

Informe especial

Carreteras en riesgo: la seguridad jurídica es una necesidad para los proyectos viales en el Perú



Informe especial

Carreteras en riesgo: la seguridad jurídica es una necesidad para los proyectos viales en el Perú



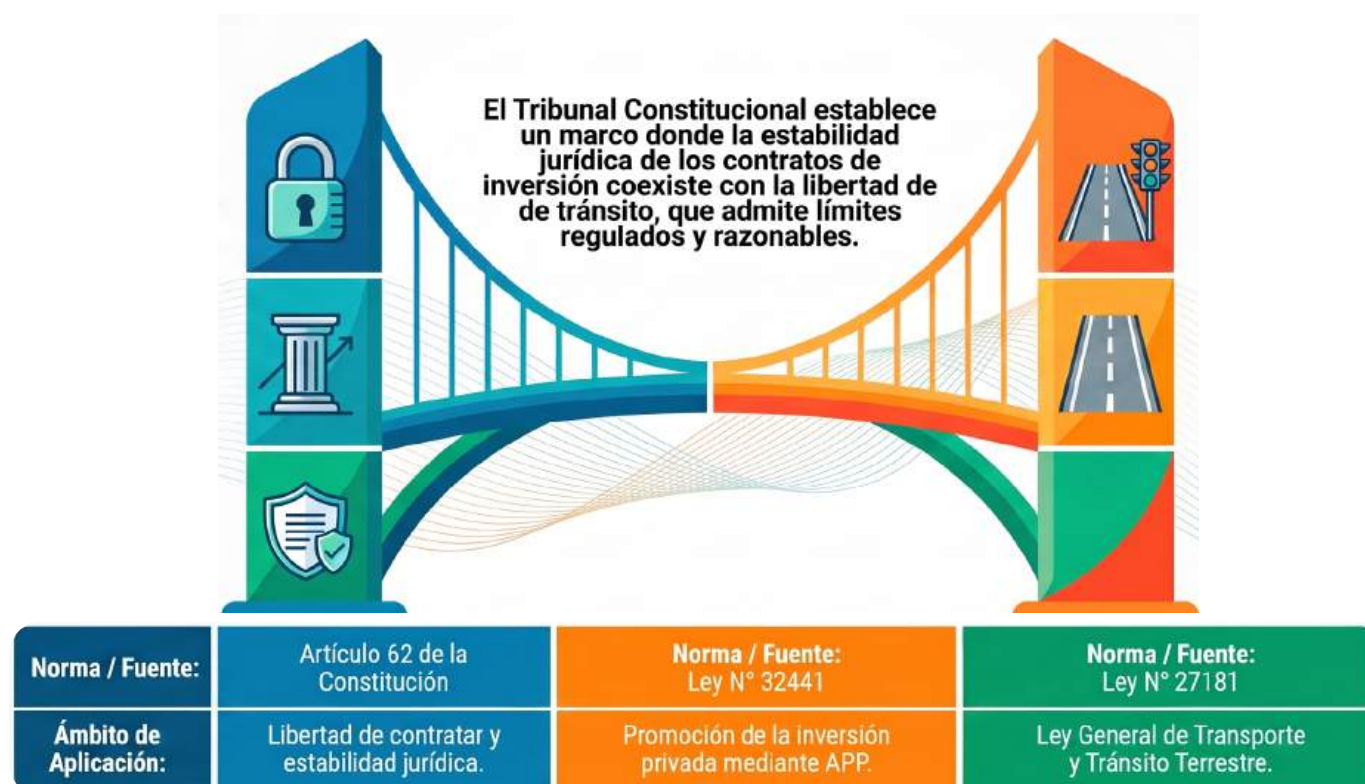
POR:
RAFAELA OJEDA
COORDINADORA DEL
ÁREA LEGAL - AFIN

La provisión de infraestructura vial en economías emergentes como el Perú representa un determinante crítico para la competitividad, la integración territorial y la reducción de costos logísticos. En el país, la consolidación del proceso de promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público-Privadas (APP) permitió canalizar capital privado hacia la construcción, rehabilitación y mantenimiento de la Red Vial Nacional, aliviando la restricción presupuestaria del Estado, entre otros sectores de infraestructura pública. Pero, para poder continuar con este proceso de crecimiento y cierre de brechas de infraestructura, necesitamos generar condiciones de estabilidad, y respetar la ley y los contratos.



En este sentido, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en extensa jurisprudencia, el artículo 62 de la Constitución dispone claramente que **está prohibida la modificación de términos contractuales a través de leyes u otras disposiciones posteriores de distinta naturaleza**¹, de forma tal que las condiciones bajo las cuales fueron celebrados no sean alteradas por causas y sujetos ajenos a las partes contractuales (Tribunal Constitucional, 2003) (Tribunal Constitucional, 2016) (Tribunal Constitucional, 2020). Esta prohibición se ubica en el mismo artículo que protege la libertad de contratar y es de vital importancia para los contratos de APP en nuestro país, ya que son un mecanismo de ejecución de inversión privada en infraestructura pública para proyectos de capital intensivo a lo largo de un extenso periodo, que requieren de confianza, seguridad y estabilidad jurídica y económica para poder desarrollarse con el mayor éxito posible.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional también ha descrito el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad de tránsito y ha explicado que este **derecho fundamental puede ser limitado de manera razonable y proporcional, sin desnaturalizar el fin ni el uso de los bienes públicos del Estado** (Tribunal Constitucional, 2005) (Tribunal Constitucional, 2024). Esta interpretación no es aislada ni reciente, pues hace más de 20 años, el Tribunal Constitucional sostuvo que la libertad de tránsito, como todo derecho fundamental, no es un derecho absoluto y admite límites explícitos e implícitos (Tribunal Constitucional, 2005). Así, el diseño normativo de rango constitucional de nuestro país determina que la libertad de tránsito, especialmente la que se desarrolla a través de las vías terrestres, se ejerce conforme desee el ciudadano pero siempre dentro de los límites establecidos en la regulación de la materia. Marco normativo que se encuentra integrado tanto por normas de rango constitucional, como el artículo 62 antes comentado, la Ley que regula la promoción de la inversión privada mediante APP y PA (Ley N° 32441), y la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre (Ley N° 27181), entre otras.





“Pero como todo derecho fundamental, la libertad de tránsito no es un derecho absoluto, ya que puede y debe ser limitado por diversas razones. Por consiguiente, debe ser materia de análisis las razones que motivan que la emplazada pretenda regular dicha materia y, en consecuencia, si aquellas son conformes con la Constitución, así como si la actuación de la emplazada se encuentra arreglada al marco de funciones y atribuciones que la Constitución y su Ley Orgánica establecen.” **[Fundamento N° 4 de la STC N° 39482004-HC/TC]**



“Por ello, el ejercicio de aquella libertad puede ser ejercida, en las rutas y zonas establecidas, conforme a las limitaciones previstas en la legislación sobre la materia. Sin embargo, esto no importa que en el ejercicio de tales atribuciones o competencias, las corporaciones municipales puedan establecer límites irrazonables o arbitrarios que impidan el ejercicio del derecho a la libre circulación vehicular o que tiendan a desnaturalizar el fin y uso de los bienes públicos del Estado, como cuando se pretende [...]” **[Fundamento N° 9 de la STC N° 39482004-HC/TC]**

STC N° 3948-2004-HC/TC

Sin embargo, este importante equilibrio entre la garantía constitucional de estabilidad en las condiciones de contratación y la libertad de tránsito atraviesa un periodo de incertidumbre, especialmente perjudicial respecto de los contratos de concesión de proyectos viales. Actualmente, el Tribunal Constitucional debe pronunciarse sobre un caso que involucra a la concesión del tramo vial Arequipa-Moquegua-Tacna de la Carretera Panamericana Sur. En esta controversia, los demandantes sostienen que el cobro del peaje en otra concesión vial vulnera el derecho de tránsito de los residentes aledaños por ausencia de una vía alterna, a pesar de que dicha estación opera con regularidad desde el año 1995 y sostiene la inversión en la infraestructura vial concesionada de la zona.



El riesgo que representa este proceso trasciende al caso en concreto. La controversia se produce después de que el Tribunal Constitucional sentara un antecedente favorable a la suspensión del cobro de peaje, un criterio basado en una ley derogada, como será explicado a continuación, lo que convierte en un criterio replicable, capaz de alterar completamente el sistema de concesiones viales del país y no únicamente el contrato directamente involucrado. Esto, en sí mismo ya es grave pues, como se explicó, por mandato constitucional, una disposición externa no debería poder modificar los contratos celebrados incluso por el Estado. La amenaza es real y ha generado que diversas entidades como el Ministerio de Economía y Finanzas, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, ProInversión y OSITRAN adviertan de manera conjunta que un fallo desfavorable en este nuevo caso podría habilitar a que, bajo argumentos similares, se cuestionen los contratos de concesión vial de los otros 16 proyectos de Asociaciones Público Privadas que operan a nivel nacional. En otras palabras, está en juego no solo una unidad de peaje más, sino la credibilidad del régimen contractual peruano que había sostenido durante casi 3 décadas la inversión privada en infraestructura vial del país.



Aplicando leyes derogadas

El problema central de este caso es la colisión entre las garantías constitucionales de libre tránsito y de intangibilidad de los contratos, en un contexto donde el Tribunal Constitucional ha sentado un criterio sobre en un marco normativo ya derogado, como explicaremos a continuación.



En 1965, la Ley N° 15773 establecía que la implementación de peajes en carreteras nacionales requería la existencia de una vía alterna preexistente y libre de pago. Dicha exigencia resultaba coherente con el paradigma de la época, en el cual la infraestructura vial era concebida como un bien público de financiamiento presupuestal directo del tesoro público.

1965

1990

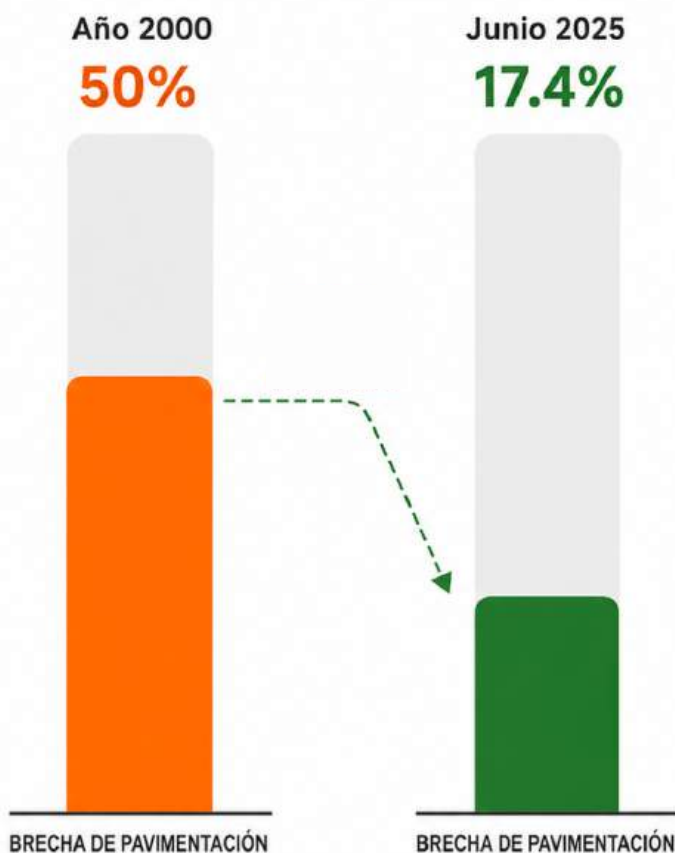
A partir de la década de 1990, el Perú transformó su marco constitucional para promover la inversión privada en obras públicas de infraestructura y servicios públicos. Mediante el esquema de concesión, se permitió que el sector privado asumiera los costos de construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento de infraestructuras a cambio del derecho a explotarlas durante un periodo determinado, lo que aceleró la modernización de la infraestructura sin comprometer de manera inmediata el presupuesto público.





De acuerdo con la estadística publicada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, la brecha de pavimentación de la Red Vial Nacional en el año **2000 alcanzaba el 50%**. Después del proceso de promoción de la inversión privada, **a junio de 2025, la brecha se había reducido al 17.4%**.

Gracias a las APP, avanzamos casi 33 puntos porcentuales en el cierre sostenible de la brecha de infraestructura vial.



En este contexto, en 1999 se promulgó la Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, que sustituyó el régimen de cobro de peajes operado exclusivamente por el Estado por un sistema integral aplicable a toda la infraestructura vial, independientemente de que su gestión fuera pública o concesionada a un privado. A diferencia de la normativa derogada, **la Ley N° 27181 no reprodujo requisitos como la existencia de una vía alterna para habilitar el cobro de peajes**. Ello confirma que la Ley N° 27181, al regular de manera integral la materia vial, reemplazó el esquema tradicional de peajes estatales por un modelo de recuperación de la inversión y de los costos de operación y mantenimiento, sustentado en relaciones contractuales de concesión. Y así, **derogó tácitamente la Ley N° 15773, incompatible con el nuevo marco normativo**.



Desde 1996, a través de normas sucesivas como la Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras de Infraestructura y Servicios Públicos (Decreto Legislativo N° 839), el Texto Único Ordenado de la Ley de Concesiones (Decreto Supremo N° 059-96-PCM), el Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas (APP) y Proyectos en Activos (PA) (Decreto Legislativo N° 1224), el Decreto Legislativo que Regula la Promoción de la Inversión Privada mediante APP y PA (Decreto Legislativo N° 1362), y la hoy vigente Ley que regula la promoción de la inversión privada mediante APP y PA (Ley N° 32441), **el Perú ha reconocido el derecho de los inversionistas privados a recuperar el capital invertido y las rentas correspondientes por la explotación de la infraestructura concesionada².**

No obstante, la última vez que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre este equilibrio entre el derecho de tránsito y la garantía de estabilidad de los contratos (especialmente de los contratos de concesión de infraestructura pública, como los contratos para la operación y mantenimiento de las carreteras nacionales), sostuvo que el establecimiento de unidades de peaje en carreteras que no tuvieran una vía alterna preexistente, en similares condiciones de transitabilidad, y que estuviera libre de pago, era una afectación desproporcional al derecho de libre tránsito. En otras palabras, el Tribunal Constitucional aplicó una ley derogada, la Ley N° 15773 de 1965, para debilitar la garantía constitucional a la estabilidad e intangibilidad de los términos contractuales de los contratos de concesión.



¿Por qué pagar un peaje?

La infraestructura pública tiene un objetivo principal: ser soporte de los servicios públicos que nos permiten desarrollarnos plenamente. Para ello, es necesario que la infraestructura sea sostenible en el tiempo; ya que no basta solo con su construcción, sino que hay que mantenerla y atender las necesidades de quienes la usan.

En las carreteras, ello significa dar mantenimiento al asfalto, recoger residuos y atender todas las emergencias que pudieran presentarse, entre otros. Ello, porque la infraestructura vial es un bien público sujeto a congestión y deterioro por uso (Vickrey, 1963, p. 455). De forma que, la tarifa de peaje internaliza las externalidades negativas derivadas del tráfico vehicular y financia la conservación del activo (Kessides, 2004). Así, el principio funcional de “quien usa la infraestructura, paga” garantiza la eficiencia asignativa porque traslada el costo de la vía a sus beneficiarios directos, en lugar de financiarla con impuestos generales pagados por contribuyentes que son ajenos a esta.

Los peajes cubren dos componentes esenciales de la inversión en infraestructura vial:

1

• El OPEX o costos de operación y mantenimiento:

Conservación de la rugosidad asfáltica, señalización, limpieza, auxilio mecánico, grúas y atención médica de emergencias.

2

• El CAPEX o costo de inversiones de capital:

Amortización de las obras de construcción, ensanche o rehabilitación inicial de la carretera.

En otras palabras, en infraestructura pública es necesario que los costos de mantenimiento operativo y de inversión de capital sean financiados ya que, lógicamente, no existe ni servicio ni activo que pueda adquirirse de manera gratuita y mucho menos mantenerse en el tiempo con adecuados niveles de calidad. De esta manera, bajo el principio del usuario-pagador, el peaje permite asignar el costo de los servicios utilizados en la carretera a quienes se benefician directamente de su tránsito.





Consecuencias

Las concesiones de infraestructura son contratos de larga duración caracterizados por la presencia de inversiones específicas e irreversibles, los costos hundidos. Pero, como ha demostrado el Perú, una vez ejecutada la obra, el concesionario queda expuesto a comportamientos ex post de los tribunales que busquen reducir la tarifa o suspender el cobro por presión política o social. Comportamientos que representan un riesgo incalculable si responden a situaciones arbitrarias e imprevisibles. Así, cuando un tribunal invalida el mecanismo de cobranza sin compensación, vulnera la credibilidad de las instituciones regulatorias y eleva la tasa de descuento exigida por los inversionistas para proyectos futuros (Gómez-Ibáñez, 2003).

La imposibilidad de percibir ingresos rompe el equilibrio financiero de la concesión y conduce a la quiebra de la estructura de financiamiento. Y el impacto trasciende a la empresa concesionaria porque incrementa la percepción de riesgo del país, reduce la disposición de inversionistas calificados a participar en futuras licitaciones de APP, y genera potenciales pasivos contingentes al erario público a causa de los futuros arbitrajes internacionales en los que el país y el inversionista afectado se verán envueltos.

Más aún, al momento de decidir sobre contratos con objetos tan sensibles, como la operación y mantenimiento de infraestructura pública básica para el desarrollo, integración y la conectividad del país, es necesario ponderar el verdadero impacto económico, social y político de la decisión, más allá de las soluciones tajantes o de aceptación inmediata en la opinión pública. El criterio establecido por el Tribunal Constitucional nos conduce a una conclusión difícil de sostener: que la brecha de infraestructura vial del Perú sería considerablemente mayor que la estimada, pues por cada carretera en la que se cobra un peaje, debería existir otra vía con un trazado y condiciones similares pero libre de pago.

Este estándar, llevado a sus últimas consecuencias, exigiría duplicar la infraestructura vial del país, lo que resulta ineficiente, presupuestariamente imposible y, en algunos sectores, física y geográficamente inviable. Imponer como condición de validez del cobro la existencia de una vía alterna en cualquier circunstancia geográfica no solo desconoce la restricción física, sino que introduce un incentivo perverso al encarecer o inviabilizar la concesión de nuevos proyectos viales, precisamente en las zonas donde la conectividad es más precaria y el cierre de la brecha de infraestructura vial resulta más urgente. Por no mencionar la afectación al marco jurídico legal y constitucional del país, y la percepción hacia los inversionistas nacionales y extranjeros.

Inclusive, el propio Tribunal Constitucional (2005) ha establecido que la limitación de un derecho fundamental en beneficio de otro derecho de igual rango debe superar un test de proporcionalidad estructurado en 3 subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Aplicado al caso, el criterio de exigir una vía alterna preexistente, en condiciones similares y libre de pago no supera el test porque no es la medida menos gravosa disponible, y el costo que impone -la ruptura del equilibrio financiero de la concesión y el debilitamiento de la garantía de intangibilidad contractual para el universo de concesiones viales nacionales- excede largamente el beneficio, acotado y localizado, que reporta a los residentes de una zona específica, cuya afectación no ha sido plenamente demostrada.





Conclusiones

- La Constitución protege tanto la libertad de tránsito como la intangibilidad de los términos contractuales frente a modificaciones posteriores ajenas a la voluntad de las partes. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha desnaturalizado este equilibrio en base a un requisito que proviene de una ley tácitamente derogada desde la década de los años 90. La aplicación de un estándar normativo ya superado introduce, en la práctica, una fuente de inestabilidad jurídica que la propia garantía constitucional había buscado prevenir.
- El riesgo identificado no se limita al caso específico en cuestión. Se discute un criterio que podría extenderse a los otros proyectos viales concesionados bajo APP. Lo que, de cara a nuevos proyectos, podría elevar las garantías financieras y no financieras exigidas por los inversionistas frente a los riesgos de inestabilidad regulatoria que experimentarían en el país, reduciría la participación en futuras licitaciones y generaría pasivos contingentes para el erario público, con un costo que trascendería al concesionario afectado directamente.
- El criterio adoptado por el Tribunal Constitucional no supera el test de proporcionalidad porque exigir una vía alterna preexistente, con condiciones similares, y libre de pago no es la medida menos gravosa disponible, ni los beneficios que reporta mitigan el impacto sobre la seguridad jurídica en el país.

Referencias

- 1 Artículo 62 de la Constitución (“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”)
 - 2 Artículo 24, numeral 24.1, de la Ley N° 32441 (“El contrato que se celebra para desarrollar un proyecto bajo la modalidad de Asociación Público Privada constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que dicho instrumento le otorga frente a terceros; en especial, los mecanismos de recuperación de las inversiones y los beneficios adicionales expresamente convenidos, pudiendo incluir servicios complementarios.” (subrayado agregado).
- Gómez-Ibáñez, J. A. (2003). *Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion*. Harvard University Press.
 - Kessides, I. N. (2004). *Reforming Infrastructure: Privatization, Regulation, and Competition*. World Bank & Oxford University Press.
 - Tribunal Constitucional del Perú. (2003). Sentencia recaída en el Expediente N° 005-2003-AI. 03 de octubre de 2003.
 - Tribunal Constitucional del Perú. (2005). Sentencia recaída en el Expediente N° 0050-2004-AI. 03 de junio de 2005.
 - Tribunal Constitucional del Perú. (2005). Sentencia recaída en el Expediente N° 2876-2005-PHC. 22 de junio de 2005.
 - Tribunal Constitucional del Perú. (2005). Sentencia recaída en el Expediente N° 3948-2004-HC. 08 de julio de 2005.
 - Tribunal Constitucional del Perú. (2016). Sentencia recaída en el Expediente N.º 0006-2012-PI. 12 de enero de 2016.
 - Tribunal Constitucional del Perú. (2020). Sentencia recaída en el Expediente N.º 0006-2020-PI. 25 de agosto de 2020.
 - Tribunal Constitucional del Perú. (2024). Sentencia recaída en el Expediente N.º 01072-2023-PHC. 5 de marzo de 2024.
 - Vickrey, W. (1963). Pricing in urban and suburban transport. *The American Economic Review*, 53(2), 452-465.