

Proyecto de Ley N° 2208/2017-CR



Proyecto de Ley que regula las adendas en los contratos de concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos

El Congresista Víctor Andrés García Belaunde, integrante del Grupo Parlamentario “Acción Popular”, en ejercicio de las atribuciones que les confiere el Artículo 107 de la Constitución Política y los Artículos 74º y 75º del Reglamento del Congreso, propone lo siguiente:

PROYECTO DE LEY

1.- Exposición de Motivos

Es importante precisar que esta iniciativa, la presenté desde el 2008; pudiendo ser aprobada tanto en el quinquenio 2006-2011 y 2011-2016. De haberse aprobado esta iniciativa oportunamente, no estaríamos lamentando los escándalos actos de corrupción, sobornos, coimas que involucraron a Presidentes de la República, Ministros, Alcaldes, Presidentes Regionales y todo funcionario en los últimos tiempos como el de Odebrecht; toda vez que esta iniciativa evita el uso desmedido y nada transparente de la suscripción de adendas que distorsionan el espíritu del contrato original de obras o servicios públicos. Cabe destacar que este proyecto cuenta con la oposición tenaz y permanente de AFIN (Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional).

En el artículo “Crónica de una muerte anunciada”, publicado en el diario El Comercio el 17 de enero de 2017, José Luis Guasch, ex Jefe de la Unidad de Expertos Globales en APP del Banco Mundial y profesor de la Universidad de California-San Diego señaló que “...la incidencia de las adendas en el Perú (y en otros países) es abrumadora. En el Perú, cerca del 80% de las APP se han renegotiado, y no una, sino varias veces. El sector transporte (y carreteras en particular) ha sido el más impactado. Prácticamente todas las APP en ese sector se han renegotiado. De un total de 31 APP en transporte, se han realizado 104 adendas. De las 15 APP en carreteras, se han otorgado 61 adendas. Sobresale la IIRSA Sur (¡la reina de la fiesta!) para la cual se han firmado 22 adendas. El impacto fiscal por proyecto que han generado las adendas es de aproximadamente US\$30 millones en promedio...”

En noviembre de 2016, Andino Investment Holding S.A. (AIH) aparecía con una deuda en cobranza coactiva por S/ 396,073. En enero de 2017, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) firmaba una adenda con el consorcio del cual AIH forma parte. El otro socio, Corporación América, tiene como presidente a Eduardo Eurnekian procesado en Argentina por evasión agravada y socio de Engevix en Brasil. Engevix está involucrado en el escándalo de corrupción Lava Jato. La adenda Vizcarra para el Aeropuerto de Chinchero ha desvirtuado las Alianzas Público Privadas (APP).



Congreso de la República

Adendas en concesiones como la Vía Expresa del Callao o adendas en APP como el aeropuerto de Chinchero nos recuerda que el marco normativo para la construcción de obras públicas es aún primitivo y endeble, caldo de cultivo para la corrupción endémica que, según la BBC, existe en el Perú.

Asimismo, esta iniciativa evita que los organismos reguladores y sus directores eludan sus responsabilidades cuando mediante sus decisiones afecten y distorsionen el fin de una obra o servicio y permitan el enriquecimiento bajo la mesa. Un caso bandera es lo ocurrido en con el aeropuerto internacional de Chinchero en Cuzco; cuando dos directores (Uno recientemente llegado y promovido por la ahora Ministra Molinelli, Alfredo Dammert Lira y César Balbuena) firmaron opinión de una hoja que declaraba procedente la adenda del aeropuerto que era lesiva para el Estado, dejando de lado la opinión técnica del propio organismo y ocasionando un escándalo nacional que paralizó el proyecto del aeropuerto, generó la renuncia del Ministro de Transportes Vizcarra e involucró a los actores de estos hechos en sendas denuncias penales.

Según el tratadista argentino, Roberto Dromi el contrato de *“concesión de obra pública, es un sistema de contratación particularizado por la modalidad del pago del precio, implica una intervención directa del concesionario en la explotación de la obra pública, es un modo de ejecución de la obra pública por el que la Administración contrata a una empresa para la realización del trabajo, y no paga luego un precio por ella, sino que la remuneración otorgándole la explotación de la nueva obra construida durante el plazo determinado.*

La concesión implica a favor del concesionario una delegación de las respectivas facultades por parte de la administración pública, a la que sustituye o reemplaza en la prestación, pero que conserva las facultades de regulación y control. La delegación convencional de atribuciones no significa un traspaso definitivo de las mismas.”¹

Se conoce como concesión de servicio público al *“contrato por el cual el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública no estatal, la prestación de un servicio público, bajo determinadas condiciones objetivas, subjetivas y temporales. Ésta persona, “concesionario”, actúa por su propia cuenta y riesgo. La labor se retribuye con el precio o tarifa pagado, por los usuarios o con subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez.”²*

La propuesta legal está vinculada a los contratos de concesión de obra pública de infraestructura y de servicios públicos, y APP que celebra el Estado, a través de sus distintos niveles de gobierno, con los particulares. Estas modalidades de contratación por parte del Estado con el transcurrir de los años, se han vuelto usuales y hasta cierta medida necesarios

¹ Roberto Dromi. Derecho Administrativo – Tomo 1. Pag. 641 y siguientes. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000

² Ibidem.



Congreso de la República

para que éste pueda cumplir de manera delegada con brindar a la población obras públicas y mejores servicios públicos. Estos contratos parten de la premisa que el Estado no lo puede hacer todo y que es mejor, en términos económicos y de eficiencia, que lo hagan los particulares.

Sin embargo, de un tiempo a esta fecha, la ciudadanía ha podido advertir que se han otorgado contratos de concesión y APP sin el respectivo sustento técnico - económico o se han modificado aspectos sustanciales en condiciones desventajosas para el país, como en el caso de Camisea. O incluso, se ha celebrado contratos de concesión contraviniendo principios constitucionales, como las revisiones técnicas en Lima Metropolitana. Otro caso emblemático es que por una adenda, se evitó la construcción de la segunda pista del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” ocasionando un menor tráfico de turistas a nuestro país y frenando la dinamización de la economía turística.

No existe un marco legal apropiado para este tipo de contratos administrativos, las normas de Promoción de la Inversión Privada no abordan aspectos puntuales como los requerimientos que deben seguirse para la modificación de los contratos de concesión, APP o incorporación de adendas a los mismos. La legislación en ese sentido es deficiente.

El proyecto de ley apunta a otorgar transparencia a las modificaciones que se estipulen en los contratos de concesión. En ese sentido se propone un dispositivo legal con rango de ley que establezca que toda modificación contractual debe contar con un informe técnico – legal sustentatorio, el análisis costo – beneficio que precise los beneficios para el Estado, para los concesionarios y para la población a quien se dirige la finalidad de la obra o el servicio público.

No es bueno para el país en general, y el Estado y también para los particulares, que los procesos de concesiones acaben en la conformación de comisiones investigadoras en el Congreso, y por tanto, en la determinación de responsabilidades penales de los funcionarios que participaron en la celebración de los contratos. Eso no debería ocurrir, y ello es consecuencia de la falta de transparencia y de requisitos legales que precisen el costo beneficio de las modificaciones contractuales y de la inclusión de adendas a los contratos originales.

Cabe señalar, que el presente proyecto de ley tiene como antecedente inmediato al Proyecto de Ley Nº 2281/2006-CR cuya autoría recae en el suscrito, siendo presentado el 02 de abril de 2008. En el mismo sentido, este proyecto de ley fue decretado a las comisiones de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado y de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera; ambos con fecha 07 de abril de 2008. Hubo debate de este proyecto en la Comisión de Descentralización. La Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado emitió dictamen favorable en sesión celebrada el 20 de abril de 2010, el cual fue aprobado por unanimidad. Mediante oficio Nº 1004-2010/2011-CDRGLMGE/CR, de fecha 12 de mayo de 2011, de la Comisión de Descentralización, se remitió este proyecto, entre otros, a



Congreso de la República

fin de que se priorice en la agenda del Pleno para su aprobación; sin embargo, esto no ocurrió. Asimismo, mediante Proyecto de Ley N° 261/2011-CR se volvió a presentar en fecha 22 de setiembre de 2011 por el suscrito. Contó con dictamen favorable de la comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado con fecha 30 de setiembre de 2011. Aprobado por el Pleno del Congreso en fecha 11 de enero de 2012. Fue observada por el Ejecutivo el 03 de febrero de 2012. Se adecúa el texto legal y resulta con dictamen favorable de la Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado con fecha 11 de octubre de 2012. Quedo al voto del Pleno. Nunca se logró abordar en el quinquenio pasado y terminó en el archivo.

2.- Análisis Costo – Beneficio

Costo: Para el Estado, Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, nada significativo. La implementación de la ley implica contar con equipos económicos, legales y asesores especializados y supone un riguroso estudio del contrato que se pretende modificar. El Estado cuenta con los recursos humanos para dicho encargo.

Beneficio: Transparencia. Y además, se conocerá cual es el beneficio en particular El Estado, a través de sus distintos niveles. Asimismo, se conocerá cual es el beneficio que obtendrá el concesionario. Y lo más importante, en que se beneficia la población.

El evitar que se modifiquen contratos de concesión sin sustento técnico debido, le ahorrará al Estado, grandes cantidades de recursos y en particular a los peruanos. Si por ejemplo, de no haberse modificado el Contrato de Concesión del gas de Camisea, el Perú contaría a la fecha con siete (7) años más de reservas de gas barato para consumo interno. De la misma forma, de no haberse modificado el Contrato de Concesión de la Vía Expresa del Callao, cuarenta mil (40,000) vehículos aproximadamente no hubieran tenido que pagar diariamente, un sol y medio (S/. 1.50) por una obra pública diminuta que en ningún caso justifica la contraprestación. Igualmente, de no haberse modificado el Contrato de Concesión de las Revisiones Técnicas en Lima Metropolitana, 19,000 personas no hubiesen tenido que pagar cincuenta soles (S/. 50.00) cada una por un servicio posteriormente cancelado.

Casi un millón de soles (S/. 950,000) en pérdidas para los peruanos en el último caso (revisiones) y alrededor de un millón ochocientos mil soles (S/. 1`800,000.00) en pérdidas mensuales para los peruanos en el penúltimo caso (Callao); son los mejores argumentos para justificar la necesidad de esta norma.



3.- Efecto de la Norma sobre la Legislación Vigente

Inicialmente; la propuesta pretendía incorporar una Disposición Única Complementaria a la Ley 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada. Asimismo, incorporar un párrafo al Artículo 15 del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

De la misma manera, pretendía modificar el Artículo 16 del TUO de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, contenido en el Decreto Supremo 059 – 96 – PCM, en lo relativo al plazo de duración de la concesión. Sin embargo, estas normas fueron derogadas por el Decreto Legislativo 1224 sobre el Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos de fecha 25 de setiembre de 2015 y compendiada por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1224 del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 254-2017-EF de fecha 31 de agosto de 2017. Sobre las modificaciones realizadas al T.U.O. del Decreto Legislativo N° 1224, Marco de la Promoción e la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos; éstas versan sobre las opiniones vinculantes de los organismos reguladores cuya materia específica tienen que ver con las obras o servicios. Asimismo, se reduce el plazo de toda obra o servicio público a 30 años, cuya renovación y ampliación por encima de ese tiempo debe requerir sustento técnico respectivo.

Asimismo; los contratos de concesión de cualquier obra o servicio público, celebrado por el Estado a través de cualquier entidad pública con el sector privado que requieran modificación o adenda, deben contar con informe técnico legal y con el respectivo análisis costo beneficio y si fuere el caso, con el respectivo estudio de impacto ambiental que la sustente, a cargo de la entidad pública correspondiente. Lo dispuesto en el párrafo precedente debe ser accesible a la ciudadanía mediante su publicación en el portal de transparencia de la entidad respectiva 15 días antes de la suscripción de las modificaciones o adendas al contrato. En caso de no contar o estar inhabilitado el portal de transparencia, la entidad pública respectiva debe asegurar, mediante otro medio idóneo, la accesibilidad oportuna de la información a la ciudadanía. El incumplimiento de este mandato será denunciado por la comisión de delito previsto en el artículo 377º del Código Penal.

4.- Vinculación con el Acuerdo Nacional y la Agenda Legislativa

La presente propuesta se encuentra vinculada con la Vigésimo Cuarta Política de Estado: “Afirmación de un Estado Eficiente, Eficaz, Moderno y Transparente”, referida a la afirmación de un Estado eficiente y transparente, que tiene que ver con el compromiso de



Congreso de la República

construir y mantener un estado al servicio de las personas y de sus derechos y que promueva el desarrollo y buen funcionamiento del mercado y de los servicios públicos.

5.- Fórmula Legal

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA:
HA DADO LA LEY SIGUIENTE:

LEY QUE OTORGA TRANSPARENCIA A LAS MODIFICACIONES Y ADENDAS A LOS CONTRATOS DE CONCESION DE OBRAS PUBLICAS DE INFRAESTRUCTURA Y DE SERVICIOS PÚBLICOS

Artículo 1°.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por finalidad garantizar la seguridad jurídica y el costo – beneficio para el Estado en sus diversos niveles de gobierno nacional, regional y local en los contratos de concesión de obras de infraestructura y de servicios públicos que celebre con los particulares.

Artículo 2°.- Modifica numeral del artículo 17° de TUO de Decreto Legislativo 1224

Modifíquese el numeral 17.4° del artículo 17° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1224, Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo N° 254-2017-EF; en los términos siguientes:

17.4 Conforme lo señalado en el numeral 17.2 y 17.3, el Organismo Promotor de la Inversión Privada, sin excepción y bajo responsabilidad, debe contar con las siguientes opiniones sobre la respectiva versión del contrato de Asociación Público Privada:

a) Opinión previa favorable del Ministerio, Gobierno Regional y/o Gobierno Local, conforme a sus competencias.

*b) **Opinión previa vinculante** del organismo regulador exclusivamente sobre los temas materia de sus competencias legales.*



Congreso de la República

c) Opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas a la respectiva versión del contrato de Asociación Público Privada conforme a sus competencias.

La opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, a la versión del contrato solicitada antes del inicio de la fase de transacción, puede emitirse incluyendo observaciones a ser subsanadas por el Organismo Promotor de la Inversión Privada durante la fase de transacción. La opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas a la versión final del contrato de Asociación Público Privada sólo puede referirse a aquellos aspectos sobre los cuales se emitió observación y a los aspectos distintos o adicionales respecto de la versión del contrato solicitada antes del inicio de la fase de transacción.

De no contar con la opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas a la versión final del contrato de Asociación Público Privada, el contrato y su adjudicación no surten efectos y son nulos de pleno derecho, salvo el supuesto señalado en el numeral 17.7 del presente artículo.

Artículo 3º.- Modifica artículo 20º del TUO del Decreto Legislativo N° 1224

Modifíquese el Artículo 20º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1224, Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo N° 254-2017-EF, en los términos siguientes:

Artículo 20.- Plazo

*Los proyectos bajo la modalidad de Asociación Público Privada se otorgan por el plazo de vigencia indicado en el contrato, el que en **ningún caso excede de treinta años (30)**, salvo plazos menores establecidos en norma especial. El plazo de vigencia se inicia en la fecha de suscripción del respectivo contrato. **La ampliación o renovación del plazo requerirá del sustento técnico económico refrendado por el titular del sector correspondiente.***

Artículo 4º.- Incorpora un párrafo al artículo 23º del TUO del Decreto Legislativo N° 1224

Incorpórese un párrafo al Artículo 23º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1224, Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo N° 254-2017-EF, en los términos siguientes:

Artículo 23.- Modificaciones contractuales



Congreso de la República

23.1 El Estado, de común acuerdo con el inversionista, podrá modificar el contrato de Asociación Público Privada manteniendo su equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, conforme a las condiciones y requisitos que establezca el Reglamento.

Los contratos de concesión de cualquier obra o servicio público, celebrado por el Estado a través de cualquier entidad pública con el sector privado que requieran modificación o adenda, deben contar con informe técnico legal y con el respectivo análisis costo beneficio y si fuere el caso, con el respectivo estudio de impacto ambiental que la sustente, a cargo de la entidad pública correspondiente.

Lo dispuesto en el párrafo precedente debe ser accesible a la ciudadanía mediante su publicación en el portal de transparencia de la entidad respectiva 15 días antes de la suscripción de las modificaciones o adendas al contrato. En caso de no contar o estar inhabilitado el portal de transparencia, la entidad pública respectiva debe asegurar, mediante otro medio idóneo, la accesibilidad oportuna de la información a la ciudadanía.

El incumplimiento de este mandato será denunciado por la comisión de delito previsto en el artículo 377º del Código Penal.

23.2 En un plazo máximo de diez (10) días hábiles de recibida la solicitud de adenda, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local convoca a las entidades públicas que deben emitir opinión a la adenda propuesta, quienes asisten al proceso de evaluación conjunta, a la cual también puede ser convocado el inversionista. En esta etapa se puede solicitar información sobre el diseño del proyecto y contrato al Organismo Promotor de la Inversión Privada, que estuvo a cargo del proceso de promoción en que se originó el contrato, o del órgano que haga sus veces.

En los contratos de Asociaciones Público Privadas a cargo de Proinversión las propuestas de modificación a dichos contratos se presentan ante dicha entidad dentro del periodo establecido en el Reglamento, quien convoca y conduce el proceso de evaluación conjunta, y emite opinión de acuerdo a lo establecido en el Reglamento.

En los supuestos previstos en el presente numeral, el inversionista puede solicitar su participación en el proceso de evaluación conjunta.

23.3 Culminado el proceso de evaluación conjunta, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local evalúa y sustenta las modificaciones contractuales; y solicita la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia, y tratándose de materias de competencia del Ministerio de Economía y Finanzas, debe requerirse la opinión previa favorable de dicho Ministerio. Los acuerdos que contengan



Congreso de la República

“AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO”

modificaciones al contrato de Asociación Público Privada que no cuenten con opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, no surten efectos y son nulos de pleno derecho.

*El proceso de modificación contractual regulado en el presente artículo, requerirá la participación de la Contraloría General de la República, a través de la emisión de un informe previo, en un plazo máximo de diez días hábiles, el cual será solicitado una vez concluido el proceso de evaluación conjunta. **Dicho informe previo es vinculante** y deberá contener opinión sobre aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado de conformidad con el inciso l) del Artículo 22 de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Es emitido sin perjuicio del control posterior.*

23.4 Los plazos y procedimientos dispuestos en el presente artículo, son establecidos en el Reglamento. De no emitirse opinión dentro de los plazos previstos, son consideradas como favorables.

Artículo 5º.- Norma derogatoria

Deróguese cualquier norma o disposición contraria a la presente Ley.

Artículo 6º.- Vigencia de la norma

Lo dispuesto en la presente ley rige a partir de su publicación, y es aplicable para todo contrato de concesión vigente celebrado por el Estado con los particulares.

Lima, 28 de noviembre de 2017.

VÍCTOR ANDRÉS GARCÍA BELAUNDE
Congresista de la República

VO CERO