

Opinión Legal

Una nueva autoridad en infraestructura: por inversiones sostenibles e intervenciones en infraestructura natural

**Informe legal a partir del Proyecto de
Ley 04642/2022-PE, Ley que crea la
Autoridad Nacional de Infraestructura**

Junio 2023



SPDA

Opinión Legal

Una nueva autoridad en infraestructura: por inversiones sostenibles e intervenciones en infraestructura natural

Informe legal a partir del Proyecto de Ley 04642/2022-PE, Ley que crea la Autoridad Nacional de Infraestructura

Junio 2023



Edición: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

Autoras:

Carol Mora, Bryan Jara, Grecia Medina y Fátima Contreras

Colaboración:

Liliam Timaná

Foto de Portada: Diego Pérez

Diagramación: Graffer.pe

Cita sugerida:

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - SPDA (2023). *Una nueva autoridad en infraestructura: por inversiones sostenibles e intervenciones en infraestructura natural.* Lima: SPDA.

Se prohíbe la venta total o parcial de esta publicación, sin embargo, puede hacer uso de ella siempre y cuando cite correctamente a los autores.

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

Presidente: Jorge Caillaux

Directora ejecutiva: Isabel Calle

Directora del Programa de Política y Gobernanza Ambiental: Carol Mora

Av. Prolongación Arenales 437, San Isidro, Lima, Perú

Teléfono: (+51) 612-4700

www.spda.org.pe

Primera edición digital, junio 2023

Libro electrónico de acceso abierto en:

www.repositorio.spda.org.pe

El Programa de Política y Gobernanza Ambiental de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) impulsa y contribuye al desarrollo de políticas públicas y herramientas legales que tengan como finalidad la mejora integral de la gobernanza y la institucionalidad ambiental en el Perú, promoviendo con ello el desarrollo sostenible del país y la tutela de los derechos humanos ambientales.

ÍNDICE

I.	Contexto del análisis	5
II.	Sobre la creación de una Autoridad Nacional de Infraestructura en el país	5
III.	Consideraciones específicas para la creación de la Autoridad Nacional de Infraestructura	6
	a. La institucionalidad de la Autoridad Nacional de Infraestructura	6
	b. Un nuevo paradigma de infraestructura: la integración de la infraestructura gris y la infraestructura natural	7
	c. La inclusión de medidas para la adaptación, mitigación al cambio climático y desarrollo urbano sostenible	8
	d. La importancia de no flexibilizar los estándares de certificación ambiental y la no aplicación del silencio administrativo positivo en los procedimientos administrativos ambientales	10
	e. Sobre la necesidad garantizar criterios de desempeño ambiental en los procedimientos de selección de contratación pública y promover el cumplimiento de obligaciones ambientales	12
	f. Sobre la necesidad garantizar criterios de desempeño ambiental en los procedimientos de selección de contratación pública y promover el cumplimiento de obligaciones ambientales	14
VII.	Anexo: Base legal	16

I. CONTEXTO DEL ANÁLISIS

El 3 de abril de 2023, la Presidencia de Consejo de Ministros (PCM), presentó el Proyecto de Ley 4642/2022-PE, mediante el cual se propone la “Ley que crea la Autoridad Nacional de Infraestructura” (en adelante, “el proyecto de ley”).

Conforme a lo señalado en el proyecto de ley y de acuerdo con el artículo 1, se plantea crear la Autoridad Nacional de Infraestructura y establecer disposiciones para la formulación, ejecución y mantenimiento de proyectos o programas de inversión emblemáticos o estratégicos a nivel nacional (en adelante, proyectos o programas de inversión), con la finalidad de garantizar la efectiva prestación de servicios públicos, dinamizar la economía y contribuir al desarrollo del país, con enfoque territorial, de prevención y de sostenibilidad ambiental.

El proyecto de ley propone la creación de la Autoridad Nacional de Infraestructura como un organismo público ejecutor y adscrito a la PCM para formular, ejecutar y brindar mantenimiento de proyectos o programas de inversión. La PCM le otorgaría autonomía funcional, administrativa, técnica y económica. Así también, esta institución absorbería a la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, lo que conllevaría a su cierre.

La exposición de motivos de la iniciativa legislativa hace referencia al Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad, aprobada el 2019, el cual indica que existe una brecha de infraestructura de acceso básico de 117 183 millones de soles con tendencia ascendente. Ahí también se indica que una de las deficiencias que mantiene esta brecha es la falta de gestión y la debilidad de las capacidades, lo que se agudiza en los niveles subnacionales de gobierno: gobiernos regionales y alcaldías.

En este sentido, la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) analizó el proyecto de ley a fin de contribuir al proceso de revisión y evaluación legislativa que realiza el Congreso de la República.

II. SOBRE LA CREACIÓN DE UNA AUTORIDAD NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EN EL PAÍS

Desde la SPDA consideramos importante contar con instituciones que ejecuten eficientemente las inversiones públicas prioritarias y estratégicas para el desarrollo sostenible del país, por lo que la creación de una entidad (sea una autoridad o ministerio) con ello como objetivo principal resulta, en principio, positivo. Esto, siempre que trascendamos del concepto tradicional de infraestructura y que la dinamización de inversiones en esta área se encuentre efectivamente canalizada y sea eficiente para atender brechas socioambientales y garantizar el ejercicio de los derechos humanos.

Asimismo, los objetivos de dinamización y agilización de las inversiones no deben justificar en sentido alguno el debilitamiento de la institucionalidad ambiental, que puede darse a través de la flexibilización de estándares ambientales ya adoptados. Esto es importante porque, por ejemplo, la evaluación ambiental de los proyectos o programas de inversión garantiza la sostenibilidad de sus intervenciones y la prevención de conflictos socioambientales en etapas más avanzadas de los proyectos.

Por lo tanto, la creación de una entidad de esta naturaleza debe considerarse como una oportunidad para reforzar procesos de evaluación ambiental en etapas estratégicas del diseño de las inversiones, e incorporar nuevos enfoques y medidas que hagan frente al contexto nacional actual y futuro, como es el cambio climático.

En ese sentido, hemos desarrollado una serie de aportes y observaciones a la propuesta de texto legislativo que sumen a su objetivo final, esto es, garantizar la efectiva prestación de servicios públicos, dinamizar la economía y contribuir al desarrollo sostenible del país.

III. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS PARA LA CREACIÓN DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

a. La institucionalidad de la Autoridad Nacional de Infraestructura

El presente proyecto de ley ha establecido una serie de disposiciones referidas a su estructura organizativa, nivel de actuación y articulación. Parte de ellas comprende que sea un organismo público ejecutor adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) para la formulación, ejecución y mantenimiento de proyectos o programas de inversión en materia de transporte, salud, educación, vivienda y desarrollo urbano, saneamiento, agropecuaria, orden público y seguridad, y ambiente. Asimismo, se ha dispuesto la conformación de un Consejo Directivo y una Jefatura, entre otros órganos, para articular las intervenciones en el territorio y conducir el funcionamiento de la institución.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que esta es una institución que absorbería a la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios (ARCC) y, al igual que ella, sería una institución adscrita a la PCM y de carácter ejecutor. La Autoridad Nacional de Infraestructura contaría con un Consejo Directivo integrado por los ministros de sectores vinculados a las economías y no un Directorio. Sin embargo, ni en la constitución de la ARCC ni en la propuesta de la Autoridad Nacional de Infraestructura se ha considerado como uno de sus miembros al Ministerio del Ambiente (Minam), lo que debería corregirse, considerando la naturaleza de los proyectos o programas de inversión que deberán plantearse en la cartera de proyectos.

De otro lado, en la conformación del Consejo Directivo deben considerarse los altos niveles de inestabilidad política que asume el país y podrían ralentizar el proceso de toma de decisiones. Por ello, consideramos necesario que se promueva un proceso de selección sustancialmente meritocrático que le dé legitimidad y estabilidad a esta institución, a sus procesos y a la toma de decisiones para contar con ejecuciones más eficientes.

Estos son aspectos sustanciales que deben ser atendidos a fin de poder cumplir con el objetivo del proyecto de ley, que es agilizar la ejecución de proyectos y programas de inversión emblemáticos para la dinamización de la economía, a la vez que contribuye al desarrollo sostenible del país. Por ello es que, en caso se decida mantener un esquema político en la constitución del Consejo Directivo, se debe contemplar la inclusión del Ministerio del Ambiente como un integrante crucial en los esfuerzos de planificación y diseño de inversiones.

b. Un nuevo paradigma de infraestructura: la integración de la infraestructura gris y la infraestructura natural

Uno de los principales objetivos que debe considerarse en la creación de una nueva autoridad es la inclusión de enfoques híbridos que potencien la sostenibilidad y efectividad de intervenciones de los proyectos y programas de inversión. Un enfoque que cuenta con evidencia técnica sobre la generación de mayores beneficios en su ejecución son las medidas basadas en infraestructura natural, como en su momento se encaminó a la ARCC al empezar con la presentación de megaproyectos, los cuales implementaban obras de reforestación y otras acciones de infraestructura natural¹. Desde la SPDA consideramos que es imperativo que la Autoridad Nacional de Infraestructura consolide esta tendencia.

La infraestructura física —también llamada gris— desempeña un papel importante en el desarrollo económico de un país dado que ayuda a la competitividad, genera condiciones favorables para la inversión privada y mejora los estándares de vida de las poblaciones. No obstante, su funcionamiento en el largo plazo depende de otra infraestructura denominada natural, la cual se sostiene en los ecosistemas y la biodiversidad al funcionar de forma autónoma, es decir, sin haber sido creada por el hombre².

Ambas infraestructuras deben considerarse elementos complementarios que se refuerzan en favor de la población y biodiversidad, en especial porque la de tipo natural es un sistema interconectado que proporciona diversos servicios ecosistémicos. En el Perú, si bien la promoción de proyectos relacionados con la infraestructura natural es una tarea que está dando sus primeros pasos, aún sigue uno de los principales retos el que no sean la excepción a la regla. Más aún cuando el Reglamento del Sistema de Invierte.pe ha considerado a la infraestructura natural como un elemento adicional dentro de las brechas que deben identificar las entidades, esto es, la diferencia entre la oferta optimizada disponible de infraestructura (el cual comprende la infraestructura natural) y/o acceso a servicios y la demanda de servicios, en un ámbito geográfico determinado en una fecha definida³.

En esta línea, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), desarrolló la necesidad de incluir soluciones basadas en la naturaleza en los instrumentos de gestión de recursos hídricos en el Informe sobre la Gobernanza del Agua, publicado en el 2021. Puntualmente, la OCDE señala que es muy necesario complementar los proyectos tradicionales de aumento de la oferta con soluciones basadas en la naturaleza. Complementa que el desarrollo oportuno de infraestructura natural o un enfoque híbrido podría evitar situaciones críticas a la falta o exceso de agua.

Así, por ejemplo, la OCDE recomienda que la consideración de enfoques híbridos y adaptativos para el desarrollo de infraestructura, combinando soluciones grises y basadas en la naturaleza, podría lograrse mediante acciones como la inclusión de la obligación de considerar un componente de infraestructura natural que se integre a los componentes de infraestructura gris en los proyectos de infraestructura a cargo de autoridades competentes, en este caso específico, del sector saneamiento.

¹ Cinco megaproyectos de infraestructura natural serán presentados ante contratistas nacionales e internacionales (ARCC).

² Elecciones 2022: Temas pendientes para la agenda de Lima Metropolitana. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. p.24. Lima, 2022.

³ Artículo 3.1 del Reglamento del Decreto Legislativo 1252, Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, aprobado por Decreto Supremo 284-2018-EF.

En ese sentido, es una oportunidad para la Autoridad Nacional de Infraestructura, de aprobarse el presente proyecto de ley, determinar un porcentaje de intervenciones basadas en infraestructura natural dentro de los presupuestos públicos de los proyectos de inversión que comprenden intervenciones basadas en infraestructura gris, debiendo considerar además un proceso de evaluación y documentación sobre los resultados y desempeño de las intervenciones de infraestructura natural⁴, a fin de identificar lecciones aprendidas y oportunidades de replicabilidad.

c. La inclusión de medidas para la adaptación, mitigación al cambio climático y desarrollo urbano sostenible

El presente proyecto de ley prevé en su artículo 4 que una de las funciones de la Autoridad Nacional de Infraestructura comprende la formulación, ejecución, mejoramiento y conservación de las obras de defensa civil estratégica para prevenir y/o controlar inundaciones y otros peligros asociados al cambio climático u otras calamidades públicas. Asimismo, el artículo 8 propone que parte de los proyectos y programas estratégicos estén constituidos por aquellos vinculados a la gestión de riesgos de desastres y la adaptación al cambio climático, tales como: servicios de alerta temprana, drenaje pluvial, ecosistémicos, protección en la ribera de las quebradas vulnerables ante el peligro y/o protección en riberas de río vulnerables ante el peligro.

Al respecto, y al margen de que estos proyectos señalados deben contar con las opiniones vinculantes del Minam y del Instituto Nacional de Defensa Civil (Indeci)⁵; desde la SPDA consideramos que la iniciativa legislativa restringe el ámbito las funciones de la Autoridad Nacional de Infraestructura únicamente a proyectos de defensa civil, cuando en realidad, el enfoque de gestión de riesgos climáticos comprende a todos los proyectos de inversión que se ejecutan sin distinción del sector al que correspondan, de conformidad con lo establecido en el artículo 3.11 de la Ley 30754, Ley Marco sobre Cambio Climático, la cual dispone que el enfoque de riesgos climáticos se incorpora en la formulación de proyectos de inversión (...).

Ello implica que todos los proyectos que se ejecuten tengan por objetivo reducir daños actuales o, prevenir o evitar los daños futuros, a las poblaciones y sus medios y formas de vida, territorios, ecosistemas, infraestructura, bienes y servicios, entre otros, o a las alteraciones en el funcionamiento de estas; generadas por peligros asociados al cambio climático, y las consiguientes pérdidas⁶.

Adicionalmente, debe considerarse que existen políticas de Estado que ya promueven el desarrollo de infraestructura sostenible para los proyectos de inversión, esto es, proyectos de infraestructura que son planificados, diseñados, construidos, operados y desmantelados de manera que garanticen la sostenibilidad económica y financiera, social, ambiental (incluida la resiliencia climática) e institucional durante todo el ciclo de vida del proyecto⁷. Este enfoque debe mantenerse y guardar abierta coherencia con el ámbito de competencia de la nueva autoridad.

⁴ OECD. Gobernanza del Agua en Perú. 2021. P. 66. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/f826f55f-es>.

⁵ Dado que dentro de sus competencias se encuentran las referidas al control de los desastres naturales y/o afectaciones por las mismas, y la adaptación a las medidas de mitigación de cambio climático. Fuente: Informe Jurídico Defensorial 003-2023-DP/AMASPP. Opinión de la Defensoría del Pueblo sobre el Proyecto de Ley 4642/2022-PE, Ley que crea la Autoridad Nacional de Infraestructura. P. 13.

⁶ Artículo 30.1 del Decreto Supremo 013-2019-MINAM, que aprueba el Reglamento de la Ley 30754, Ley Marco sobre Cambio Climático.

⁷ Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad 2022 - 2025. P. 18.

Esta sostenibilidad ambiental implica que los esfuerzos de la nueva autoridad prioricen que la infraestructura que se diseñe e implemente sea capaz de resistir, adaptarse y recuperarse del cambio climático y otros choques y tensiones naturales para que continúe cumpliendo su función principal⁸.

En ese sentido, sugerimos ampliar el ámbito de las funciones de la Autoridad Nacional de Infraestructura desarrolladas en el artículo 4, a fin de que la inclusión de la variable climática será considerada en la formulación y ejecución de los proyectos y programas que la Autoridad impulsaría.

Asimismo, en el artículo 8, es importante incluir como criterio para la selección de proyectos o programas de inversión estratégicos a cargo de la Autoridad Nacional de Infraestructura, la identificación de aquellas iniciativas que se encuentren ubicadas en zonas de alta vulnerabilidad frente a los efectos del cambio climático. De igual manera, como criterio de priorización, sugerimos incluir que se priorizarán los proyectos que incluyan sus objetivos basados en el desarrollo de infraestructura sostenible.

Sin perjuicio de ello, es clave que, durante el proceso de elección de proyectos emblemáticos o estratégicos, estos contengan dentro de sus lineamientos aspectos para mitigar en su ejecución los daños al medio ambiente y cambio climático. Para ello, es prioritario que la Autoridad Nacional de Infraestructura considere las actuales brechas existentes para asegurar el desarrollo de una infraestructura sostenible, entre ellas: generar herramientas que permitan incorporar los componentes ambientales y sociales de forma oportuna para garantizar la sostenibilidad de un proyecto en todo su ciclo de vida.

De otro lado, es preciso resaltar también que se encuentra pendiente la aprobación de normas que contribuirán con la incorporación del enfoque de gestión de riesgo climático, lo que debe considerarse como parte de la hoja de ruta a ser aprobada para así complementar los esfuerzos que representan la creación de esta nueva autoridad:

- Lineamientos para la incorporación de la gestión de riesgo en un contexto de cambio climático, que incluye la gestión del riesgo ante los efectos del cambio climático, así como la identificación de medidas de mitigación y adaptación al cambio climático en los proyectos sujetos al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, teniendo en cuenta la normativa vigente sobre pueblos indígenas u originarios, enfoque intercultural y de género, a cargo del Minam⁹.
- Propuesta general de gestión del riesgo ante los efectos del cambio climático que incluye el análisis de peligro, exposición y vulnerabilidad, así como la identificación de medidas de mitigación y adaptación al cambio climático en los documentos metodológicos para la formulación y evaluación de proyectos de inversión sujetos al Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF)¹⁰.

⁹ Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley 30754, Ley Marco sobre Cambio Climático.

¹⁰ Séptima Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley 30754, Ley Marco sobre Cambio Climático.

- Disposiciones para la concordancia entre el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA) y el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones (Invierte.pe)¹¹, a cargo del Minam, aunque hasta la fecha sigue esperando su aprobación. También, en concordancia con las anteriores normas que se aprobarán, deberían comprender el enfoque de gestión de riesgos climáticos como parte de sus disposiciones normativas.

Por otro lado, respecto de lo referido al desarrollo urbano sostenible, en el artículo 10 del proyecto legislativo se plantean propuestas para brindar facilidades para la ejecución de proyectos o programas de inversión. Así, de acuerdo con el primer numeral de dicho artículo, se exceptúa obtener licencias de habilitación urbana o de edificación a las que hace referencia el Texto Único Ordenado de la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, para la ejecución de los proyectos o programas de inversión a cargo de la Autoridad que no cuenten con los documentos necesarios para el inicio de estos procedimientos.

Al respecto, lo planteado iría en contra de lo regulado en la Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, que establece que ambas licencias son instrumentos de ejecución del desarrollo urbano.¹²

A partir de ello se debería eliminar dicho extremo del artículo, puesto que contrapone el objetivo de lograr un urbanismo sostenible, que tome en consideración los impactos ambientales y la huella ecológica producida. En esa línea, debe darse prioridad a la actuación urbanística en favor de la ciudadanía que vive en situación de vulnerabilidad ante desastres, buscando reducir las situaciones de riesgo y la desigualdad urbana y generar espacios con condiciones de accesibilidad.

Coincidimos con la Defensoría del Pueblo¹³ en que existen supuestos en donde en estos casos se debe de contar con el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA)¹⁴ a fin de salvaguardar el patrimonio cultural, sin perjuicio de que se pueda trabajar en establecer un procedimiento más simplificado que de igual forma los proteja.

Así, por ejemplo, según el Decreto Supremo 011-2022-MC, que aprobó el Reglamento de intervenciones arqueológicas, se establecen excepciones para solicitar el CIRA cuando se evidencie la existencia de restos arqueológico, y sea necesaria la aplicación directa de otras intervenciones arqueológicas con fines preventivos como los Proyectos de Evaluación Arqueológica, de Rescate Arqueológico o los Planes de Monitoreo Arqueológico.

d. La importancia de no flexibilizar los estándares de certificación ambiental y la no aplicación del silencio administrativo positivo en los procedimientos administrativos ambientales

El presente proyecto prevé en su artículo 10 las facilidades para la ejecución de proyectos o programas de inversión, en el que se establecen flexibilizaciones a la certificación ambiental y títulos ambientales de las autoridades competentes en materia ambiental, tales como el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (Senace), la Autoridad Nacional del Agua (ANA) y el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Serfor).

¹¹ Publicada mediante Resolución Ministerial 205-2018-MINAM.

¹² Artículo 43 de la Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible.

¹³ Informe Jurídico Defensorial 003-2023-DP/AMASPP. Opinión de la Defensoría del Pueblo sobre el proyecto de ley 4642/2022-PE, Ley que crea la Autoridad Nacional de Infraestructura. P. 20.

¹⁴ Literal "I" del artículo 16 del Decreto Supremo 006-2017-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones.

En ese sentido, se dispone que la Autoridad Nacional de Infraestructura deberá contar con un instrumento de gestión ambiental evaluado durante el periodo de elaboración del expediente técnico o documento similar a cargo del Senace o la entidad evaluadora competente, sin afectar la fecha de inicio prevista para la ejecución de la intervención. En ese sentido, el plazo máximo de evaluación será de treinta (30) días hábiles, incluyendo las opiniones técnicas de otras entidades en caso se requieran, bajo responsabilidad de su titular.

Consideramos que lo anterior resulta inadmisibles. En primer lugar, esta clase de medidas evidencia el erróneo paradigma que propone el sacrificio de la gestión ambiental anticipada y preventiva con motivos de la aceleración de los procesos; aun cuando estamos ante la creación de una nueva autoridad que apostará por la planificación y colocación de inversiones eficientes, funcionales y no asistenciales o antojadizas. Dicho proceso de planificación debe permitir prever las inversiones y gestionar las certificaciones ambientales con la debida diligencia.

En segundo lugar; la reducción de plazos para la certificación ambiental no solo eleva los niveles de coacción y reduce la discrecionalidad técnica y administrativa de los evaluadores, sino que los días ganados en apurar la certificación ambiental serán cobrados en proyectos de inversión mal ejecutados, no sostenibles, con impactos ambientales que se transformen en daños y con la gestación de conflictos socioambientales por no haber apostado por procedimientos técnicos, coherentes, rigurosos y diligentes.

Conforme al artículo 11.3 de la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, los plazos considerados para la evaluación de los estudios de impacto ambiental semidetallados y detallados son de 90 y 120 días hábiles, respectivamente, diferenciados justamente por el impacto ambiental significativo que podrían llegar a tener sus intervenciones, las cuales no son reconocidas en el presente proyecto de ley.

Los procesos de evaluación de impacto ambiental están dirigidos a analizar, principalmente, los impactos ambientales negativos que las actividades pueden tener en componentes ambientales y en la población, así como las medidas y estrategias de manejo ambiental que coadyuvarán a que dichos impactos no se materialicen en un daño ambiental y a que los impactos puedan ser eliminados, reducidos, mitigados o compensados.

La certificación ambiental es la herramienta de gestión ambiental más importante en la gestión ambiental anticipada de impactos de actividades e intervenciones en los territorios. Su otorgamiento debe ser resultado de un minucioso procedimiento estrictamente técnico, que involucra diversos aspectos ambientales y sociales de las intervenciones públicas y privadas, los cuales deben ser analizados por autoridades autónomas, neutrales y técnicas. Por este motivo, el proceso de certificación ambiental no puede ni debe ser flexibilizado bajo ningún supuesto¹⁵, reduciendo sus plazos de evaluación, como tampoco para la emisión de opiniones técnicas de entidades como ANA, Serfor, entre otras.

La certificación ambiental como procedimiento también aloja la materialización de derechos como el de acceso a la información pública y participación ciudadana, que al tener que desarrollarse en plazos reducidos quedan simplificados y sacrificados.

¹⁵ Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - SPDA. Delegación de facultades en materia ambiental: ¿Hacia dónde vamos realmente con los procesos de certificación ambiental de los proyectos de inversión pública? Lima: SPDA. p. 19-20. 2023.

Esta reducción excesiva del plazo para la certificación ambiental también constituye una vulneración al principio de prevención de la gestión ambiental, que establece la obligación de evitar y prevenir la ocurrencia de los impactos o daños ambientales. Incluso el sistema de gestión ambiental lo que establece es promover estándares hacia la mejora continua y la progresividad, prohibiendo la regresión a través de medidas injustificadas y no sustentadas técnicamente, como lo podrían significar medidas para simplificar los procesos de evaluación de los estudios ambientales o medidas que obstaculicen la participación ciudadana¹⁶.

Otro aspecto regresionista que se busca promover en el proyecto de ley está en el numeral 10.6, disponiéndose que para la implementación de proyectos o programas de inversión pública a cargo de la Autoridad Nacional de Infraestructura, son exigibles las autorizaciones de la ANA y del Serfor, cuyos procedimientos administrativos son gratuitos, cuentan con un plazo máximo de siete (7) días hábiles que es excesivamente corto y se encuentran sujetos al silencio administrativo positivo, bajo responsabilidad.

Respecto a la aplicación del silencio administrativo positivo en procedimientos administrativos ambientales, nuevamente desde la SPDA resaltamos la abierta vulneración de dicha disposición al marco legal vigente y especializado que lo prohíbe en este tipo de trámites, debido a la trascendencia de los bienes jurídicos protegidos en dichos procedimientos.

Así, en el numeral 38.1 del artículo 38 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS se establece que, excepcionalmente, el silencio negativo es aplicable en aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida en los siguientes bienes jurídicos: la salud, el medio ambiente, los recursos naturales.

Si bien el Estado tiene un deber de simplificación administrativa, esto no significa la promoción de instrumentos que aparentemente ayudan a acelerar la ejecución de proyectos de inversión a través de la flexibilización de la evaluación ambiental, incorporando además supuestos de responsabilidad funcional por incumplimiento de plazos legales.

e. Sobre la necesidad garantizar criterios de desempeño ambiental en los procedimientos de selección de contratación pública y promover el cumplimiento de obligaciones ambientales

La creación de una nueva institución constituye una oportunidad para que se incorporen disposiciones de naturaleza ambiental que optimicen el régimen de contrataciones del Estado, así como en los tipos infractores; y ello porque las licitaciones públicas en el país han adolecido de la incorporación de criterios de desempeño ambiental al momento de evaluar a los postores y futuros contratistas, de manera que resulten seleccionados aquellos que demuestren idóneos perfiles ambientales y experiencia ambiental que acredite la correcta ejecución de sus proyectos en el pasado, sin mayores impactos ambientales con sus intervenciones y sin un historial de infracciones ambientales confirmadas que den cuenta de su mal desempeño como operadores.

Por eso, dentro del marco normativo relacionado a contrataciones públicas y las competencias que tienen tanto las autoridades nacionales como las regionales y locales, se debe promover la

¹⁶ Ibidem. 19-20

incorporación de estos criterios en estos procesos de contratación. Así, por ejemplo, se debe considerar como puntaje adicional u otros factores de evaluación en las bases de los concursos del proceso de licitación pública la experiencia comprobada del postor en la gestión ambiental de proyectos.

Ello se encuentra sustentado preliminarmente en el artículo 2 literal “h” del Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo 082-2019-EF, denominado “Principio de sostenibilidad ambiental y social”, según el cual “en el diseño y desarrollo de la contratación pública se consideran criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como social y al desarrollo humano”; así como también en el numeral 51.3 del artículo 51 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, aprobado mediante Decreto Supremo 344-2018-EF, según el cual el comité de selección, al elaborar las bases, puede determinar los factores de evaluación que serán aplicables al procedimiento de selección, indicando para ello que en el caso de obras, “el precio es un factor de evaluación y, adicionalmente, pueden establecerse aquellos relacionados con la sostenibilidad ambiental o social, entre otros que se prevean en las bases estándar que aprueba el OSCE. Los factores de evaluación señalados son objetivos”. Como se puede observar, actualmente es una facultad considerar factores de evaluación de naturaleza ambiental en los concursos públicos.

En ese sentido, a fin de garantizar la incorporación de estos criterios, proponemos la siguiente modificación dentro de la Ley N 30325, que devendrá en que también se modifique su reglamento:

Artículo 2. Principios que rigen las contrataciones

(...)

h) Sostenibilidad ambiental y social. En el diseño y desarrollo de la contratación pública se deben considerar criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como social y al desarrollo humano.

Ahora, para determinar qué otros factores de evaluación se pueden considerar, se podrían utilizar como referencia los Tableros de Requisitos de Calificación y Factores de Evaluación según objeto contractual, aprobados por Resolución de Presidencia 225-2022-OSCE/PRE. Aquí se considera como factores de evaluación ambiental la obtención de certificados (de gestión ambiental, del sistema de gestión de energía, entre otros)¹⁷.

De otro lado, teniendo como objetivo desalentar y reducir la participación de postores que no han desempeñado eficientemente su responsabilidad ambiental con relación a las obras que han ejecutado, es necesario reformar normativamente la Ley de Contrataciones del Estado a fin de que se cuente con infracciones por mal desempeño ambiental en la ejecución de sus intervenciones y evitar contar con postores que dañen irreversiblemente al ambiente. Esto comprendería tanto a empresas como a sus dueños. De esta forma, se optimizará el desempeño ambiental de las intervenciones que se han pactado a nivel contractual, así como una oportuna y eficiente gestión de las obligaciones ambientales y los daños ambientales.

¹⁷ Disponible en el siguiente enlace:

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3883030/Anexo%20-%20Tableros%20de%20Requisitos%20de%20Calificación%20y%20Factores%20de%20Evaluación%20según%20objeto%20contractual.pdf?v=1669670947>

En ese sentido, se plantea la siguiente propuesta de modificación:

Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas

50.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal “a” del artículo 5 de la presente Ley, cuando incurran en las siguientes infracciones:

(...)

p) Incumplimiento de los factores de evaluación ambientales previstos en el proceso de selección durante la etapa de ejecución contractual.

(...)

50.4 Las sanciones que aplica el Tribunal de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales por la misma infracción, son:

(...)

b) Inhabilitación temporal: consiste en la privación, por un periodo determinado del ejercicio del derecho a participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado. Esta inhabilitación es no menor de tres (3) meses ni mayor de treinta y seis (36) meses ante la comisión de las infracciones establecidas en los literales (...), y en caso de reincidencia en la infracción prevista en los literales “m”, “n” y “p” (...).

c) Inhabilitación definitiva: consiste en la privación permanente del ejercicio del derecho a participar en cualquier procedimiento de selección y procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado. Esta sanción se aplica al proveedor y dueños de las empresas que en los últimos cuatro (4) años ya se le hubiera impuesto más de dos (2) sanciones de inhabilitación temporal que, en conjunto, sumen más de treinta y seis (36) meses, o que reincidan en la infracción prevista en el literal “j”, en cuyo caso la inhabilitación definitiva se aplica directamente. Además de la infracción prevista en el literal “p”, se podrá considerar adicionalmente para la inhabilitación definitiva, las sanciones ambientales impuestas por las entidades de fiscalización ambiental, debidamente confirmadas, y que hayan generado un daño ambiental irreversible.

f. La necesidad de la transparencia de información pública y rendición de cuentas para los proyectos y programas de inversión

Uno de los principales problemas que ha presentado la ARCC es el agotamiento de los presupuestos al no concebir los montos reales en los expedientes técnicos para la ejecución de las obras, como por ejemplo los dichos en el Plan Nacional de Infraestructura¹⁸.

¹⁸ Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado (Sesión Ordinaria del 10 de mayo del 2023).

Es a partir de ello que surge la importancia de generar mecanismos de transparencia de información en la ejecución de las obras públicas. El numeral 2.3 del proyecto de ley plantea que los proyectos o programas de inversión se ejecutarán con altos estándares de calidad, eficiencia, sostenibilidad y transparencia, mediante la articulación de esfuerzos públicos y privados y con personal calificado, que promuevan la innovación y buenas prácticas de gestión. Sin embargo, tanto en la exposición de motivos como en el propio proyecto de ley no se menciona cómo se logrará el objetivo, lo que genera incertidumbre, dado que uno de los principales pilares que deben tener la ejecución de proyectos de inversión es la transparencia.

Al crear la Autoridad Nacional de Infraestructura su objetivo es ejecutar proyectos estratégicos y de alta complejidad con una planificación independiente y transparente en un marco institucional sólido para ponerlos a disposición de los tres niveles de gobierno. No obstante, en la exposición de motivos se indica la débil capacidad de ejecución por parte de las entidades de los tres niveles de gobierno¹⁹, lo que demuestra la importancia del fortalecimiento de capacidades, incluso en el ámbito de transparencia.

A ello se suma que el proyecto de ley no establece mecanismos para asegurar una coordinación efectiva durante la formulación, ejecución y mantenimiento de los proyectos de inversión entre las autoridades competentes, en los tres niveles de gobierno.²⁰

Es una realidad que uno de los obstáculos presentados dentro del desempeño de la ARCC es la corrupción²¹. Auditores de la Contraloría General de la República identificaron 12 962 situaciones adversas en obras públicas de la ARCC, que sería indicativo de situaciones de presunta corrupción²². Esto evidencia la necesidad de crear estándares de transparencia y rendición de cuentas a través de mecanismos de seguimiento y monitoreo a disposición de la ciudadanía. Así también, que se permita ver el avance de los proyectos y la inversión del presupuesto en cada una de las etapas, desde la evaluación de los proyectos hasta su ejecución. Y se aplicaría la figura de auditorías ciudadanas para proyectos de inversión pública.

Según la Contraloría General de la República, al 31 de marzo del 2023 se registraron 1746 obras públicas paralizadas a escala nacional, las cuales no se han concluido y no reportan ningún avance en su ejecución física durante más de seis meses²³. Es a partir de dicha información que es necesario se creen Órganos de Control Institucional para mantener la transparencia en la ejecución de proyectos y acciones que realiza la ARCC en el marco de sus competencias, o en este caso, la Autoridad Nacional de Infraestructura, sumando a ello un vehículo para el control en la lucha contra la corrupción.

¹⁹ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 4642, p. 4.

²⁰ Informe Jurídico Defensorial 003-2023-DP/AMASPPI. Opinión de la Defensoría del Pueblo sobre el proyecto de ley 4642/2022-PE, Ley que crea la Autoridad Nacional de Infraestructura. p. 25.

²¹ La ARCC solicitó implementar el Órgano de Control Institucional.

²² Corrupción afectó ejecución de obras de reconstrucción. (Diario La República).

²³ "Contraloría: Obras públicas paralizadas alcanzan las 1746 a marzo del 2023". El Peruano (03 de mayo de 2023). Recuperado de: <http://www.elperuano.pe/noticia/211714-contraloria-obras-publicas-paralizadas-alcanzan-las-1746-a-marzo-del-2023>.

ANEXO: BASE LEGAL

- Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones.
- Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental.
- Ley 30356, Ley que fortalece la transparencia y el control en los convenios de administración de recursos con organizaciones internacionales.
- Ley 30754, Ley Marco sobre Cambio Climático.
- Decreto Supremo 013-2019-MINAM, que aprueba el Reglamento de la Ley 30754, Ley Marco sobre Cambio Climático.
- Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- Decreto Supremo 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.
- Decreto Supremo 344-2018-EF, Reglamento de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- Decreto Supremo 082-2019-EF, Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- Decreto Supremo 242-2022-EF, Plan Nacional de Infraestructura Sostenible para la Competitividad 2022 – 2025.
- Decreto Supremo 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.
- Resolución Ministerial 205-2018-MINAM, Disponen la prepublicación del proyecto de Resolución Ministerial que aprueba las disposiciones para la concordancia entre el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA) y el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones (Invierte.pe).
- Directiva 001-2019-OSCE/CD, Bases y solicitud de expresión de interés estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley 30225.



SPDA

www.spda.org.pe

(511) 612 4700

info@spda.org.pe

Prolongación Arenales 437,
San Isidro, Lima - Perú