporte y corrige, mediante el cobro de tasas u otros mecanismos similares, las distorsiones de costos generadas por la congestión vehicular y la contaminación.

[...]

7.2 Con el fin de inducir racionalidad en las decisiones de uso de la infraestructura vial, el Estado procura que los costos asociados a la escasez de espacio vial se transfieran mediante el cobro de tasas a quienes generan la congestión vehicular. (2012)

para la recuperación total o parcial de las inversiones acometidas para la provisión de la infraestructura y de los servicios obligatorios que se prestan sobre aquella y, al mismo tiempo, como una señal de escasez para disciplinar la disponibilidad y el uso de la infraestructura.

Por lo tanto, lo que la ciudadanía debería esperar y reclamar es que se ejecute más infraestructura vial para atender la mencionada brecha. Ahora bien, probada la necesidad de ejecutar múltiples proyectos de infraestructura vial, es natural que los estructuradores se enfrenten a una cuestión fundamental mientras desarrollan los proyectos: ¿cuál debe ser el esquema de asignación de riesgos del proyecto? En particular, ¿a quién se le asignará el riesgo de demanda? En primer lugar, debe tomarse en cuenta que si un proyecto se diseña como una APP es porque la participación de la inversión privada es deseable y puede incrementar las ganancias de eficiencia. Sin embargo, el entusiasmo por la participación privada no debe hacer perder de vista que lo fundamental en el desarrollo del proyecto es asignar los riesgos acertadamente, de modo tal que el proyecto no resulte “peor de lo planeado” (Barrantes, 2009, p. 331) o, si ocurriera alguna contingencia, esta pueda ser superada con éxito.

La literatura especializada en APP y concesiones recomienda enfáticamente considerar como criterio fundamental para la distribución de los riesgos de un proyecto la mejor capacidad para gestionar, administrar, mitigar e incluso soportar los riesgos (Barrantes, 2009, p. 331; Dammert, 2009, p. 340; Guasch, 2005, p. 255; Kerf *et al.*, 1998). Siguiendo ese orden de ideas, podemos mencionar, por ejemplo, que el riesgo constructivo naturalmente debe asignarse al inversionista privado. ¿Por qué? Porque quien se encuentra en mejor posición para afrontar los sobrecostos o las demoras por la ejecución de sus propios métodos constructivos o por la idoneidad de sus propios estudios es el ejecutor físico del proyecto. A la inversa ocurre respecto del riesgo por cambios en las leyes, es decir, el riesgo de que, por una nueva regulación, se incrementen los costos o se disminuyan los ingresos del proyecto objeto de un contrato que el Estado de la República ha formulado, estructurado, negociado, aprobado y firmado; obviamente, del inversionista privado no depende que se aprueben cambios en las leyes sino que es el Estado quien se encuentra en mejor capacidad de evitar que dicha contingencia se produzca y, por lo tanto, debe ser quien soporte el riesgo en caso dichos cambios legales impacten en la economía del proyecto.

Tabla 2: Asignación de los riesgos en proyectos de APP

Riesgo		¿Cómo se manifiesta?	¿Quién lo debe administrar o soportar?
Inversión	Diseño	Mayores costos o retrasos en la ejecución de las obras por deficiencias en los estudios técnicos o de ingeniería.	El que diseña (de preferencia, el inversionista)
	Financiamiento	Imposibilidad de conseguir el cierre financiero.	Inversionista
	Construcción	Sobrecosto o demora en la ejecución de las obras por aspectos constructivos.	Inversionista
		Sobrecosto o demora en la ejecución de las obras por falta de disponibilidad de terrenos (riesgo de expropiación).	Estado
Explotación	Mantenimiento y operación	Subestimación de volumen o tráfico que genere mayores costos de mantenimiento de la infraestructura o atención de usuarios.	Inversionista
	Ingresos	Tráfico o demanda	Depende
		Decisión gubernamental que impida cobrar o aumentar las tarifas.	Estado
		Generación del derecho a percibir (o a incrementar) ingresos, a condición de que se ejecute la infraestructura o se preste el servicio.	Inversionista
Ambas Etapas	Regulatorio	Variaciones normativas generales (tributarias, laborales y societarias).	Ambos
		Variaciones normativas sobre el objeto contractual.	Estado
	Fuerza mayor	Reconstrucción por desastre natural imprevisto.	Inversionista (a través de la aseguradora)
		Imposibilidad de cumplir obligaciones por catástrofe.	Ambos
		Disminución de ingresos por oposición social de usuarios al cobro.	Ambos

Fuente: Elaboración propia a partir de Dammert (2009), MEF (2016) y Kerf *et al.* (1998)

¿Qué ocurre con el riesgo de demanda? El riesgo de demanda consiste en la posibilidad incierta de que la demanda sea insuficiente para retribuir los costos de la infraestructura. Si la infraestructura es muy demandada y los usuarios tienen alta disponibilidad de pago, muy probablemente el proyecto pueda ser concebido como autofinanciado. En contraste, si la infraestructura, a pesar de ser socialmente muy demandada, no puede ser repagada por la limitada capacidad de pago de los usuarios, probablemente el Estado tenga que desembolsar recursos públicos para la sostenibilidad del proyecto. La estructuración de cada proyecto vial depende de la realidad socioeconómica y de las necesidades de la ciudadanía, las cuales requieren ser atendidas. Por lo tanto, no en todos los proyectos se puede asumir un mismo esquema de asignación de riesgos (en particular, del riesgo de demanda).

En algunos casos, qué duda cabe, el proyecto puede ser estructurado asignando el riesgo de demanda íntegramente sobre el concesionario, de modo que sus ingresos y rentabilidad dependan del tráfico real y la capacidad de pago de los usuarios.

Ahora bien, incluso para este esquema de asignación del riesgo de demanda, los contratos de concesión suelen incorporar ciertos mejoradores del perfil del riesgo del proyecto, de modo tal que este se modere y no ahuyente demasiado a los potenciales inversionistas por su posible aversión al riesgo (Pereyra, 2008). Por ello, por ejemplo, en los proyectos de infraestructura vial autofinanciados, se ha introducido una obligación o compromiso contingente a cargo del Estado, denominado 'Ingreso Mínimo Anual Garantizado' (en adelante, IMAG), que sirve como una suerte de piso para que la concesión sobreviva retribuyendo la operación y mantenimiento, en caso de que la recaudación efectiva sea ridícula o diminuta. Sin embargo, si la recaudación resulta ser mayor que el IMAG, este no se activa. Y esto puede ocurrir en un escenario de una recaudación igualmente deficitaria aunque un céntimo superior al IMAG como en el de un escenario superavitario, pues el riesgo de demanda o tráfico permanece asignado en cabeza del concesionario. Otros contratos, igualmente autofinanciados, incluyen garantías tarifarias, de modo que, si una autoridad prohíbe cobrar el peaje, el Concedente asume la pérdida de ingresos y compensa al concesionario. Otras garantías mejoradoras del

perfil del riesgo del proyecto pueden ser los compromisos de pago en caso de imposibilidad de cobro del peaje por oposición social.

Además de los proyectos donde es posible que el riesgo de demanda repose sobre la cabeza del concesionario, también pueden estructurarse proyectos que son altamente rentables desde una perspectiva social, pero que ofrecen una limitada rentabilidad financiera. En estos casos, existe una demanda real de provisión de una infraestructura vial, pero también una limitada capacidad de pago de la población del área de influencia. ¿Qué se hace en esos casos? El proyecto vial no puede retribuirse solo con el peaje —y ni siquiera se incluyen garantías mínimas de ingreso— sino que es directamente estructurado como una concesión cofinanciada, donde el riesgo de demanda lo asume el Concedente, a través de su compromiso firme⁶ de garantizar a las empresas concesionarias de infraestructura vial una retribución fija denominada PAS.

V. PROBLEMAS PARA LA SEGURIDAD JURÍDICA POR AFECTACIÓN AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN

El derecho de explotación es esencial para la sostenibilidad de los proyectos viales, que son tan necesarios para atender la brecha de infraestructura y satisfacer las necesidades de la ciudadanía. A través del derecho de explotación se logra el equilibrio económico-financiero de la concesión, pues su ejercicio permite recuperar los costos de inversión y operación y mantenimiento, especialmente, en el caso de las concesiones autofinanciadas. Asimismo, en el caso de las concesiones cofinanciadas, el cobro a los usuarios disminuye el cofinanciamiento a cargo del Estado, lo cual también contribuye a garantizar el equilibrio económico-financiero y a procurar el cuidado del presupuesto público.

Sin embargo, el Estado de la República del Perú, a través de distintas dependencias, en la última década ha venido adoptando conductas, acciones u omisiones contrarias al derecho de explotación en algunas concesiones, lo cual viene siendo un flagelo no solo contra la sostenibilidad de los proyectos directamente afectados (porque al fin y al cabo, las acciones culposas o dolosas pueden acarrear responsabilidad contractual bajo la ley peruana o incluso bajo el Derecho Internacional Público, en

⁶ Por 'compromiso firme' debe entenderse a toda obligación de pago del Estado que se debe efectuar en una oportunidad o de manera periódica. Se trata de una obligación cuya oportunidad está predefinida; por ejemplo, el depósito trimestral del PAMO. Se contraponen al 'compromiso contingente', que es una obligación potencial del pago del Concedente, la cual se activa cuando se produce la condición contractual eventual e incierta que la gatilla; por ejemplo, el compromiso asumido por el Concedente en algunos contratos de concesión de pagar los montos dejados de recaudar, en caso se produzcan y se extiendan en el tiempo eventos de oposición social que impidan cobrar el peaje.

caso de que se produzca la vulneración de un tratado de protección de inversiones), sino también contra la seguridad jurídica y la promoción de la inversión privada.

A continuación, se repasan algunos antecedentes de esta última década, esperando que su remembranza genere una investigación complementaria sobre las causas de estos incumplimientos por parte del Estado de la República del Perú y que motive a una reflexión sobre las oportunidades de mejora en cuanto a la promoción de las inversiones en infraestructura.

A. Privación del derecho de explotación por ley: el caso de la Ley 31018

1. Contexto de la transgresión al derecho de explotación

En el contexto de la pandemia por la enfermedad del coronavirus iniciada en el 2019 (COVID-19), se dictaron una serie de medidas que, por lo menos al inicio, se consideraban razonables y apropiadas para limitar el contagio. Es el caso, por ejemplo, de la denominada 'inmovilización social obligatoria' dispuesta por el Decreto Supremo 044-2020-PCM, cuyo propósito era evitar que las personas salieran de sus hogares, salvo para producir y comprar alimentos o medicamentos, o para proveer servicios públicos esenciales de agua, telecomunicaciones, residuos sólidos, electricidad, gas, saneamiento y los servicios funerarios. En dichas circunstancias, el desplazamiento por carretera en el territorio nacional quedó drásticamente disminuido, pues las unidades vehiculares que se desplazaban eran fundamentalmente aquellas que participaban en dichos mercados que se consideraban esenciales, así como las unidades vehiculares que siempre tenían la condición de exoneradas de pagar peaje por tratarse de unidades de emergencia o patrullaje para el cumplimiento de las normas relativas a la cuarentena.

La consecuencia natural de dicha disposición sobre las concesiones viales fue la disminución del tráfico. Sin embargo, su alcance normativo era mucho más amplio pues se trataba de una medida de alcance general y que, aunque restringía la libertad de desplazamiento de los ciudadanos, podía ser concebida como una medida idónea para detener

el brote del coronavirus, por lo menos en función de la información global y nacionalmente disponible hasta ese entonces. Asimismo, aunque era una medida que impactaba en las expectativas económicas de las partes contratantes (concretamente, en los ingresos de los concesionarios) no implicaba una modificación de los términos contractuales. En otras palabras, se trataba de una modificación legal semejante a las disposiciones que incrementan la remuneración mínima vital, generan nuevos impuestos, entre otras reglas de aplicación general que, aunque impactan económicamente sobre las partes, no modifican lo pactado. En todo caso, como cualquier ley o regulación sobreviniente al respectivo contrato de APP o concesión que no implicara una modificación del contenido contractual, era de cumplimiento obligatorio, aunque, dependiendo de su impacto económico en ingresos o costos sobre la concesión, podía gatillar la activación de las cláusulas de restablecimiento de equilibrio económico-financiero por los cambios en las leyes.

Ahora bien, además de esta primera medida (probablemente justificada), el Estado de la República del Perú, dictó una segunda medida regulatoria que impactó sobre las concesiones viales. Fue la Ley 31018, emitida por el Congreso de la República, no sin la objeción del Poder Ejecutivo. Al respecto, el texto de esta ley fue aprobado en una primera oportunidad por el Pleno del Congreso el 3 de abril de 2020 y, debido a la negativa del Poder Ejecutivo a promulgar la Ley, esta fue aprobada por el Congreso de la República por insistencia el 7 de mayo de 2020, publicándose en el Diario Oficial El Peruano.

El objeto de esta ley fue directamente la anulación temporal del derecho de explotación de los concesionarios y además, la prohibición de compensar a los concesionarios por dicha privación⁷. Esta medida era, a todas luces, inconstitucional, pues implicaba una modificación de los contratos de concesión vigentes al suprimir la garantía de explotación ininterrumpida prevista en dichos instrumentos, además de que se trataba de una disposición discriminatoria o 'con nombre propio', pues impactaba únicamente sobre las empresas concesionarias autofinanciadas (Núñez del Prado, 2020, p. 842), es decir, aquellas cuya única fuente de recuperación de sus costos de inversión, opera-

⁷ Artículo único de la Ley 31018.-

Suspéndese con carácter excepcional y provisional del cobro de peaje en todas las unidades de peaje de la red vial nacional, departamental y local concesionada, con el objeto de evitar el contacto con los usuarios y cumplir con el aislamiento obligatorio mientras dure el estado de emergencia nacional dispuesto por el Poder Ejecutivo ante los riesgos de propagación del COVID-19.

La suspensión establecida en el presente artículo no causará ni generará derecho compensatorio. (2020)

ción y mantenimiento es la recaudación del peaje. Además, si cabe el término, era una ley ‘muy’ inconstitucional pues transgredía la protección cualificada otorgada por los contratos-ley en la modalidad de contratos de garantía suscritos por los concesionarios (Núñez del Prado, 2020, p. 788-789), cuyo contenido es el compromiso soberano del Estado de la República del Perú de protegerlo de cualquier acto de cualquier entidad suya que implicara un desconocimiento o una modificación del Contrato de Concesión, especialmente a través de nuevas leyes.

Tan clara era la inconstitucionalidad que, el 2 de junio de 2020, el Poder Ejecutivo presentó una demanda para la expulsión de la mencionada ley del ordenamiento jurídico peruano y cuyo resultado fue que el Tribunal Constitucional –cuya composición, por cierto, era una de las más variadas en el espectro ideológico– declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la ley mediante la Sentencia recaída en el Expediente 0006-2020-PI del 26 de agosto de 2020 (Tribunal Constitucional, 2020).

Ahora bien, lo cierto es que la Ley, a pesar de su inconstitucionalidad (posteriormente declarada) y de que, teóricamente, debería haber sido inoponible a los contratos celebrados antes de su entrada en vigencia, en los hechos produjo el efecto concreto de que los usuarios no pagaran el peaje, privando de esa manera a las concesionarias viales de su derecho de explotación, lo cual contravino la garantía de explotación ininterrumpida prevista en los respectivos contratos de concesión (Núñez del Prado, 2020, p. 805).

2. La privación del derecho de explotación derivada de la Ley 31018 es un incumplimiento contractual que debe ser indemnizado

La prohibición de cobrar peaje provocó un menoscabo patrimonial sobre las concesionarias viales autofinanciadas, al privarles de su única fuente de recuperación de inversiones y costos de operación y mantenimiento. Este daño fue consecuencia directa de la prohibición dictada por el Gobierno, la cual contraviene el compromiso del Concedente expresado en los respectivos contratos de concesión de respetar y garantizar el ejercicio del derecho de explotación de los concesionarios de manera ininterrumpida. En ese sentido, se configura un supuesto de responsabilidad civil contractual pues hay incumplimiento contractual, daño y la relación de causalidad entre incumplimiento y daño.

Ahora bien, ¿es posible atribuir responsabilidad contractual al Concedente cuando el hecho generador del daño es una ley aprobada por el Congreso de la República? Sí. En los contratos de con-

cesión, la parte gubernamental es el Estado de la República del Perú. Esto es distinto, por ejemplo, respecto de lo que sucede en los contratos que celebran las entidades públicas bajo la Ley General de Contrataciones Públicas o incluso los convenios en virtud de la Ley de Obras por Impuestos, donde la parte contractual gubernamental es precisamente la entidad contratante. No ocurre lo mismo en los contratos de APP –entre los que se incluye a los contratos de concesión vial– donde expresamente el Estado decide autodenominarse como Concedente, siendo el Ministerio del sector correspondiente únicamente el interlocutor o representante del Concedente en su condición de entidad titular o administradora del proyecto.

Si bien se ha sostenido dentro de los autores nacionales que el Concedente es una entidad pública determinada y no el Estado de la República del Perú (Martin, 2021, pp. 150-151), existen diversas razones que explican por qué los contratos deben entenderse celebrados con el Estado de la República del Perú en su conjunto y no con la entidad que lo suscribe en su representación (el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en el caso de los contratos de concesión de infraestructura vial).

En primer lugar, los contratos de concesión asignan múltiples responsabilidades derivadas de los mismos contratos –y no de las leyes aplicables– a entidades distintas al Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Por ejemplo, Ositran puede aplicar penalidades contractuales, lo cual difiere del ejercicio de su función fiscalizadora y sancionadora contemplada en la Ley 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores. Asimismo, Ositran puede conformar Comités de Aceptación de Obras y determinar si rechaza o acepta las inversiones ejecutadas por los concesionarios. Si bien estas actividades son compatibles con las facultades y prerrogativas asignadas a Ositran en función de la Ley 27332 y la Ley 26917 (su Ley de Creación), no son en estricto funciones administrativas, sino que se derivan estrictamente de los contratos de concesión y su alcance varía de contrato a contrato. Todas las actuaciones que efectúa Ositran en el marco de los contratos de concesión, distintas a las prerrogativas públicas conferidas por las leyes antes mencionadas, son actos de ejecución contractual atribuibles al Estado de la República del Perú. No son meras intervenciones de terceros no signatarios, sino expresiones de la voluntad del Estado durante la ejecución contractual en función de los roles y las responsabilidades que el mismo Estado de la República del Perú ha decidido repartir o distribuir internamente. Por supuesto, el primer y principal responsable de cumplir con los contratos de concesión es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones como entidad pública titular del

proyecto, pero es perfectamente posible que otras entidades deban cumplir prestaciones en nombre del Concedente.

Asimismo, debe tomarse en consideración que el Estado ha decidido establecer un sistema de promoción de inversión privada mediante el empleo de contratos y no a través de licencias, autorizaciones o incluso concesiones administrativas. Ello responde a la bondad o virtud de los contratos, consistente en que ‘en tanto expresan un acuerdo de partes’, a diferencia de las normas administrativas, tienen el propósito de “dar credibilidad a los compromisos del Estado y [...] limitar su actuación a determinados parámetros. El contrato de concesión, desde esta perspectiva, es un instrumento para reducir –no para ampliar– la discrecionalidad del Estado y sus agentes” (Bullard, 2012, p. 317).

Sería absolutamente contradictorio con la decisión del Estado de proveer seguridad jurídica a los inversionistas bajo el empleo de contratos a nombre del Estado de la República del Perú que la entidad encargada de la administración de dichos contratos justifique su imposibilidad de cumplir sobre la base de las acciones u omisiones de otras entidades del mismo Estado. Ello sería totalmente contrario al propósito de los contratos de concesión, cuyo “uso se da precisamente para reducir el riesgo regulatorio y crear incentivos para que el Estado no desconozca con la mano derecha lo que reconoció con la mano izquierda” (Bullard, 2012, p. 317).

En concordancia con esta política pública de promoción de la inversión privada a través de instrumentos contractuales que provean de seguridad jurídica, el Estado peruano suscribe de manera simultánea con los contratos de concesión, otros contratos denominados ‘Contratos de Garantía’, cuya autorización se efectúa individualmente mediante decreto supremo con el propósito de reforzar el compromiso soberano de cumplir, a nombre del Estado de la República del Perú, con las obligaciones contenidas en el respectivo contrato de explotación. Es interesante observar que, si bien los Contratos de Garantía o Contratos de Seguridades y Garantías son suscritos por el mismo Ministerio del sector titular de los proyectos, la autorización para el otorgamiento de dicha garantía soberana es emitida por el Presidente de la República y por el MEF, como se puede observar, por ejemplo, en el Decreto Supremo 008-2013-EF, con el que se otorga seguridades y garantías para el cumplimiento de uno de los contratos de concesión.

Los contratos de garantía tienen la condición de contratos-ley y, al mismo tiempo, producen el efecto de que los contratos de concesión reciban

idéntica protección a la de los contratos-ley (Núñez del Prado, 2020, p. 788; Bullard, 2012, p. 326). Esto último es relevante porque, en virtud del Contrato de Seguridades y Garantías, las obligaciones, previstas en el Contrato de Concesión, ‘se vuelven verdaderas obligaciones de naturaleza contractual’, lo cual produce el efecto de un contrato-ley, y es que “el Estado se compromete a no modificar el marco legal vigente al momento de la inversión **y opta voluntariamente por regir una relación jurídica patrimonial mediante las normas del derecho privado**” (Amado & Miranda, 1996, p. 21) [el énfasis es nuestro]. Sin embargo, como los mismos autores argumentan, “no es que aquel [el Estado] se desligue de sus poderes de *imperium*, sino que en virtud de ellos formula renuncia a poder hacer ejercicio de los mismos para someterse a otro estatuto jurídico, el derecho privado” (1996, p. 18).

En ese orden de ideas, los contratos de garantía refuerzan la obligación del Estado en su totalidad de cumplir los contratos de concesión, lo que genera, como correlato, que el Estado responda por las contravenciones a dichos contratos que fuesen producidas por alguna(s) de a sus múltiples dependencias. Asimismo, el otro efecto de la celebración de los contratos de garantía es que el Estado se despoja voluntariamente de su *ius imperium*, de modo que queda sometido al derecho privado, el cual abarca, por ejemplo, el régimen de responsabilidad civil por incumplimiento de los contratos.

En síntesis, es posible resumir los fundamentos que justifican la posibilidad de que los concesionarios interpongan reclamaciones contractuales contra el Estado por la privación del derecho de explotación como consecuencia de la prohibición de cobrar peaje contenida en la Ley 31018, en los siguientes términos:

- (i) Los contratos de concesión reconocen textualmente que el Concedente es el Estado en su conjunto y no únicamente el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
- (ii) Los concesionarios y el Estado suscriben simultáneamente contratos de seguridades y garantías, en virtud de los cuales el Estado, a través del Presidente de la República, el MEF y el Ministerio del sector correspondiente, reconoce su compromiso soberano de cumplir el contrato de concesión.
- (iii) La Ley 31018 contraviene la cláusula de los contratos de concesión, en virtud de la cual el Concedente se obliga a garantizar a los concesionarios el derecho de explotación de manera ininterrumpida.

- (iv) Los contratos de garantía tienen la naturaleza de contrato-ley y otorgan la misma protección a los contratos de concesión.
- (v) Al celebrar contratos-ley, el Estado opta voluntariamente por regirse por las normas de derecho privado, las que incluyen las reglas de responsabilidad civil contractual.

En ese sentido, dado que la privación del derecho de explotación de las concesionarias viales auto-financiadas configura un incumplimiento contractual, aquellas pueden activar los mecanismos de solución de controversias previstos en sus respectivos contratos de concesión con el propósito de reclamar una indemnización por el peaje no recaudado, pudiendo alegar el incumplimiento de la obligación contractual específica de mantener al concesionario en ejercicio ininterrumpido del derecho de explotación, así como el incumplimiento del compromiso soberano asumido en el marco de los contratos-ley, los cuales tienen una cláusula de solución de controversias idéntica a la de los contratos de concesión. Estos mecanismos de solución de controversias son el trato directo y, de no prosperar este, el arbitraje nacional o internacional dependiendo del monto involucrado.

3. La prohibición de compensación contenida en la Ley 31018 no resulta aplicable y no impide actualmente que los concesionarios sean indemnizados por los daños generados por el Concedente

Como se ha señalado, la Ley 31018 no solo prohibió a los concesionarios cobrar el peaje sino que además intentó prohibir al Estado compensar a los concesionarios por la privación de su derecho de explotación.

Sin embargo, esta segunda prohibición no podría configurar un impedimento para que el Estado indemnice a los concesionarios por la privación de su derecho de explotación, siguiendo los mecanismos de solución de controversias previstos en cada contrato, por dos razones: (i) porque dicha prohibición fue expulsada del ordenamiento jurídico con la sentencia que la declaró inconstitucional y (ii) porque, incluso, si no se hubiese iniciado nunca un proceso de inconstitucionalidad contra esa Ley, los Tribunales Arbitrales que conocieran las reclamaciones contractuales por la privación del derecho de explotación como consecuencia de la vigencia de la Ley 31018 estarían obligados a ejercer control difuso sobre la prohibición de compensación prevista en esa misma ley, lo que implicaría no aplicarla por contravenir el artículo 62 de la Constitución (Mori, 2020).

Por lo tanto, no habría justificación válida o legítima para excusarse de su obligación de resarcir o indemnizar, máxime cuando hay actos propios del Estado peruano que demuestran haber repudiado su propio incumplimiento contractual, como la interposición de la demanda de inconstitucionalidad.

4. La activación de las cláusulas de garantía tarifaria en algunos contratos de concesión

Es interesante tomar en cuenta que algunas concesionarias ni siquiera tendrían que desarrollar los presupuestos de la responsabilidad civil contractual en sus reclamaciones pues cuentan con una protección contractual específica, sencilla y directa.

Es específica porque se aplica precisamente cuando existen órdenes gubernamentales de no cobrar peaje. Es sencilla porque basta con demostrar la orden gubernamental y el tráfico no pagante. Y, finalmente, es directa porque al existir esta cláusula, los concesionarios tienen un atajo que les libera de desarrollar la justificación extensa que hemos esbozado sobre el Estado como Concedente y sobre los contratos-ley como instrumentos de protección cualificada a los concesionarios.

Al respecto, por lo menos en dos contratos de concesión se han introducido cláusulas de garantía tarifaria, en virtud de las cuales el Concedente se obliga a pagar a la concesionaria los montos dejados de recaudar por concepto de peaje cuando una autoridad emite una ley o disposición regulatoria que impide el cobro de peaje. Es decir, en estos contratos, las partes han decidido evitar la disputa sobre la constitucionalidad, eficacia, oponibilidad de las leyes u órdenes administrativas que atentan contra el derecho de explotación, garantizándose a la empresa concesionaria que el Concedente le restituirá los peajes que no perciba durante la vigencia temporal del mandato legal o administrativos.

Sobre el particular, es de acceso público el laudo expedido el 12 de mayo de 2023 en el Caso Arbitral 0440-2021-CCL, en el cual el Tribunal Arbitral reconoció la procedencia de la activación de la garantía tarifaria del Contrato de Concesión de la Red Vial 6 por la aplicación de la Ley 31018 (Concesionaria Vial del Perú S.A. v. República del Perú, 2023).

5. Reclamaciones por violaciones a los tratados de protección de inversiones

Los accionistas extranjeros de las concesionarias también pueden formular reclamaciones contra el Estado de la República del Perú por la privación del derecho de explotación de las concesionarias.

Concretamente, pueden alegar una transgresión a los respectivos tratados de protección de inversiones suscritos por el Perú y su país de origen.

Estos reclamos serían, como acota Núñez del Prado (2020), ‘poderosos’, pues la Ley 31018 que privó a sus sociedades controladas de su derecho de explotación constituiría el fundamento mismo de dichas reclamaciones, al configurar “precisamente el hecho ilícito internacional” (2020, pp. 818-819).

En caso los accionistas extranjeros sean empresas nacionales de un Estado con el que el Perú ha celebrado un Tratado Bilateral de Protección de Inversiones (en adelante, BIT) o Tratados de Libre Comercio, estos podrían formular reclamaciones bajo dichos instrumentos, argumentando que Perú ha transgredido la cláusula de Trato Justo y Equitativo (en adelante, TJE).

Como explica Núñez del Prado (2020, p. 821), es posible alegar que el Estado de la República del Perú ha incurrido en una contravención de la cláusula TJE, debido a la modificación irrazonable del marco legal aplicable a las concesiones viales al suspender el cobro de peaje y por la contravención de las expectativas de los inversionistas al prohibir la compensación posterior.

La Ley 31018 introdujo modificaciones irrazonables en el marco legal pues, si bien se emitió en un contexto de emergencia por la pandemia del COVID-19, los fundamentos para su aprobación no guardaban vinculación alguna con la prevención del contagio sino que respondían a una necesidad política de otorgar ventajas a ciertos grupos de interés. De hecho, un acertado analista económico comentó que, como efecto de la Ley 31018, “no se perciben beneficios económicos adicionales importantes, salvo para grupos de transportistas que ya estaban operando durante el estado de emergencia” (Andrade, 2020). Se sostiene, además, que el debate y la aprobación de la ley fue una oportunidad políticamente conveniente para intentar ‘castigar’ a ciertas concesionarias viales de Lima Metropolitana respecto de las que se comentaba que habían participado en prácticas corruptas (Núñez del Prado, 2020, pp. 821-827).

Asimismo, la privación del derecho de explotación y la prohibición de compensación constituye también un desconocimiento del Estado peruano de las expectativas legítimas de los inversionistas, pues cuando estos decidieron participar en los respectivos procesos de promoción de la inversión privada, actuando como postores, luego como adjudicatarios y finalmente como concesionarios a partir de la fecha de suscripción de cada contrato,

confiaron en la promesa de Perú de ejercer ininterrumpidamente su derecho de explotación.

Las inversiones realizadas, que son retribuidas con el peaje, fueron ejecutadas asumiendo de buena fe un escenario en el que se respetarían las expectativas legítimas y razonables de una operación ininterrumpida de las unidades de peaje, no uno en que el Estado, a pesar de haber percibido los beneficios del cumplimiento de los contratos de concesión, decidiera recortar el período de explotación. Tampoco esperaban los inversionistas que el Estado de la República del Perú, a pesar de haberles prometido por ley y por contrato que se aseguraría del cumplimiento del Contrato de Concesión, pudiese valerse de uno de sus múltiples brazos para prohibir el cobro de peaje y además su compensación posterior, pues ello en buena cuenta significaría que la garantía otorgada por Perú no tiene valor alguno. En consecuencia, existiría mérito para las reclamaciones internacionales con base en los tratados de protección de inversiones.

6. Reflexión final sobre la Ley 31018 y sus efectos

Ruiz comenta que “la iniciativa del Congreso genera un precedente negativo pues desconoce uno de los pilares del modelo económico y regulatorio peruano, consistente en la libertad de contratación” (2020).

La privación del derecho de explotación, como consecuencia de la Ley 31018, sea que se interprete como un incumplimiento contractual o como un hecho ilícito internacional, es un antecedente nefasto respecto del cual no había duda alguna de que el Estado peruano tendría que asumir responsabilidad, bajo los contratos o los respectivos tratados.

Si se admite el oxímoron, era absolutamente claro el panorama sombrío que se avecinaba. Y tan claro era que el mismo Estado peruano, a través del Poder Ejecutivo, observó la autógrafa de la Ley y, después de que otro brazo del mismo Estado peruano —el Congreso— la promulgó por insistencia, trató de minimizar sus efectos en el tiempo al demandar y finalmente, a través del Tribunal Constitucional, declarar su inconstitucionalidad.

Salvo el Congreso de la República, todos los demás organismos involucrados reconocieron desde ‘el minuto cero’ que dicha Ley era inconstitucional y contingente pues activaría una serie de responsabilidades para el Estado peruano por el incumplimiento de sus compromisos asumidos con las concesionarias viales.

Lamentablemente, el Congreso decidió transgredir abiertamente los contratos de concesión empleando como excusa una inexistente intención de detener el brote del COVID-19. Por esa decisión política, los concesionarios o sus accionistas extranjeros tienen fundamento ‘de sobra’ para reclamar exitosamente una indemnización.

En aplicación del principio de Enfoque de Resultados, dado el improbable escenario de que el Estado pueda salir vencedor en alguna de estas disputas, lo más recomendable sería minimizar el menoscabo del presupuesto público a través de negociaciones vía trato directo o modificaciones contractuales que incluyan medidas compensatorias, como ampliaciones de plazo, acompañadas de pagos parciales de los montos que fuesen reclamados por las concesionarias.

Finalmente, se da por descontado que la reflexión obvia es que una situación así no puede repetirse.

B. Afectación del derecho de explotación por interés político: el caso de la ruta alterna al peaje de Virú

Este es un caso muy reciente y que consiste en que el Estado de la República del Perú, a través de uno de sus gobiernos subnacionales, la Municipalidad Provincial de Virú, ha puesto en marcha un plan para —en términos de Semana Económica— “asestar un nuevo golpe al sistema de concesiones peruano, al poner en operación una ruta alterna de 7.5 km en la Panamericana Norte” (Abarca, 2025).

1. Contexto de la afectación al derecho de explotación

El Estado tiene la prerrogativa de desarrollar la infraestructura vial que resulte técnica, económica y socialmente más conveniente para atender la demanda de movilidad de sus ciudadanos. Las concesiones viales constituyen una de las herramientas más importantes para atender las demandas de movilidad, así como lo son el desarrollo de infraestructura, complementaria y local sin peaje y los mecanismos de ordenamiento del tránsito para favorecer el transporte masivo.

No cabe duda, entonces, de que es correcto que el Estado ejecute inversiones para desarrollar infraestructura. Para tal efecto, el despliegue de la infraestructura puede implicar, como anunciamos al inicio de este artículo, el recurrir a distintas modalidades legales en función de la alternativa de desarrollo: contratación pública tradicional, APP autofinanciada, APP cofinanciada, proyectos de Gobierno a Gobierno, entre otros.

Ahora bien, el ejercicio de las prerrogativas del Estado no debe ser contrario a la buena fe en la ejecución de los contratos que el mismo Estado ha celebrado. Uno de esos contratos es el de la concesión autofinanciada de la Red Vial 4, la cual se retribuye únicamente con la tarifa, que se cobra a los usuarios en cinco unidades de peaje, siendo una de ellas la Unidad de Peaje de Virú.

El Gobierno Regional de La Libertad decidió transferir S/ 5,000,000 (cinco millones de soles) a la Municipalidad Provincial de Virú (Gobierno Regional de la Libertad, 2024) para la construcción de la carretera Santa Elena-Puerto Morín. Ello pareciera ser teóricamente correcto, salvo por el hecho de la intención con la que se produjo esa transferencia presupuestal. Al respecto, el Gobierno Regional expresamente indicó que los pobladores de Virú ya no tendrán que pagar doble peaje para ir a la playa de Puerto Morín. Por su parte, al iniciar las obras, el alcalde provincial “expresó su gratitud al gobernador regional por hacer realidad esta obra. La carretera mejorada permitirá que los más de 100 mil viruñeros accedan directamente a Puerto Morín sin pagar peaje para disfrutar de su propia playa” (Municipalidad Provincial de Virú, 2024).

La obra se terminó y fue puesta en servicio en enero de 2025, produciendo el anunciado efecto, pero sin limitarse a él, pues facilita que otras (y todas las demás posibles) unidades vehiculares hagan uso de la vía concesionada y solo para evitar el pago de peaje, pues los usuarios ahora pueden retirarse de la autopista, conectarse a las vías locales que conducen a la recién inaugurada carretera y luego de transitar por ella, pueden finalmente regresar a la autopista concesionada sin haber pagado el peaje.

No cabe duda de que se trata de un acto claramente intencionado del Gobierno Regional de La Libertad y de la Municipalidad Provincial de Virú para congraciarse políticamente con los ciudadanos, instrumentalizando al concesionario y menoscabando su recaudación de peaje.

2. El Concedente es responsable por las acciones u omisiones de los gobiernos subnacionales

El Estado peruano, en principio, tiene atribuciones legales para desarrollar la infraestructura vial que considere apropiada, en cumplimiento de su función de proveer servicios públicos a sus ciudadanos. Sin embargo, ello no significa que, en cualquier caso, el despliegue de dicha infraestructura libere al Estado de cualquier supuesto de responsabilidad contractual o de compensar al concesionario bajo algún otro título.

En el caso concreto de la carretera Santa Elena-Puerto Morín, el desarrollo de la infraestructura vial no ha seguido un plan de movilidad para atender una demanda no satisfecha, sino que aparentemente habría tenido como finalidad, según lo explícitamente declarado por las dependencias gubernamentales involucradas, evitar que los usuarios pasen por la Unidad de Peaje Virú.

De esa manera, el Estado de la República del Perú, a través de sus dependencias subnacionales, habría actuado en contra del principio de buena fe, noción que:

[...] denota decencia, corrección y razonabilidad en el cumplimiento [...] y está unida a la idea de un término implícito que requiere cooperación de una parte con la otra con la otra, de manera que ninguna quede privada de sus expectativas razonables. (Adams & Bronsword, 1995; citado en Zusman, 2005, p. 23)

La suscripción del contrato de concesión por el Estado peruano y la concesionaria fue efectuada partiendo de la premisa de que las partes respetarían recíprocamente sus expectativas razonables, lo que significaba, como ‘piso mínimo’, no adoptar acciones contrarias a los fines del contrato. El Estado peruano, a través de dos dependencias suyas, habría decidido promover que los usuarios se comporten como *free-riders*, utilizando la infraestructura concesionada al máximo posible, pero que, cuando les corresponda transitar por la unidad de peaje, la evadan. No cabe duda de que si un caso cumple el ejemplo de manual de mala fe es este.

Ahora bien, como se explicó en la discusión sobre la privación del derecho de explotación por la Ley 31018, los contratos de concesión –como el de la Red Vial 4, afectado por estas acciones de los gobiernos subnacionales– reconocen que el Concedente es el Estado peruano en su conjunto. Asimismo, los contratos de garantía contienen el compromiso soberano, a nombre del Estado peruano, de cumplir con los contratos de concesión. Y finalmente los contratos de garantía, en tanto contratos-ley, logran que los contratos de concesión reciban la misma protección que los contratos-ley (Bullard, 2012, p. 326).

Debido a lo anterior, el Estado peruano responde por lo que realice cualquiera de sus dependencias que implique una contravención a los contratos de concesión, y, dado que el contrato-ley implica un sometimiento del Estado peruano al derecho privado (Amado & Miranda, 1996, p. 21), la forma en la que el Concedente responde por los incumplimientos contractuales que los organismos del Es-

tado le hacen cometer es mediante el sistema de responsabilidad civil contractual.

Esto último es muy importante porque, habiendo comprobado que el hecho generador del daño es atribuible al Estado –además de haberlo hecho con una evidente intencionalidad–, la única forma en la que el Estado podría sustraerse del efecto resarcitorio implicaría descartar la ‘ilicitud’ de la conducta (Espinoza, 2015) o también llamada ‘injusticia del daño’ (Buendía, 2021). Al respecto, las circunstancias que justifican los hechos dañosos, es decir, que liberan de la responsabilidad de resarcir a quien daña, son esencialmente: (i) el estado de necesidad; (ii) la legítima defensa; (iii) el ejercicio regular de un derecho; y (iv) el cumplimiento de un deber (Buendía, 2021).

Evidentemente, el diseño, el financiamiento, la construcción y puesta en servicio de una carretera nada tienen que ver con el estado de necesidad o la legítima defensa; por lo tanto, y por descarte, únicamente podría invocar el Estado peruano la ocurrencia de daños no resarcibles debido al ejercicio regular de un derecho (o atribución, por tratarse del Estado) o al cumplimiento de un deber (o función, nuevamente por tratarse del Estado).

No obstante, a pesar de que hipotéticamente el Estado tiene el deber de dotar de la infraestructura que demandan sus ciudadanos y la prerrogativa de desarrollar esos proyectos de infraestructura, no es inapropiado cuestionarnos si es legítimo invocar ese deber cuando el desarrollo de la ruta alterna al peaje de Virú no responde a la satisfacción de un derecho de los ciudadanos o de un reclamo legítimo.

En principio, las personas tenemos derecho al libre desplazamiento dentro del territorio nacional, pero es inexistente el derecho de los ciudadanos a evadir el peaje. El Estado peruano solo puede ejercer sus prerrogativas y funciones de manera compatible con el ordenamiento jurídico peruano y el bien común. En ese sentido, un reclamo ciudadano para evadir el peaje no es susceptible de crear, como correlato, el deber del Estado de proveer infraestructura para evadir tal peaje.

También sería controversial el planteamiento del ejercicio regular de un derecho, pues podría sostenerse que la facultad del Estado de desarrollar infraestructura vial ha sido ejercida de manera abusiva, al buscar como principal objetivo el no pago del peaje.

La ‘regularidad’ en el ejercicio de un derecho se contraponen a su ejercicio abusivo, es decir, al ‘pisoteo’ de los derechos de los demás invocando el

derecho propio, lo cual es, por cierto, un hecho generador de responsabilidad civil (Campos, 2012, pp. 221-227).

En conclusión, el proyecto vial paralelo a la carretera concesionada difícilmente constituiría un supuesto regular del cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho (o prerrogativa gubernamental), sino más bien parecería un caso de ejercicio abusivo del derecho, además de ser muy probablemente una contravención dolosa del Contrato de Concesión y de las expectativas legítimas de la empresa concesionaria. Por lo tanto, las actuaciones de los gobiernos subnacionales podrían derivar en que el Estado peruano tenga que soportar reclamaciones por responsabilidad civil contractual.

3. Una reflexión adicional: la necesidad de efectuar un monitoreo de los riesgos a los proyectos de APP por parte del Concedente

Como ya se ha señalado, la noción fundamental de los proyectos de APP en general -y de las concesiones viales en particular- es la óptima asignación de los riesgos. Sin embargo, identificar los riesgos y distribuirlos durante la etapa de estructuración del proyecto no es suficiente para evitar que la ejecución del proyecto genere afectaciones imprevistas sobre la economía de las partes. También es necesario que, durante la ejecución del proyecto, las partes diseñen estrategias de prevención y, de ser el caso, respuestas ante la concreción no deseada de una contingencia.

Por el lado del Concedente, un riesgo asumido desde la estructuración del proyecto es el regulatorio, asociado al impacto de los cambios en las leyes aplicables sobre la economía del proyecto. Sin embargo, el riesgo regulatorio es una manifestación específica de un riesgo de mayor alcance, que es el riesgo político. El Ministerio de Economía y Finanzas efectúa un análisis parcial de este riesgo asociándolo únicamente al riesgo de impago a los inversionistas por motivos políticos, reconociendo el derecho de los inversionistas a terminar el contrato por incumplimiento del Concedente y recomendando su mitigación a través de pólizas de seguro (2016, pp. 19-20). Por supuesto, estos seguros, si bien pueden activarse en algún escenario de confrontación política, no limitan el derecho del inversionista de reclamar al Estado de la República del Perú por sus incumplimientos contractuales.

Ahora bien, las acciones u omisiones políticas pueden sobrepasar el limitado ámbito de las demoras en los pagos (lo que el MEF denomina 'riesgo político') o de cambios en las leyes (el riesgo regu-

latorio), sino que pueden abarcar un amplio universo de escenarios donde los proyectos queden impactados precisamente por decisiones políticas, que evidentemente son ajenas a los inversionistas y solo pueden pertenecer a la esfera de control del Estado de la República del Perú.

Asimismo, dado que el Concedente está conformado por todas las dependencias y entidades públicas que potencialmente pueden relacionarse con los proyectos materia de los contratos de concesión, podría ser apropiado que el Concedente efectúe un mapeo de dichas entidades y se asegure de realizar actividades de relacionamiento con el propósito de difundir, persuadir o exhortar a las mencionadas entidades que puedan acarrear la interposición de reclamaciones por responsabilidad civil contractual a nombre del Concedente. Si el Concedente, usualmente el Gobierno Central, se limita a asumir las responsabilidades patrimoniales por las actuaciones de otras entidades públicas, como los gobiernos subnacionales, en perjuicio de los proyectos y los contratos de concesión, sin que las referidas entidades o sus servidores tomen conocimiento de que sus acciones generan perjuicios al Estado y de que incluso ellos podrían terminar haciéndose responsables por dicho menoscabo patrimonial, lo que ocurrió en Virú, aunque quizá no haya sido la primera situación de esa naturaleza, muy probablemente tampoco será la última.

C. El Caso Rutas de Lima

1. El escenario de la afectación al derecho de explotación

Comentar acerca de la concesión de la empresa Rutas de Lima bien podría derivar en la elaboración de, por lo menos, un par de tesis de maestría, debido a la riqueza jurídica de la disputa, que involucra no solo alegaciones relativas a la contravención del derecho de explotación, sino también, conceptos como el interés público, la invalidez por vicios en la creación del acto jurídico, el estándar de prueba de la corrupción como un vicio de nulidad, entre otros. Para efectos de este artículo, comentaremos acerca de la afectación al derecho de explotación en dicha concesión.

En resumen, la concesionaria tenía el derecho de instalar y operar una unidad de peaje en el distrito limeño de Puente Piedra, denominada Chillón. El 29 de diciembre de 2016, la concesionaria implementó la Unidad de Peaje Chillón e inició el cobro de tarifas. A los pocos días, se produjeron disturbios y las casetas de peaje fueron vandalizadas. Posteriormente, la Municipalidad Metropolitana de Lima tomó la decisión de suspender el cobro de

peaje y luego de eliminarlo definitivamente (Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 2020, pp. 18-19).

El Contrato de Concesión contemplaba la obligación del Concedente de subrogarse en el pago a cargo de los usuarios en caso de que protestas sociales impidiesen el cobro de peaje.

Ante la negativa de la Municipalidad Metropolitana de pagar los montos dejados de recaudar, Rutas de Lima inició un primer arbitraje para que se le reconozca el derecho a ser compensado con los montos dejados de recaudar hasta la entrada en operación efectiva del peaje o hasta el fin de la concesión, el cual concluyó con un laudo favorable a la concesionaria (Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 2020).

Posteriormente, en un segundo arbitraje, Rutas de Lima formuló una siguiente reclamación relativa al derecho de la concesionaria al incremento de peaje, reconocido en unas actas de trato directo, el cual terminó siendo favorable a la concesionaria (Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 2022).

La Municipalidad Metropolitana de Lima perdió ambos arbitrajes, habiendo formulado reconvencción en ambos casos para solicitar la nulidad del contrato, sus adendas y sus actas de trato directo, invocando la existencia de prácticas corruptas que propiciaron la suscripción del Contrato de Concesión.

El Tribunal Arbitral rechazó las pretensiones reconconvencionales por mayoría en ambos arbitrajes. Ahora bien, en el segundo arbitraje, la árbitra designada por la Municipalidad emitió una opinión disidente en la cual sustenta su voto a favor de la declaración de nulidad parcial del Contrato de Concesión, habiéndose convencido de la invalidez parcial del mencionado negocio jurídico por la identificación de múltiples *red flags* que transmitirían la idea, más allá de toda duda razonable, de haberse suscrito un contrato con una génesis corrupta.

2. La obligación del Estado de compensar los montos dejados de recaudar en un escenario de imposibilidad de cobro de peaje por oposición social

En lo que respecta al derecho de explotación, no cabe duda de que la eliminación de un peaje acarrea responsabilidad contractual por parte del Estado. Asimismo, es perfectamente válido que los contratos de concesión incluyan cláusulas que mejoren el perfil de riesgo de una concesión autofinanciada,

como la asunción del riesgo de fuerza mayor por oposición social por parte del Concedente.

Al respecto, un pacto en virtud del cual el Concedente asuma la obligación de compensar a la concesionaria por la imposibilidad de cobro de peaje debido a la oposición social, aunque no sea frecuente, es compatible con el sistema de promoción de la inversión privada y contribuye a mantener el equilibrio económico-financiero, sin alterar el carácter autofinanciado de la concesión, el cual es adquirido durante la estructuración del proyecto en función de la evaluación de las posibilidades de activación de las garantías no financieras.

Finalmente, los contratos son de cumplimiento obligatorio para las partes, por lo que, habiéndose pactado que el Concedente pague a la concesionaria en subrogación de los usuarios en caso de imposibilidad de operación de la unidad de peaje por protestas sociales, no hay mucho misterio: el Concedente está obligado a pagar los montos dejados de recaudar, no necesariamente porque sea responsable de la problemática ciudadana desde el inicio de la convulsión social, sino por haber asumido expresamente un compromiso contingente de pago en esos términos.

Cabe señalar que el laudo del primer arbitraje de Rutas de Lima es muy interesante porque contiene una condena de pago con cuantía determinable en aplicación de una fórmula durante todos los meses de imposibilidad de cobro de peaje “[...] hasta que las Partes establezcan un mecanismo complementario de comprensión económica” (Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 2020, p. 26). Decimos que es interesante porque demuestra que, con independencia de lo costoso que pueda llegar a ser un compromiso contingente —probablemente subestimado— el Concedente tiene que honrarlo, en aplicación del principio de obligatoriedad de los contratos.

3. Una discusión que no fue abordada en el arbitraje: el carácter de petición de gracia de las iniciativas privadas

En el segundo arbitraje, la Municipalidad pretendía que el Tribunal Arbitral declarara la nulidad del contrato debido a que la concesión se habría conseguido a través del pago de un soborno a exfuncionarios de la Municipalidad. Al respecto, el soborno fue admitido de manera expresa por funcionarios de Odebrecht (la sociedad proponente de la iniciativa privada previa a la adjudicación de la concesión) y, además, fue un hecho incontrovertido en el arbitraje. Es particularmente relevante que las evidencias apuntaran a que los sobornos

fueron pagados entre finales de 2012 y el primer trimestre de 2013 (Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 2022).

A pesar de esa *red flag*, el Tribunal Arbitral sostuvo, por mayoría, que no había razón para creer que el pago del soborno influyó en la suscripción del Contrato de Concesión porque aquel ya se había producido después de la adjudicación de la concesión⁸. Es decir, dado que, para el momento en que se produjo el presunto soborno, el proyecto ya había sido adjudicado, dicho pago ilegal no habría cambiado en absoluto la inevitable suscripción del Contrato de Concesión.

Ahora bien, aunque el razonamiento podría parecer lógico, aparentemente en el arbitraje no se habría discutido un tema relevante sobre la génesis de este proyecto: el carácter de petición de gracia de la iniciativa privada, lo cual habría sido de capital importancia, dada la delicada materia en controversia. Este tipo de petición administrativa:

[...] no se sustenta en ningún título jurídico específico, sino que se atiene a la esperanza o expectativa de alcanzar una gracia administrativa. A lo sumo, expone como fundamento para la obtención de un beneficio, tratamiento favorable o liberación de un perjuicio no contemplado jurídicamente, la aplicación de la regla de merecimiento. (Tribunal Constitucional, 2002)

El carácter de petición de gracia de la iniciativa privada implica, entre otros efectos jurídicos, que el derecho del proponente se agota justamente al presentar la propuesta y, después de ello, no existe un derecho sustantivo del proponente a exigir la aceptación de la propuesta o la suscripción del contrato. Particularmente, cuando no se presentan terceros después de la declaratoria de interés, el carácter graciable se mantiene en todo momento y solo cesa con la suscripción del contrato.

Ciertamente, la legislación peruana, con relación al carácter de petición de gracia de las iniciativas privadas, no está exenta de cuestionamientos, especialmente en lo que se refiere al doble estándar: pues cuando hay terceros interesados, el carácter de petición de gracia se extingue con la declaratoria de interés. Por lo tanto, en ese escenario, el ganador o adjudicatario del concurso tiene derecho a exigir la firma del contrato de APP. En cambio, si quien se adjudica el proyecto es el mismo proponente por la ausencia de terceros interesados, el carácter de petición de gracia se mantiene y, aunque podría ser razonable esperar que se firme el contrato, no se puede invocar un derecho sustantivo que obligue al Concedente a suscribirlo.

Sin embargo, con independencia de lo discutible que puede ser la regulación normativa, lo cierto es que existe y no ha sido derogada ni expulsada del ordenamiento legal. En nuestra opinión, el Tribunal Arbitral habría tenido que esbozar alguna justificación en virtud de la cual pudiese inaplicar las reglas relativas al carácter de petición de gracia por la vía del control difuso, si hubiese tenido el convencimiento de la arbitrariedad o carencia de razonabilidad de dichas reglas. Por ejemplo, podría haber intentado sostener que la regla que ordena mantener el carácter de petición de gracia después de la declaratoria de interés cuando no hay terceros interesados es discriminatoria en perjuicio del proponente o contraviene alguna libertad económica o algún otro derecho constitucional. No obstante, el Tribunal Arbitral no motivó las razones de la no observancia del carácter de petición de gracia. Más bien, argumentó que la Municipalidad no ofreció evidencia que pudiese demostrar que tenía la facultad de no suscribir el contrato⁹. Sin embargo, no era una prueba lo que necesitaba el Tribunal Arbitral para dilucidar la disputa sobre la prerrogativa de la Municipalidad de no suscribir el contrato de concesión después de la adjudicación, sino la ley peruana, concretamente, la ley que regula las APP.

⁸ El párrafo 599 del caso Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima sostiene que:

En este sentido, el Tribunal encuentra que la evidencia que se refiere al pago de 3 millones de dólares por parte de Odebrecht a la campaña del No a la Revocatoria de Susana Villarán es sin duda una circunstancia relevante para el análisis global, pues constituye un hecho de corrupción ligado a la administración de Susana Villarán como alcaldesa de Lima. Sin embargo, el Contrato ya había sido adjudicado al momento en que, según la Demandada, José Miguel Castro solicitó dinero a Jorge Barata para financiar la campaña del No a la Revocatoria y, conforme a la Ley de APP, el Contrato de Concesión debía ser celebrado entre las Partes, pues ya había sido adjudicado a Rutas de Lima. Por este motivo, el Tribunal no encuentra motivo por el cual Odebrecht tuviese que hacer pagos para asegurar la firma del Contrato de Concesión. (2022).

⁹ El párrafo 593 del caso Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima sostiene que:

[...] ni el señor Castro ni la Demandada explican o han aportado evidencia que explique por qué bajo la ley peruana la alcaldesa podía unilateralmente suspender, impedir o revocar la firma de un contrato que ya había sido adjudicado de manera que pudiera generar un temor que justificara el alegado soborno pagado para asegurar la firma del contrato. Por este motivo, el Tribunal considera que no habría razón para que Odebrecht tuviese que pagar un soborno para asegurar la firma del Contrato de Concesión toda vez que este ya le había sido adjudicado. (2022)

Si el Tribunal Arbitral hubiese concluido, conforme a la ley peruana, que la Municipalidad sí podía abstenerse de firmar el contrato a pesar de haber adjudicado el proyecto, la hipótesis de la irrelevancia del soborno habría tenido que ser abandonada y, en consecuencia, la *red flag* no debería haber sido descartada. Por tanto, el corolario de este análisis académico *ex post* es que posiblemente la decisión del Tribunal de no declarar la nulidad parcial del Contrato de Concesión habría sido distinta¹⁰. Sin embargo, la realidad es que su validez es cosa juzgada, con dos laudos emitidos por mayoría que la han ratificado.

4. Comentario final

No cabe duda alguna de que los contratos están para cumplirse y que el Estado tiene que honrar lo pactado, así luego se arrepienta y considere que lo acordado ya no le resulta conveniente por presentarse circunstancias sobrevinientes cuya probabilidad de ocurrencia fue subestimada, como la oposición social a la operación de una unidad de peaje.

En ese sentido, en estricta observancia de lo pactado en los contratos de concesión, y si nos limitamos al debate relativo al cumplimiento de la obligación de la Municipalidad de pagar los montos dejados de recaudar, sin duda alguna, el reclamo de la empresa concesionaria tenía asidero contractual y lo mismo podría decirse respecto del reclamo relativo a la decisión de la Municipalidad de eliminar la unidad de peaje.

Asimismo, sin perjuicio de los posibles cuestionamientos al laudo del segundo arbitraje por el descarte de la *red flag* al no haber tomado en cuenta la naturaleza graciable de la iniciativa privada, actualmente, el Concedente no tiene posibilidad legal de cuestionar la validez del Contrato de Concesión. Esta ya ha sido reconfirmada en dos laudos, por lo que mal haría la Municipalidad —y, en general, el Estado peruano— en insistir en adoptar prácticas de *ghosting* contra el concesionario o en cercenar sus derechos contractuales y sus expectativas de ingresos, porque el derecho de este último ha prevalecido y el contrato ha quedado incólume.

Por otro lado, es de público conocimiento que los inversionistas extranjeros que controlan al concesionario han formulado una reclamación contra el Estado peruano por la realización de actos muy probablemente expropiatorios, a través de la Mu-

nicipalidad Metropolitana de Lima y el Tribunal Constitucional (Redacción Gestión, 2025).

VI. FINALMENTE, ¿EN QUÉ PODEMOS MEJORAR CON RELACIÓN AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN?

Podemos mejorar mucho. En primer lugar, desde el Estado, debe evidenciarse una intención por cumplir los compromisos asumidos. No es aceptable jurídicamente que el Estado se oponga al cumplimiento de obligaciones de pago expresamente asumidas y que obligue a los inversionistas a iniciar arbitrajes con expectativas a todas luces favorables para ellos únicamente por la reticencia (o temor) del Estado a aplicar el principio de Enfoque de Resultados. Tampoco es admisible que el Estado despliegue acciones que imposibiliten o dificulten la ejecución de los proyectos y el ejercicio del derecho de explotación.

Es positivo que el Poder Ejecutivo y el Tribunal Constitucional hayan reaccionado raudamente ante la evidente inconstitucionalidad de la Ley 31018. Sin embargo, es una tarea pendiente la adopción de mecanismos que impidan que estas nefastas experiencias se repitan o que dichas leyes, inoponibles a los contratos preexistentes, produzcan efectos materiales. Podría ser apropiado que el Estado peruano transmita inequívocamente la idea de que las entidades que lo hagan responsable por incumplir sus compromisos contractuales sean las que soporten las consecuencias presupuestales.

Asimismo, es posible que, así como el sector privado ya viene implementando hace algún tiempo modelos de prevención, gestión y clasificación de riesgos en función de su magnitud y probabilidad de ocurrencia, el Estado igualmente adopte modelos de prevención en la administración de sus contratos, monitoreando a las distintas entidades que potencialmente pueden interferir en la ejecución contractual con el propósito de evitar incurrir en responsabilidad civil por el no cumplimiento de sus compromisos, ya sean firmes o contingentes.

Por otro lado, es posible también identificar otras oportunidades de mejora con relación al derecho de explotación como las relativas a la forma de relacionamiento con los ciudadanos del área de influencia. Por ejemplo, en los contratos más antiguos no se ha previsto, hasta ahora, la posibilidad de introducir tarifas diferenciadas en razón

¹⁰ Ahora bien, cabe señalar que esto último no hubiese afectado los reclamos respecto de la privación del derecho de explotación que fue materia del primer arbitraje, sino otros reclamos derivados de actos contractuales posteriores, como la adenda de bancabilidad y otras actas de acuerdo.

de la distancia y proximidad de los usuarios con las estaciones de peaje (y, por supuesto, el Estado no los puede modificar unilateralmente). También es posible que, progresivamente, el Estado evalúe la posibilidad de introducir mecanismos que asemejen los esquemas financieros a los de regulación por incentivos, de modo tal que los beneficios que pueden experimentar las concesiones autofinanciadas por una elevada productividad de la concesión durante un intervalo de tiempo sean compartidos con los usuarios en un período siguiente.

Sin perjuicio de la estrategia que finalmente se adopte para mejorar las concesiones viales, no cabe duda de que son imprescindibles para el desarrollo de la movilidad sostenible y para el crecimiento del país. Por lo tanto, es esencial que sean bien administradas por buenos gestores públicos y buenos concesionarios. ¶

CONFLICTO DE INTERESES

El autor declara expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

El autor declara que no ha recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

ESTÁNDARES ÉTICOS

El autor manifiesta que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

REFERENCIAS

- Abarca, E. (11 de enero de 2025). Golpe a las concesiones: los detalles de la ruta alterna construida en Virú para evitar el pago de peaje en la Panamericana Norte. *Semana Económica*.
- Andrade, R. (18 de junio de 2020). Suspensión de peajes: análisis costo-beneficio. *Apoyo Consultoría*.
- Aguirre, J. (2024). *Una aproximación de los impactos de las concesiones viales en Perú: casos de las carreteras Buenos Aires-Canchaque, Longitudinal de la Sierra Tramo 2 y Tramo vial Dv. Quilca – La Concordia*. (Documento de trabajo 2).
- Amado, J. & Miranda, L. (1996). La seguridad jurídica en la contratación con el Estado: el contrato ley. *THEMIS Revista De Derecho*, (33), 15-21.

Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional [AFIN] (2015). *Entendiendo las tarifas de peajes* (Informe Especial).

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

Barrantes, R. (2009). Los fundamentos económicos de las concesiones de infraestructura y servicios públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, (7), 329–337.

Bonifaz, J. & Fasanando, A. (2021). *Asociaciones público-privadas versus obra pública: Una comparación para el caso de redes viales en Perú y la región*. Suárez, A., Ferrero, A. & Álvarez, C.

Buendía, E. (2021). De la antijuridicidad a la injusticia del daño: La antijuridicidad no es elemento de la responsabilidad civil bajo las normas del Código Civil peruano. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (100), 203-240.

Bullard, A. (2012). El Estado soy yo: Arbitraje y regulación. ¿Son los árbitros los nuevos reguladores? *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, (12), 301-367.

(28 de enero de 2017). La paradoja de las vacas y los peajes. *El Comercio*.

Campos, H. (2012). El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano. *IUS ET VERITAS*, (45), 210-227.

Céspedes, J. & Paz, M. (2018). *Alteración en la asignación de riesgos en las concesiones cofinanciadas de infraestructura de transporte de uso público mediante modificaciones contractuales* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú].

Dammert, A. (2009). Equilibrio Económico Financiero en los Contratos de Concesión en Obras de Infraestructura. *Revista de Derecho Administrativo*, (7), 338–345.

De Rus, G., Campos, J. & Nombela, G. (2003). *Economía del Transporte*. Antoni Bosch.

Espinoza, J. (2015). Sobre los denominados Actos Ilícitos Dañosos. *IUS ET VERITAS*, (51), 116-122.

Fageda, X. & Flores-Fillol, R. (2018). *Atascos y contaminación en grandes ciudades: Análisis y soluciones*. Fundación de Estudios de Economía Aplicada.

Gobierno Regional de la Libertad (15 de mayo de 2024). *Comienza construcción de carretera desde Santa Elena a Puerto Morín*. Plataforma Digital Única del Estado Peruano.

Guasch, J. (2005). *Concesiones en Infraestructura: Cómo hacerlo bien*. Antoni Bosch.

Huapaya, R. (2013). Diez Tesis sobre las Asociaciones Público – Privadas (APP) en nuestro régimen legal. *Revista De Derecho Administrativo*, (13), 15-32.

(2015). Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano. *IUS ET VERITAS*, (50), 368-397.

Kerf, M., Gray, R., Irwin, T., Levesque, C., Taylor, R., & Klein, M. (1998). *Concessions for infrastructure A guide to their design and award* (World Bank Technical Paper 399). The World Bank.

Mairal, H. (2013). Los riesgos en la financiación privada en los proyectos públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, (13), 201–222.

Martin, R. (2021). Las partes del contrato de concesión y la participación de los organismos reguladores en los procesos arbitrales. *Revista Derecho Público Económico*, (2), 135-172.

Ministerio de Economía y Finanzas [MEF] (2016). *Lineamientos para la Asignación de Riesgos en Contratos de Asociaciones Público Privadas*.

(2020). *Guía Metodología de Asociaciones Público Privadas*.

Mori, P. (12 de junio de 2020). La crónica continúa: entre peajes, arbitraje internacional y otras diferenciaciones. *Gestión*.

Municipalidad Provincial de Virú (15 de mayo de 2024). *Inauguración del Mejoramiento en Asfalto de la Carretera Santa Elena - Puerto Morín*. Plataforma Digital Única del Estado Peruano.

Nieto, E. (2004). La Financiación Privada de Obras y Servicios Públicos en el Reino Unido (De Private Finance Initiative a Public Private Partnerships). *Revista de Administración Pública*, (164), 389-406.

Núñez del Prado, F. (2020). Leyes salvajes, suspensión de peajes y coronarbitrajes. En *Derecho de los Desastres. Covid-19, Tomo I* (pp. 753-887).

Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Paz, M. (2018). El Carácter de Petición de Gracia de las Iniciativas Privadas. *Derecho & Sociedad*, (50), 79-97.

Pereyra, A. (2008). *Asignación de riesgos en concesiones viales: Evaluación de la aplicación de mecanismos de mitigación de riesgos en contratos de concesión en Uruguay*. (Documento de Trabajo 20/08). Universidad de la República.

Redacción El Comercio (25 de mayo de 2022). Óvalo Monitor: se reporta gran congestión vehicular un día después de la inauguración del paso a desnivel. *El Comercio*.

Redacción Gestión (13 de marzo de 2025). Brookfield, inversionista en Rutas de Lima, inicia arbitraje contra Perú: los millones que reclama. *Gestión*.

Ruiz, G. (23 de diciembre de 2020). Luces y Sombras de la Regulación: las 10 medidas que marcaron la agenda durante el 2020. *Blog de la Maestría en Regulación de los Servicios Públicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú*.

Zusman, S. (2005). La buena fe contractual. *THEMIS Revista De Derecho*, (51), 19-30.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Concesionaria Vial del Perú S.A. v. República del Perú. (12 de mayo de 2023). Laudo de Derecho expedido en el Caso Arbitral 0440-2021-CCL. Cámara de Comercio de Lima.

Decreto Ley 22467, Exoneran del Pago de Peaje a Vehículos Militares de las Fuerzas Armadas, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de marzo de 1979 (Perú).

Decreto Supremo 044-2020-PCM, Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de marzo de 2020 (Perú).

Decreto Supremo 147-2024-EF, Decreto Supremo que otorga mediante contrato las seguridades y garantías del Estado de la República del Perú en respaldo de las declaraciones seguridades y obligaciones a cargo del Concedente estableci-

das en el Contrato de Concesión para el Diseño Financiamiento Construcción Operación Explotación y Mantenimiento del Proyecto Anillo Vial Periférico, Diario Oficial *El Peruano*, 09 de agosto de 2024 (Perú).

Decreto Supremo 008-2013-EF, Decreto Supremo que Otorga seguridades y garantías del Estado de la República del Perú, en respaldo de las declaraciones, seguridades y obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión del Tramo Vial Dv. Quilca – Dv. Arequipa (Repartición) – Dv. Matarani – Dv. Moquegua – Dv. Ilo – Tacna – La Concordia, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de enero de 2013 (Perú).

Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 2020. Laudo Arbitral de Derecho expedido el 11 de mayo de 2020.

Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 2022. Laudo Arbitral de Derecho expedido el 12 de diciembre de 2022.

Tribunal Constitucional [T.C.], 6 de diciembre de 2002, sentencia recaída en el Expediente 1042-2002-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 26 de agosto de 2020, sentencia recaída en el Expediente 0006-2020-PI/TC (Perú).