

RIESGOS DE CORRUPCIÓN EN LAS APP: PROBLEMAS ESTRUCTURALES A PROPÓSITO DE LA CONCESIÓN INTEROCEÁNICA SUR¹



1. Introducción:

La corrupción es un fenómeno complejo sin un concepto establecido en los diversos instrumentos internacionales ni con una definición unánime a nivel de doctrina, pues muchos autores tienen una aproximación al concepto a partir de un enfoque económico, político, jurídico, etc. Este fenómeno termina siendo más complejo aun cuando no solo se presenta en espacios privados sino también en espacios públicos perjudicando la situación política, económica y social de un país.

Una aproximación al concepto de corrupción en el ámbito público es:

“El abuso del poder público encargado (por elección, selección, nombramiento o designación) para obtener beneficios particulares (económicos o no) violando la norma en perjuicio del interés general o el interés público”²

Siendo el interés público aquello que beneficia a todos y cuya satisfacción es uno de los fines del Estado, resulta exigible que la actuación estatal se realice en cumplimiento con el principio constitucional de buena administración definido por el Tribunal Constitucional³ como el deber de los funcionarios y órganos públicos no solo a proteger el interés general, (art. 39° de la Constitución), sino que su servicio a la Nación se realice de forma transparente a fin que coadyuve a

¹ Este reporte fue elaborado por Fiorella Torres Flores y Yudy Lizeth Montes Cahuapaza, alumnas de la Clínica de Derecho en lucha contra la corrupción y lavado de activos (2018-1). Fue revisado por el Equipo Anticorrupción del IDEHPUCP. Asimismo, esta nota fue publicada en el Boletín N° 2-2018. Anticorrupción y Justicia Penal.

² Montoya, Y. (2016). Manual sobre delitos contra la administración Pública. Lima: IDEHPUCP, p. 18.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Exp. N° 2235-2004-AA/TC.

combatir los niveles de corrupción en el Estado. De no cumplirse ello, el correcto funcionamiento de la Administración Pública, como bien jurídico constitucionalmente protegido, justificaría la persecución penal de los delitos o actos de corrupción contra la Administración Pública tipificados en el Título XVIII, Capítulo II del Código Penal.

En el escenario donde el Estado participa de un proceso de contratación pública para adjudicar a un privado la buena pro de un proyecto de inversión, el principio de buen funcionamiento de la Administración Pública se observa conjuntamente con otros principios que el Tribunal Constitucional, a través de su sentencia N° 00017-2011-AI, ha señalado como implícitos de la lectura del artículo 76° de la Constitución⁴; por ejemplo: 1) la transparencia en las operaciones, 2) la imparcialidad, 3) la libre competencia, 4) el trato justo e igualitario a potenciales proveedores; con la finalidad que las adquisiciones a obtener posean un mayor grado de eficiencia. Dicho de otra manera, en el ámbito de un procedimiento de contratación pública, independientemente del mecanismo legal que se adopte para realizar ello, el Estado debe procurar obtener bienes, servicios u obras de forma oportuna con la mejor oferta económica, técnica y respetando los principios señalados.

En ese sentido, realizar un proceso de contratación pública siendo ajeno a las condiciones o principios antes descritos podría constituir una puerta abierta a la comisión de actos de corrupción. Pues al tratarse de proyectos de inversión que implican la ejecución de obras, infraestructura, prestación de servicios de interés público y que comprometen recursos destinados al financiamiento de su diseño, ejecución, operación, mantenimiento, podría responder a fines o intereses privados o de grupo, en base a manipulaciones en el costo, tiempo, características del postor que se pueden presentar en las diversas etapas de un proceso de contratación pública.

Ante ello, nuestro Código Penal en su Título XVIII, artículo 384° autoriza la persecución penal contra actos de colusión ilegal en el que un funcionario público concierta con un privado o postor para favorecerlo en cualquier etapa del proceso de contratación estatal.

2- Sobre la Concesión Interoceánica Sur:

La Concesión del Corredor Vial Interoceánica Sur (**CVIS**) es un proyecto de inversión de la iniciativa pública IIRSA (Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana), adoptada por el Estado peruano como resultado concreto de los compromisos asumidos entre los Gobiernos

⁴ Constitución Política del Perú, artículo 76°.

Sudamericanos en la primera reunión de presidentes Suramericanos en Brasilia en el año 2000, con el objetivo de impulsar el desarrollo y ejecución de la infraestructura de transporte, el comercio y telecomunicaciones uniendo las regiones de nuestro país con las de Brasil y Bolivia.

El **CVIS** corresponde a un proyecto de alta envergadura fraccionado y concesionado en 5 tramos:

- **Tramo 1:** Puerto de San Juan- Urcos
- **Tramo 2:** Urcos- Puente Inambari
- **Tramo 3:** Puente Inambari- Iñapari
- **Tramo 4:** Azángaro- Puente Inambari
- **Tramo 5:** Puertos de Ilo y Matarani- Azángaro

Cada tramo fue otorgado en el marco de un contrato de concesión por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (**MTC**) al sector privado, mientras se encontraba en vigencia el Decreto Supremo N° 059-96-PCM que establece el 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.

En ese contexto, se otorgó la concesión de cada tramo de acuerdo al siguiente detalle:

Proyecto	Buena Pro	Consorcio	Inversión (US \$MM)/ Modalidad
IIRSA Sur Tramo 1	2007	Grupo Graña y Montero, JJC Contratistas Generales,	

⁵ Decreto Legislativo N°1224°: “Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada

		ingenieros y Contratistas Generales	135,949,108 (cofinanciada)
IIRSA Sur Tramo 2	2005	Concesionario Interoceánico Sur	653,661,005 (cofinanciada)
IIRSA Sur Tramo 3			616,149,775 (cofinanciada)
IIRSA Sur Tramo 4		Consorcio Intersur	651,771,184 (cofinanciada)
IIRSA Sur Tramo 5	2007	Concesionaria del Sur	199,266,011 (cofinanciada)

Fuente: MTC

Considerando la envergadura del proyecto y su impacto en la calidad de vida de las personas y en el desarrollo del país, el presente texto desarrollará cuáles fueron las fases de una concesión privada según el DS N°59-96-PCM (ahora llamada Asociaciones Público Privadas conforme el régimen legal vigente del DL 1224^{o5}), así también se identificará como en cada etapa se pueden presentar posibles riesgos de corrupción y cómo puede prevenirse este fenómeno, a fin de evitar mayores casos de corrupción bajo el nuevo régimen legal del DL 1224°, a propósito de la concesión de la Carretera Interoceánica Sur.

3- Fases de la Concesión Interoceánica Sur: Marco legal

Cabe señalar y especificar que para efectos plenos del procedimiento de concesión que se otorgó en favor de la construcción de la carretera Interoceánica Sur, se tomó como base central el Decreto Legislativo N° 839 que promulga el Decreto Supremo N°

mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos”, vigente desde 25.09.2015.

059-96-PCM, el cual establece el 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. En dicha normativa, se indica el procedimiento a seguir para el otorgamiento de concesiones.

En tal sentido, la fase inicial de toda concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos inició con el **Planeamiento de la Inversión Privada**, donde correspondía a la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas (PROMCEPRI) aprobar, previamente a su ejecución, el Plan de Promoción de la Inversión Privada relativo a la concesión de una o varias obras públicas de infraestructura o servicios públicos⁶.

En segundo lugar, se da la **fase de estructuración** la misma que según el artículo 23° de dicha Ley señalaba que las bases de los contratos de concesión serán aprobadas por PROMCEPRI. Ahora bien, cabe señalar que éste es el órgano que se encargaba de diseñar y conducir el proceso de promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, unificando la toma de decisiones como organismo rector máximo, ello, acorde al artículo 5 de la referida Ley.

¿Cuál era el contenido de las Bases?
Éstas contenían las reglas del

concurso, los procedimientos, diseño del contrato, requisitos mínimos o perfil que deberán reunir los interesados para ser considerados postores precalificados (experiencia), factor de competencia, contenido de la propuesta técnica y económica, mecanismo de evaluación, garantías requeridas (seriedad de propuesta, impugnación y fiel cumplimiento de contrato).

En ese sentido, en esta segunda etapa, en el estudio de la viabilidad económica, se identificaba si una concesión es de tipo autofinanciada o cofinanciada, es decir, si el proyecto requería solo de recursos privados o fondos público y privado para su ejecución.

Para determinar la modalidad de la concesión, el artículo 15° de la norma legal refería que se considerase la necesidad de la obra y del servicio, su rentabilidad, amortización de sus costos y los gastos de conservación y explotación⁷.

Sobre esta fase, el artículo 26 de la misma Ley, aludía el sentido público de la convocatoria a licitación pública o del concurso de proyectos integrales, el mismo que se realizará en el Diario Oficial "El Peruano".

Respecto a ello, se puede notar una clara diferencia con la actual normativa respecto de las Asociaciones Público Privadas. Ello, en el sentido que actualmente, la norma indica que si bien se debe realizar una convocatoria en el Diario Oficial "El

⁶ Artículo 6° del Decreto Supremo N°59-96-PCM derogado por DL 1224°.

⁷ Artículo 15° del Decreto Supremo N°59-96-PCM derogado por el DL 1224°.

Peruano”, además, se debe publicar en dos diarios de circulación nacional. Los interesados adquieren las Bases teniendo derecho a formular consultas u observaciones respecto a su contenido. Finalmente, la absolución a tales consultas y observaciones se vuelven a integrar a las Bases siendo estas las reglas definitivas del proceso⁸.

Posterior a ello, en la tercera etapa o **fase de concurso**, el artículo 25° de la referida Ley detalló aquellos lineamientos base a considerar al momento de otorgar la concesión al titular de la propuesta técnica y económicamente más conveniente, siendo así, se indicó los siguientes:

- a) El nivel tarifario y su estructura de ser el caso;
- b) El plazo de otorgamiento de la concesión;
- c) La oferta financiera;
- d) Los ingresos garantizados por el Estado;
- e) El compromiso de riesgo asumido por el oferente, respecto del costo del proyecto y los riesgos en la explotación;
- f) la fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión, de ser el caso; y,

g) Otros servicios adicionales, útiles y necesarios.

Ahora bien, concluido el otorgamiento de la concesión, el artículo 28 de la referida Ley estipulaba como deber del adjudicatario prestar garantía suficiente que asegurara la correcta ejecución de la obra y prestación del servicio y el cumplimiento de las obligaciones.

4- Indicios de Corrupción en la Concesión Interoceánica Sur:

Habiendo desarrollado las fases que corresponde a un proceso de concesión privada de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, analizaremos los posibles riesgos de corrupción que se pueden presentar en la estructura de un proceso de selección y adjudicación de la buena pro de una concesión privada, a propósito de la Concesión del Corredor Vial Interoceánica Sur.

En el caso en concreto, respecto a la segunda **fase de estructuración**, las Bases en un primer inicio detallan lo correspondiente a diversos criterios ya mencionados. Sin embargo, existieron irregularidades de manera posterior, un claro ejemplo de ello es lo relativo a la propuesta técnica y económica.

Al respecto, considerando lo que indicaba el artículo 24° de la norma legal referido a que en la licitación pública o en el concurso de proyectos

⁸ Decreto Legislativo N°1224°: “Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada

mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos”, vigente desde 25.09.2015.

integrales es menester garantizar la propuesta en la forma, monto y condiciones correspondientes. Sin embargo, en el caso Interoceánica, se puede inferir que según lo establecido en El Búho⁹ (2015), una de las irregularidades encontradas es lo referido a la colocación de pavimentos en espesores menores a lo ofertado en la propuesta técnica y la presencia generalizada de fisuras en pavimento (sector Km. 650 +000 al Km. 710+000).

Por otro lado, es importante analizar el contenido de las Bases; por ejemplo, respecto al valor referencial de la obra, puede existir la posibilidad que este valor referencial resulte tergiversado en perjuicio de los intereses del Estado.

Respecto a ello, en el caso concreto, en la propuesta económica inicial se mostró lo siguiente, según lo mencionado en un informe periodístico presentado por Cuarto Poder¹⁰:

El tramo 2 de IIRSA Sur, de 300 kilómetros, tuvo un presupuesto inicial de 263 millones de dólares, pero al 12 de enero del presente año, se está pagando la suma 1,081'494,621 dólares a Odebrecht, Graña y Montero, JJC Contratistas Generales e Ingenieros Civiles y Contratistas Generales.

El tramo 3, a cargo de los mismos contratistas del tramo 2, fue

presupuestado inicialmente en 395 millones de dólares, y hasta el 12 de enero ha facturado 1,131'154,323 dólares por los 305.9 kilómetros construidos.

En cuanto a IIRSA 4, de 306 kilómetros, tuvo como presupuesto inicial 244 millones de dólares fue construido por las brasileñas Andrade Gutiérrez, Camargo Correa y Queiroz Galvao, pero hasta el 30 de diciembre el MTC había pagado 1,102'133,840 dólares.

Asimismo, existe el riesgo que, a través de leyes especiales se intente acelerar la viabilidad de un proyecto de inversión eximiéndose de los estudios técnicos y económicos que sustentan ello. Para garantizar que la ejecución de un proyecto responda de manera eficaz a las necesidades de la población es importante analizar las normas legales que puedan atentar con el normal desenvolvimiento de un proceso de selección de un proyecto de APP, a partir de un análisis económico y coyuntural de gobierno, en tanto que un funcionario público a vísperas de su mandato, podría verse tentado a realizar algún acto de corrupción que perjudique el interés público.

Sin ir muy lejos, recordemos la imputación Fiscal contra el ex presidente Alejandro Toledo Manrique,

⁹ El Búho (2015). Contraloría halla más irregularidades en Interoceánica ejecutada por empresas brasileñas. Fecha de revisión: julio 5, 2018. Disponible en: <http://elbuho.pe/2015/07/02/contraloria-encuentra-mas-irregularidades-en-carretera->

¹⁰ Disponible en: <http://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/carretera-interoceanica-su-construccion-costos-mas-us4-mil-millones-n264212>

quien es investigado por el presunto delito de colusión agravada, entre otros delitos en el marco del caso Odebrecht.

Según las investigaciones, el ex presidente habría recibido US\$ 20 millones de la empresa brasileña para otorgar la licitación del proyecto IIRSA Sur¹¹. Por otro lado, según el Expediente Judicial N° 141-2017-0, se imputa a Toledo que, habiéndose aprovechado de su condición de Presidente, concertó con Marcos de Moura (representante de Intersur Concesiones S.A.C) para favorecer a dicha empresa para la concesión de IIRSA SUR, tramo 4. En adición a ello, otro indicio utilizado para realizar actos de corrupción fue la promulgación de la Ley N° 28214 que declaró como necesidad pública y de preferente interés nacional la ejecución del Proyecto Corredor Interoceánico Perú-Brasil-IIRSA Sur, quedando suspendida la facultad de control y fiscalización de la Contraloría General de la República, a fin de optimizar los plazos para el proceso de concesión.

Según el Informe de Pari¹², se afirmó que tanto la Interoceánica Sur como la Interoceánica Norte “[...] se produjeron hechos irregulares, violentando los sistemas de control y transgrediendo la legislación vigente; cuya naturaleza

delictiva debe determinarla el Ministerio Público; procedimientos irregulares a los cuales se les dio una aparente legalidad, creándose para este efecto una normatividad ad hoc.”

En la tercera etapa **de Concurso**, valga reafirmar las irregularidades presentes en la misma. En ese sentido, cabe cuestionar la curiosa rapidez con la cual se adjudicó la Buena Pro de los tramos 2,3 y 4 de la Interoceánica Sur.

Así es como indica El Comercio (2017)¹³, al referir el proceso raudo, afirmando que a las 10:15am, el Comité se entera del oficio enviado un día antes por la Contraloría. A las 10:40 toman una decisión inaudita: continuar con el proceso de cierre, pero suspendiendo la suscripción de las firmas hasta contar con las indicaciones del consejo directivo presidido por Pedro Pablo Kuczynski. Este último, se reúne con el Comité a las 12:30, contra el tiempo, se plantea como tema de discusión el oficio de la Contraloría.

Otro punto a resaltar es que, curiosamente, a la 1:05 se suspende la sesión. Posteriormente, a la 1:27 se reanuda la sesión del consejo directivo en Palacio de Gobierno, junto a los miembros del comité de la

¹¹ Disponible en: <http://rpp.pe/politica/judiciales/la-fiscalia-del-peru-acusa-a-alejandro-toledo-de-estos-dos-delitos-noticia-1029413>

¹² Disponible en: <https://exitosanoticias.pe/ppk-dice-que-firmo-ley-que-favorecio-a-odebrecht-por-resultado-de-protestas/>

¹³ El Comercio (2017). Editorial: Una firmita, por favor. Fecha de revisión: julio 6, 2018. Disponible en: <https://elcomercio.pe/opinion/editorial/editorial-firmita-favor-142710>

concesión. Finalmente, a la 1:45pm, ya se había aprobado todo bajo la firma de todos los ministros, todo ello, de manera rauda e incomprensible. Consecuentemente, el 29 de agosto del 2007, se adjudica la Buena Pro de los tramos 1 y 5, comprometiendo así un total de inversiones ascendientes a 282 millones de dólares.

En esta fase, cabe cuestionar los lineamientos que se tomaron en consideración al momento de otorgar la concesión de la carretera Interoceánica. Ello, en el sentido que, por ejemplo, en cuanto al ítem c), acorde a lo mencionado por La República (2015), según el informe de Contraloría No.117-2011-CG/OEA-EE¹⁴, los cálculos de costos establecidos en el contrato se basaron en fórmulas que corresponden a zonas geográficas diferentes lo cual generó en el caso del Tramo 3, un monto mayor a favor del concesionario. Del mismo modo, en cuanto al ítem e), según el Informe¹⁵ emitido por la Contraloría al Ministerio Público, se señaló que dicho ente encontró problemas constructivos en los puentes Chiforongo y Chaquimayo, ello en relación al tramo 3.

Del mismo modo, según el referido informe de Contraloría, se concluyó

que hubo una sobrevaloración de costos de transitabilidad para el periodo de construcción de obras que no coinciden con las cuotas máximas determinadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

También se indicó que ello produjo pagos por arbitraje por más de 22 millones a los concesionarios de los 3 tramos. Por otro lado, respecto al ítem f), también se detalló ciertas irregularidades. Así, mediante Informe N° 117-2011 de la Contraloría General de la República se mencionó que en los contratos de concesión se incluyeron fórmulas matemáticas y de ingeniería idénticas a las utilizadas en la Interoceánica Norte como si la geografía del norte del Perú fuera idéntica a la del Sur.

Los riesgos de corrupción no solo se pueden presentar dentro del proceso de selección en una concesión, pues luego de la adjudicación de la buena pro, es importante tener en cuenta si se observan irregularidades en la operación, construcción o mantenimiento del proyecto, que no observe las características técnicas plasmado en el contrato de concesión, pues a partir de adendas se puede modificar irrazonablemente aquellos aspectos sustanciales de contrato de concesión.

¹⁴ La República (2015). Contraloría detectó irregularidades en vía Interoceánica. Fecha de revisión: julio 5, 2018. Disponible en: <https://larepublica.pe/politica/199856-contraloria-detecto-irregularidades-en-via-interoceanica>

¹⁵ El Búho (2015). Contraloría halla más irregularidades en Interoceánica ejecutada por

empresas brasileñas. Fecha de revisión: julio 6, 2018. Disponible en: <http://elbuho.pe/2015/07/02/contraloria-encuentra-mas-irregularidades-en-carretera-interoceanica-ejecutada-por-empresas-brasilenas-acusadas-de-pagar-sobornos/>

Es así que, en caso de la Interoceánica Sur, mediante Informe N° 117-2011 de la Contraloría General de la República se mencionó que en los contratos de concesión se incluyeron fórmulas matemáticas y de ingeniería idénticas a las utilizadas en la Interoceánica Norte como si la geografía del norte del Perú fuera idéntica a la del Sur.

Como se puede observar, existen riesgos de corrupción que se pueden presentar en un proceso de selección de una concesión desde sus diversas fases, perjudicando el interés público de la población que debería resultar beneficiada con la ejecución de un proyecto de concesión y no asumir los costos de una mala praxis en la selección de un proyecto.

5- Situación actual- interoceánica sur: ¿fue realmente de necesidad pública?

El objetivo central en toda concesión en el rubro que comprende el presente caso, es que las ganancias generadas por el servicio brindado sea base suficiente para satisfacer las necesidades de la población que se concretar en la prestación eficiente de un servicio público u obra de infraestructura.

Sin embargo, tal como se mostró en el análisis del ítem anterior, el aumento de los costos en la Interoceánica Sur fue producto de adendas, arbitrajes, obras adicionales y gastos de mantenimiento. Aunque, ¿eso es

válido y recompensable con la realidad?

Según ComexPerú¹⁶, las ventas de Perú y Brasil vía carretera redujeron en 2016, aduciéndose que el motivo era debido a la carretera que contribuyó a la variación de los productos que se exportan. Cabe considerar que, a inicios del año 2017, el Marco Macroeconómico Multianual de 2017, el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) estimó un desembolso para el mantenimiento del tramo II de US\$78.6 millones, para 2018 de US\$68.3 millones y para 2019 de US\$63.2 millones.

Por otro lado, para el tramo III US\$100 en 2017, US\$84.8 millones para 2018 y US\$84 millones en 2019. En cuanto al tramo IV el monto de desembolso para este año será de US\$75.7 millones, mientras que en 2018 se espera que sea de US\$69.6 millones y en 2019 de US\$68.7 millones.

El detalle anterior, nos permite deducir que la suma de los costos en el que incurre el Estado finalmente terminan siendo un perjuicio mayor que los beneficios que pueda derivarse de la ejecución de la concesión Interoceánica Sur diseñado para fomentar e impulsar el desarrollo y ejecución de la infraestructura de transporte, el comercio y telecomunicaciones uniendo las regiones de nuestro país con las de Brasil y Bolivia, pues actualmente, el transporte y comercio

¹⁶ Disponible en: <https://peru21.pe/lima/carretera-interoceanica-sur-generado-cambio-comercio-brasil-67300>

no responde a las expectativas para lo cual fue creada la concesión IIRSA Sur.

Consideramos que una de las formas de controlar una concesión cofinanciada, para efectos de evitar mayores casos de corrupción en concesiones bajo la norma actual del DL 1224° es importante consolidar los mecanismos de transparencia, en el que la contratación se realice de forma transparente a tiempo real, es decir, cada acto que implique una modificación al contrato de concesión o se encuentre relacionado con el desarrollo de la obra, se informe en este sistema de transparencia a fin de que los actores de la concesión (concedente, concesionario y supervisor) puedan supervisar y realizar sugerencias al respecto.

Asimismo, adoptarse un mecanismo de rendición de cuentas sobre los

resultados del proyecto, también capacitaciones e incentivos a la población a fin de que puedan comunicar a la autoridad correspondiente cualquier indicio de corrupción que se pueda detectar en una concesión.