Proyecto de Ley N° 5135/2022-CR

MARIA ANTONIETA AGÜERO GUTIERREZ

"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Área de Trámite y Digitalización de Documentos
23 MAYO 2023
RECIBIDO
Hora 10:12 AM
Firma

PROYECTO DE LEY QUE LIMITA LAS ADENDAS EN LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO.

El Grupo Parlamentario de Perú Libre, a iniciativa de la Congresista de la República **María Antonieta Agüero Gutiérrez,** en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, y de conformidad con los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente PROYECTO DE LEY:

FÓRMULA LEGAL

LEY QUE LIMITA LAS ADENDAS EN LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO.

Artículo 1. Objeto de la ley

El Proyecto de Ley tiene por objeto limitar el uso abusivo e ilimitado de las modificaciones contractuales (adendas) en las contrataciones del Estado, por constituir prácticas corruptas.

Artículo 2. Modificación del artículo 34 de la Ley 30225, Ley de Contrataciones con el Estado

Se modifica el artículo 34 de la Ley 30225 Ley de Contrataciones con el Estado, con la siguiente redacción:

"**Artículo 34. Modificaciones al contrato**
34.1 El contrato puede modificarse **excepcionalmente** en los supuestos contemplados en la Ley, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad. **Por ningún motivo se podrán efectuar más de dos modificaciones a los contratos, teniendo como límite del valor o costo adicional quince por ciento (15%).**

34.2. El contrato puede ser modificado en los siguientes supuestos:
i) ejecución de prestaciones adicionales, **derivadas de caso fortuito o de fuerza mayor debidamente acreditada**
ii) reducción de prestaciones,
iii) autorización de **ampliación de plazo** cuando haya atrasos o paralizaciones **por causas no imputables al contratista debidamente acreditado.**"

Artículo 3. Derogación

Se deroga el artículo 34-A de la Ley de Contrataciones con el Estado.

DISPOSICION COMPLEMENTARIA FINAL

PRIMERA: Mediante Decreto Supremo refrendado por el ministro de Economía y Finanzas, se modificará el reglamento de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en un plazo no mayor de treinta (30) días, contados a partir de la publicación de la presente Ley.

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: CRUZ MAMANI Flavio FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 17/04/2023 13:00:18-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: AGÜERO GUTIERREZ Maria Antonieta FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 17/04/2023 12:32:19-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: CRUZ MAMANI Flavio FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 17/04/2023 13:00:37-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: TAIPE CORONADO Maria Elizabeth FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 18/04/2023 15:02:40-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: QUISPE MAMANI Wilson Rusbel FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 17/05/2023 17:18:38-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: QUITO SARMIENTO Bernardo Jaime FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 17/04/2023 16:47:51-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: PARIONA SINCHE Alfredo FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 18/05/2023 12:47:12-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: MITA ALANOCA Isaac FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 19/05/2023 15:10:21-0500

EXPOSICION DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA

La Constitución vigente adopto un modelo de economía de mercado liberal, a la que se le puso como rótulo *"economía social de mercado"* que excluía la participación del Estado en la actividad empresarial, reservándole una actuación subsidiaria, esto es, que, por excepción, por ley expresa o de manifiesta conveniencia nacional, podía hacerlo solo en caso de ausencia o imposibilidad de la empresa privada.

Todo el marco normativo infra constitucional fue modificado para hacer de la inversión privada el eje exclusivo y excluyente de la actividad económica, siendo las normas más relevantes.

- Decreto Legislativo 662, Ley que otorga un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras.
- Decreto Legislativo 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado, mediante el cual se declaró de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas del Estado.
- Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada que establece los convenios de estabilidad jurídica con la naturaleza de contratos con fuerza de Ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Esta norma señala además que su finalidad es "garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las Leyes.

El artículo 58 de la Constitución Política del Perú de 1993 encargó al Estado que actúe en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura marco constitucional liberal, no como agente económico sino como promotor de servicios públicos e infraestructura.

En el ámbito de los servicios públicos y de infraestructura se dictaron las siguientes normas:

- Decreto Legislativo 839, Ley de la Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos.
- Decreto Legislativo 1012 "Ley marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada". Este Decreto Legislativo fue derogado por el Decreto Legislativo 1224, el que a su vez fue derogado por el Decreto Legislativo 1362 que regula la promoción de la inversión privada mediante las APP y los proyectos en activos.

Para blindar las privatizaciones, concesiones, etc. el artículo 62 de la Constitución de 1993 consagró que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

Estando proscrito el Estado de actuar en la actividad económica y en el ámbito empresarial, las obras publicas de infraestructura y de servicios fueron asignadas al

sector privado, para cuyo efecto se hicieron distintas modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado.

Ley Nº 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado
Decreto Ley 1017 Ley de Contrataciones del Estado
Ley 30225 Ley de Contrataciones del Estado, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado mediante el D.S. 082-2019-EF.

El derecho a contratar con fines lícitos cuenta con reconocimiento constitucional, en los términos que lo señala el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente 006-2020-PI/TC:

> *"34. Por otra parte, el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución reconoce el derecho a contratar con fines lícitos, el cual se concibe como el acuerdo entre dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial (artículo 1351 del Código Civil).* ***Dicho pacto no debe contravenir las leyes de orden público****. Este derecho garantiza lo siguiente: a. Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir a la contraparte. b. Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual".*

El mismo Tribunal Constitucional nos recuerda en la Sentencia recaída en el Expediente 06512-2015-PHD/TC que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso del derecho:

> *"11. El artículo 103 de la Constitución indica que "la Constitución no ampara el abuso del derecho", disposición concordante con lo establecido en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, según el cual, "la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho.*
> *12. El Tribunal Constitucional ha definido el abuso del derecho como "desnaturalizar las finalidades u objetivos que sustentan la existencia de cada atributo, facultad o libertad reconocida sobre las personas"; e indica que* ***"los derechos no pueden usarse de forma ilegítima (...), sino de manera compatible con los valores del propio ordenamiento"*** *(STC 00296-2007-PA/TC, fundamento 12)."*

Resulta que, aprovechando una legislación permisiva en materia de contrataciones con el Estado, se ha venido configurando innumerables casos de abuso del derecho por parte de las empresas contratistas en desmedro del Estado y, en última instancia, en perjuicio de la población.

Alfonso Quiroz en su obra "Historia de la corrupción en el Perú" nos dice que en el Perú la corrupción no es algo esporádico, si no, sistémico, estructural y desde la década de los 90's es una corruptela sin freno, descontrolada, que erosiona las instituciones democráticas.

> *"Tras completar un estudio inicial sobre el notorio mal uso de fondos públicos en la temprana era del guano, mis posteriores investigaciones continuaron detectando múltiples escándalos de corrupción de honda huella en la memoria colectiva peruana. Noté entonces que, en el Perú, la corrupción no era algo*

esporádico sino, más bien, un elemento sistémico, enraizado en estructuras centrales de la sociedad".

"En la década de 1990, los destapes de escándalos en el ámbito global contribuyeron a la noción de que, para los gobiernos latinoamericanos, la corruptela sin freno constituía un problema crítico. En el Perú, la corrupción descontrolada había alcanzado un nivel alarmante bajo la sombra de un poder presidencial abusivo y la extensa erosión de las instituciones democráticas"

De acuerdo a estimaciones de la Defensoría del Pueblo, el Perú pierde 12 mil millones de soles anuales por casos de corrupción.

Según el *"Mapeo de Iniciativas Anticorrupción"* elaborado por la Universidad Antonio Ruiz de Montoya.

"Los daños económicos, sociales e institucionales ocasionados por la corrupción (pequeña y grande) son cuantiosos en la historia del Perú, hasta el punto de haber afectado su crecimiento económico, el desarrollo humano, en especial de los más pobres, y la consolidación de un Estado moderno, descentralizado y eficiente al servicio de la ciudadanía".

Rafael Chanjan, abogado e investigador sénior del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP, señala que las adendas son "*el mecanismo a través del cual se ha sobrevalorado extremadamente -hasta más del 100%- las obras que se desarrollan a través de APP".*

De acuerdo a IDL Reporteros *"Solo en la carretera IIRSA-Sur, a cargo de un consorcio liderado por Odebrecht, hubo un sobrecosto de 149%: pasó de costar US$ 263 millones a US$ 654 millones (...)".* En la publicación se detalla que los sobrecostos de Odebrecht en Perú alcanzaron los 4 mil 600 millones de soles: el equivalente a 5 veces el presupuesto de Beca 18 del año 2015.

En Lima, la obra Línea Amarilla pasó de costar 570 millones de dólares el 2009 a 700 millones el 2011.

En los gobiernos de Toledo, García, Humala, Kuczynski y Vizcarra se firmaron 109 adendas para 31 contratos de concesión de infraestructura de transporte. La gestión que más adendas genero fue del segundo gobierno de Alan García.

Según el investigador Rafael Chanjan: "Las APP de por si no son malas - Lo que pasa es que en la práctica están siendo usadas para sobrecostos, para beneficios del contratista y en desmedro del patrimonio del Estado.

Esta situación se presenta con demasiada frecuencia porque la Ley de Contrataciones del Estado no establece limitaciones al número de modificaciones que pueden hacerse a los contratos y por ende son ilimitadas las adendas que se llegan a celebrar.

En relación con lo anterior, es importante señalar que, tratándose de obras es frecuente el retraso injustificado que se configura cuando el contratista no cumplía con su obligación dentro del plazo de ejecución establecido; debiendo precisarse que dicho

plazo podía verse modificado producto de la aprobación de una solicitud de ampliación de plazo.

De un lado tenemos a la ampliación del plazo. Esta constituye un supuesto de modificación contractual, puede ser solicitada por el contratista de obra, entre otras causales, cuando haya atrasos o paralizaciones por causas no atribuibles al mismo y si es que el supuesto modifica la ruta crítica del programa de ejecución de la obra.

El procedimiento para la solicitud de ampliación, de manera general, implica que el contratista realice la anotación del inicio y fin de aquellas circunstancias que determinen la ampliación; que dentro de los quince días posteriores a la culminación de dichos hechos el contratista cuantifique, sustente y presente su solicitud de ampliación y que el supervisor emita opinión, además de que la entidad la evalúe y ofrezca su pronunciamiento final.

El proceso de contratación con el Estado es regulado y transparente, los contratistas intervienen con pleno acceso y conocimiento de las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, además les asiste el derecho de solicitar la entrega completa de la información que es puesta a disposición de los postores, aparte del acopio de información, del estudio de mercado y viabilidad como la rentabilidad que por su propia cuenta deben realizar los interesados, de manera tal que en principio y como regla general no debería de recurrirse a modificaciones contractuales, por lo que puede admitirse tales modificaciones por excepción, excepción que para ser tal no pueden ser más de dos veces. Por las mismas consideraciones el costo adicional, debidamente justificado en cada caso en particular no debe oscilar entre el uno y el quince por ciento, rango aceptable, pues costos que excedan ese rango desnaturalizan los términos contractuales.

Una de las causales objetivas habilitantes de modificación de un contrato es el caso fortuito o la fuerza mayor.

Para la configuración de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, el hecho invocado tiene que presentar un carácter inevitable, imprevisible e irresistible, y revestir tal magnitud que perturbe la ejecución de una obra o la prestación de un servicio. De acuerdo al artículo 1315 del Código Civil una causal jurídicamente admitida para la inejecución de obligaciones son el caso fortuito y la fuerza mayor, definiéndolos como "*la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*".

Felipe Osterling en su obra Derecho de Obligaciones señala que para que un evento pueda calificarse como de fuerza mayor o de hecho fortuito debe cumplir las siguientes:
<u>a) El acontecimiento debe ser extraordinario:</u> Para ser tal, el evento debe revestir la característica de "anormalidad", esto es, que las circunstancias en las que se presenta no deben ser ordinarias. Lo extraordinario es aquello que irrumpe el curso natural de los acontecimientos.
<u>b) El acontecimiento debe ser imprevisible:</u> El hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud normal de previsión. cabe decir que, al momento de analizar la previsibilidad, debe tomarse en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.

La imprevisibilidad se relaciona con el carácter de extraordinario. Son dos características que van juntas.

c) El acontecimiento debe ser irresistible: El que un evento sea irresistible quiere decir que la persona es impotente para evitarlo.
En el caso de las relaciones laborales, ello implica que dicho evento constituya un obstáculo insuperable para que el empleador y los trabajadores cumplan con las obligaciones nacidas del contrato de trabajo.

Así pues, la causal de hecho fortuito o de fuerza mayor que se alegue para una modificación del contrato debe tener incidencia directa en la ejecución del y ser suficiente para justificar la medida adoptada en un determinado periodo de tiempo adicional.

II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El presente Proyecto de Ley incide únicamente en la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La aprobación del presente Proyecto de Ley no implicará gasto público directo ni indirecto, más bien ahorrará recursos al evitar sobre costos innecesarios e ilícitos derivados de prácticas irracionales y corruptas.

IV. RELACIÓN CON LA AGENDA LEGISLATIVA Y LAS POLÍTICAS DE ESTADO DEL ACUERDO NACIONAL

El presente Proyecto de Ley es acorde a las políticas de Estado contenidas en el Acuerdo Nacional:

Democracia y Estado de Derecho:

1. Afirmación de un Estado eficiente y transparente
2. Promoción de la ética y la transparencia y erradicación de la corrupción.