



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



RESOLUCION DE ALCALDIA N°389-2015-AMPI

Ica, **02 JUN. 2015**

VISTO: El Informe Legal Colegiado N° 004-2015-GAJ-MPI de la Gerencia de Asesoría Jurídica, respecto a la Revisión del Contrato DIESTRA SAC y sus Antecedentes Administrativos contenidos en el Acuerdo de Concejo N° 023-2005-MPI y Acuerdo de Concejo N° 072-2005-MPI, y

CONSIDERANDO:

Que, el Art. 194 de la constitución Política del estado modificado por Ley N° 27680 de reforma Constitucional, concordante con el Art. II del T.P. de la Ley N° 27972, establecen que las Municipalidades Distritales y Provinciales son Órganos de Gobierno Local que gozan de autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia con sujeción a ley.

Que respecto al Memorando N° 120-2015-AMPI el Colegiado de Asesoría Jurídica emitió el Informe Legal Colegiado N° 003-2015-GAJ-MPI, de fecha 14 de Mayo 2015; sin embargo, ante la emisión de nuevos documentos: Informe Técnico y Acta de Verificación, que constituyen Medios Probatorios para adoptar decisiones de orden administrativo, de conformidad a lo que dispone la Ley N° 27972, por lo que evaluando los antecedentes que dieron origen al Contrato de Concesión de Servicio de Limpieza Pública del Distrito de Ica, suscrito con DIESTRA SAC, se ha reformulado dicho informe.

Que, mediante Acuerdo de Concejo N°023-2005-MPI de fecha 19 de Febrero del 2005, se aprobó la Iniciativa Privada del Proyecto denominado "Mejoramiento del Servicio de Limpieza Publica Para la Ciudad de Ica", presentado por la Empresa DIESTRA S.A.C., al amparo de la Ley N° 28059 denominada Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada y su Reglamento Decreto Supremo N° 015-2004-PCM;

Que, la Municipalidad Provincial de Ica, publicó el Resumen Ejecutivo de la iniciativa aprobada con la finalidad que se pudieran presentar Empresas Inversionistas que cumplan con los requisitos de precalificación fijados por el Comité Especial de Promoción de la



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



Inversión Privada-CEPRI de la Municipalidad Provincial de Ica, los que tenían un plazo de treinta (30) días para presentarse;

Que, la única propuesta que se presentó antes del plazo señalado fue la Empresa DIESTRA S.A.C., por lo que sometido a Concejo Municipal, en Sesión Extraordinaria de Concejo realizada el 26 de Mayo del 2005, se aprobó el Acuerdo de Concejo N° 072-2005-MPI en el que se acuerda el otorgamiento de la Adjudicación Directa a la Empresa DIESTRA S.A.C., y se autorizó al Alcalde Provincial para la firma del Contrato y las Adendas que fueran necesarias, previa revisión del Concejo Municipal;

Que, mediante Acta de Verificación en Archivo de Resoluciones de Alcaldía del Año 2005 de fecha 01 de Junio 2015, da cuenta que en el Archivador de Resoluciones de Alcaldía del Año 2005 existe un faltante de las siguientes: N° 844, 842, 802, 779, 777, 701, 699, 698, 635, 634, 630, 631, 628, 620 y 587, siendo quince (15) Resoluciones de Alcaldía faltantes en el Archivador que obra en Secretaría General de la Municipalidad Provincial de Ica.

Que, aparece de autos que con fecha 10 de Agosto del 2005 se suscribió el Contrato de Concesión del Servicio de Limpieza Pública entre la Municipalidad Provincial de Ica y DIESTRA SAC.

Que, con fecha 26 de Junio 2015 se ha emitido el Informe Técnico N° 002-2015-OMCL que se basa específicamente en el Acuerdo de Concejo N° 072-2005-MPI de fecha 27 de Mayo 2005, que otorga la Adjudicación Directa a la Empresa DIESTRA SAC y autoriza al Alcalde para la firma del Contrato y Adendas necesarias para la concesión de la Limpieza Pública con la Empresa DIESTRA SAC, previa aprobación del Pleno.

Que, revisado el Contrato de Concesión en el Capítulo 12, Régimen de Garantías y Seguros, se establece que el concesionario entregara al Concedente una garantía de fiel cumplimiento, constituida por una fianza bancaria solidaria, incondicionada irrevocable, sin beneficio de exclusión ni división y de realización automática que tendrá una vigencia de un año, cuyo monto se fija anualmente y será equivalente al 10% del costo del Cofinanciamiento Anual, o al 10% del monto de cofinanciamiento fijado luego de haberse reajustado; sin embargo la Carta Fianza N°0011-0380-9800045597-36, de fecha 04 de Agosto del 2005 presentada por la



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



Concesionaria asciende a la suma de S/.201,000.00 N/S. La misma que con fecha 15 de Agosto del 2005 fue recepcionada por la Sub Gerencia de Tesorería de la Municipalidad Provincial de Ica; suma que difiere a lo dispuesto en el Acuerdo Municipal N°023-2005-MPI y en el Resumen Ejecutivo publicado en el que se señala que el Plan de Inversión de la Empresa Concesionaria se establece en S/. 3'150,000.00 N/S. debido a que a la Empresa al suscribir el Contrato de Concesión lo realiza con un Plan de Inversión de s/.1'980,000.00 N/S., lo cual vulnera el Principio de Publicidad donde se exigía un plan de Inversión superior a lo suscrito. Esto indica que desde la fecha de suscripción del contrato se ha incurrido en causal de nulidad que trae consigo la rescisión de dicho documento;

Que, la Iniciativa Privada del Proyecto de "Mejoramiento del Servicio de Limpieza Pública para la ciudad de Ica" que fuera aprobada con el Acuerdo de Concejo N° 023-2005-MPI, no incluye el documento de evaluación preliminar del Impacto Ambiental que establece el Art. 14° del D. S. N° 015-2004-PCM como requisito indispensable para la presentación de Iniciativas Privadas en Proyectos de Inversión Privada; por consiguiente no contiene información técnica básica que sustente la propuesta, como por ejemplo los datos de generación percapita ni la generación de residuos que provienen de los domicilios, ni de los comercios, ni de mercados, tampoco la cantidad de residuos que provengan del barrido de Espacios Públicos(plazas, plazuelas, etc.) y vías públicas, con la finalidad de determinar el personal necesario y los equipos para la adecuada prestación del servicio de limpieza pública. De otro lado no existe información preliminar del lugar donde se dispondrán los residuos sólidos recolectados diariamente en la ciudad, de lo que se deduce que estos se arrojarán sin ningún tratamiento sanitario generando impactos negativos al ambiente, lo que contraviene el Art. 16 del D.S. N° 015-2014-PCM en lo referente a los criterios para la evaluación de las iniciativas privadas en proyectos de inversión; por lo que no ha existido un criterio de evaluación para determinar que el proyecto de Inversión no sea pasible de generar afectación al medio ambiente, lo que constituye causal de nulidad por atentar contra el interés público y/o el interés general;

Que, la Iniciativa Privada del Proyecto de Inversión "Mejoramiento de la Gestión Integral del Servicio de Limpieza del Distrito de Ica", si bien menciona un Plan de Fortalecimiento de la Recaudación, no cuenta con información básica que permita identificar los arbitrios, sus niveles de recaudación y morosidad, base de datos del contribuyente y otros que puedan discernir si los montos son suficientes para que la Concedente-Municipalidad Provincial de



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



Ica, se comprometa a pagar S/. 2'010,000.00 N/S. anuales durante los primeros cinco (5) años de Concesión y S/. 2'250,000.00 a partir del sexto año, no encontrándose sustento para determinar incrementos del costo de los arbitrios, mejora de recaudación en plazos y porcentajes. De lo que se determina que el Proyecto no tiene sustento económico ni socialmente rentable, por lo que una vez más se aprecia que no cumple con el criterio de evaluación indicado en el Art. 16° del Reglamento de la Ley N°28059, aprobado por D.S. N° 015-2004-PCM. Además, no considera la etapa de disposición final de los residuos sólidos como parte del servicio de Limpieza Pública;

Que, al momento de iniciar el Contrato de Concesión no se han definido las condiciones técnicas y económicas que la Municipalidad y la Empresa deben de cumplir; por tanto la perniciosa disposición final de los residuos sólidos contamina el medio ambiente y afecta la salud pública de manera insostenible, lo que no ha permitido garantizar el proyecto de inversión en su aspecto económico y socialmente rentable;

Que, el Contrato de Concesión tiene como base el Proyecto de Inversión presentado por DIESTRA S.A.C., del 07 de Enero 2005, que se inserta en el contrato como anexo 1, este anexo es un informe ejecutivo del proyecto con resumen de los datos referidos a los componentes y actividades del mismo, la evaluación económica y financiera y el plazo de la concesión, de manera preliminar, es preciso poner en relieve que el Resumen Ejecutivo del proyecto de inversión omitió consignar datos esenciales que permitieran adoptar un juicio certero sobre su viabilidad técnica, económica y operativa; es decir no hace referencia a ningún tipo de cuantificación del volumen de residuos sólidos que producía la población iqueña en el año 2004 que hubiese permitido establecer la demanda del servicio y las necesidades logísticas para su aplicación en forma eficiente. De otro lado, no contiene los estudios de caracterización o composición de residuos sólidos y estándares de comportamiento de la población en las etapas del ciclo de generación y almacenamiento en la fuente, factores que eran necesarios para estimar la producción promedio de desechos sólidos por persona al día, su peso, volumen y composición, así como el grado de conocimiento, compromiso y cumplimiento de la población con las políticas del medio ambiente referidas a la disposición de residuos sólidos. Cabe anotar que el Resumen Ejecutivo del proyecto de inversión no incluye un análisis de tiempos y movimientos por día de las unidades compactadoras que debían utilizarse en las diversas zonas de prestación del servicio, dato que eran imprescindibles para evaluar la capacidad operativa de la empresa interesada en



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



explotar el servicio, así como para estimar la cantidad de maquinaria y personal necesarios para acometer la gestión del servicio público en condiciones óptimas de calidad y continuidad;

Que, de la evaluación efectuada no se han encontrado evidencias documentadas por parte de la Municipalidad Provincial de Ica, sobre la estimación de los recursos necesarios para afrontar el cofinanciamiento comprometido, dato que era esencial para determinar la sostenibilidad económica del proyecto de inversión pública durante el tiempo de duración de la concesión, de lo que se deduce que el organismo promotor de la Inversión Privada de la Municipalidad Provincial de Ica en el año 2005 no haya contado con elementos técnicos financieros y legales para evaluar y declarar la viabilidad del proyecto de inversión pública. Estas omisiones de carácter administrativo no han permitido prever el potencial riesgo durante la etapa de ejecución del contrato, por lo que el servicio público de limpieza y recolección de residuos sólidos se vea afectado, debido a la inconsistencia del proyecto y las dudas que razonablemente presentaba la idoneidad, capacidad operativa, así como de la solvencia económica y financiera del futuro operador para hacer frente al compromiso de prestación del servicio que se pretendía como la entrega al sector privado con la explotación de este importante servicio público. De esto se determina que el organismo promotor de la Inversión Privada de la Municipalidad Provincial de Ica se encontraba obligado a evaluar el proyecto de inversión de conformidad con las normas técnicas, principios, procesos y metodología del Sistema Nacional de Inversión, tal y como lo señala el Art. 16° del Reglamento de la Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, aprobado por D.S. N° 015-2004-PCM;

Que, el incumplimiento a las normas acotadas se ve reflejado en la primera adenda al contrato de concesión que se suscribió el 31 de Agosto del 2005, que a los 21 días posteriores a la suscripción del contrato modificó el plazo de duración de la concesión de 15 años, elevándolo a un total de 16 años y medio, lo que se produce por haber otorgado la concesión mediante adjudicación directa, sin las formalidades de una licitación pública

Que, todo acto jurídico que tienda a crear o regular relaciones jurídicas, para su validez requiere de la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad tal como lo señala el Art. 140° Inc. 4) del Código Civil, en el caso de autos, se aprecia que ha existido simulación absoluta del acto jurídico, constituyéndose fraude en el mismo, toda vez que previo a la suscripción del Contrato de Concesión no se cumplió con lo señalado en el Plan de Inversión de



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



la empresa concesionaria, donde se obliga a invertir un monto de S/3'150,000.00 N/S, y al momento de la suscripción solo considera como Plan de Inversión la suma de S/. 1'980,000.00 N/S, lo que vulnera el Principio de Publicidad tal como se señala en el punto 2.1 del presente análisis,

Que, el Art. 20° Inc.1) de la Ley N° 27972, establece que son atribuciones del Alcalde defender y cautelar los derechos e intereses de la municipalidad y de los vecinos; por tanto está facultado para revisar actos que impliquen la concesión de servicios básicos a empresas privadas, en razón que prima la defensa del interés general a favor de la población, buscando la adecuada, oportuna y eficiente prestación del servicio de limpieza pública, que en este caso se ha concesionado a DIESTRA S.A.C, por lo que el Alcalde Provincial por mandato de la Ley Orgánica de Municipalidades está facultado para emitir Resoluciones de Alcaldía que resuelvan los asuntos de carácter administrativos, en la procura del bienestar de la población y prevenir actos y acciones que atenten contra la salud ambiental dentro del ámbito de su jurisdicción.

Que, revisado y analizado el Contrato de Concesión del Servicio de Limpieza Pública de Ica, en su Capítulo I: Antecedentes y Definiciones, el numeral 1.2.5 culmina haciéndose mención al Acuerdo de Concejo N° 072-2005-MPI; pero no hace mención a ningún otro documento que indique que la Municipalidad recibió, negoció y/o aprobó el contenido de dicho Contrato, de lo que se establece que no existe documento legal suscrito por la Municipalidad de Ica que según la norma establece, "negocie y apruebe el contenido del contrato de concesión", incumpliendo lo exigido en el Acuerdo de Concejo N° 072-2005-MPI, de que sea revisado por el Pleno del Concejo Municipal. Asimismo, se ha incumplido con el procedimiento indicado en el literal b) del Art. 7 de la ley N° 28059, esto es la "negociación del contenido del Contrato entre la Municipalidad provincial de Ica y la Empresa Diestra SAC, previo a su suscripción.", tal como se desprende el Informe Técnico N° 002-2015-OMCL. Esto está corroborado con el Informe del Secretario General de la Municipalidad Provincial de Ica, en el Archivo de Resoluciones de Alcaldía no existe ninguna Resolución de Alcaldía ni Acuerdo de Concejo que indique que el Alcalde que suscribió el Contrato con DIESTRA SAC haya cumplido con lo expresamente ordenado en la parte final del Acuerdo de Concejo N° 072-2005-MPI, en el sentido que previamente a la suscripción debía someterse el Contrato a Revisión del Concejo; es decir, el Alcalde que suscribió el Contrato de Concesión obvió la Aprobación en el Pleno del Concejo Municipal, habiendo incurrido en usurpación de funciones, actitud que constituye



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



vulneración del Principio de legalidad y del Principio del Debido Procedimiento, lo que es causal de nulidad de conformidad a lo que dispone el numeral 1) del Art. 10 de la Ley N° 27444.

Que, al no haberse dado cumplimiento estricto al Acuerdo de Concejo N° 072-2005-MPI en el sentido que la Autorización otorgada al Alcalde para la suscripción del Contrato de Concesión de Limpieza Pública con Diestra SAC, previamente dicho Contrato debió haber sido Revisado y Aprobado en el Concejo Municipal, indica se ha incurrido en causal de Nulidad de Acto Jurídico, al no contar con los elementos jurídicos para su validez que se indican en el Art. 140 del C.C. vigente, se aprecia que el Contrato de Concesión para su suscripción por parte de la Municipalidad no fue realizado por persona capaz, por cuanto el Alcalde previo a la suscripción debió someter el proyecto del Contrato a la Revisión y Aprobación del Concejo Municipal, con lo que se determina que existe falta de manifestación de voluntad del agente, ya que el agente capaz es la Municipalidad Provincial de Ica, representada por su Alcalde, pero éste antes debió cumplir con la Revisión del Contrato en la forma que indica y ordena el Acuerdo de Concejo N° 072-2005-MPI en su Artículo Primero.

Que, al emitirse el Acuerdo de Concejo N° 023-2005-MPI de fecha 19 de Febrero 2005 que aprobó la Iniciativa privada del Proyecto denominado "Mejoramiento del Servicio de Limpieza Pública para la Ciudad de Ica", presentado por la empresa de DIESTRA-SAC, se encontraba vigente la Ley de Contrataciones de Adquisiciones del Estado- Ley N°26850, en el cual se establece en el Art.50° que los contratistas están obligados a cumplir cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que haya aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato, así como lo ha dispuesto en los Inc. 2) y 3) del Art. 1774 del C.C.; Por tanto la ley acotada es aplicable para los efectos del Proyecto de Iniciativa Privada aprobada con el Acuerdo de Concejo N° 023 - 2005-MPI. Por tanto para la suscripción del contrato tenía que haber tenido en cuenta el Resumen Ejecutivo de la Iniciativa aprobada, que como está demostrado no cumplió con el monto de inversión de S/. 3'150,000.00 N/S y que solamente se consideró un plan de inversión de 2'010,000.00 N/S. Esto indica que el proceso de adjudicación contienen defectos que vulneran los principios que rigen las contrataciones y adquisiciones que deben garantizar que las entidades del sector público obtengan bienes servicio de la ciudad requerida, en forma oportuna y a precio o costos adecuados, principios que se encuentran enumerados en el Art.3 de la Ley N° 26850.



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



Que, el Art.41° de la Ley N°26850, aplicables al caso por el Principio de Temporalidad, establece que los contratos de adquisición de bienes o contratación de servicios incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a la Garantía de Fiel Cumplimiento, la misma que tiene como finalidad cubrir por lo menos las penalidades por mora e incumplimiento; en este sentido en el Capítulo 12. Régimen de las Garantías y Seguros del Contrato suscrito con DIESTRA-SAC, se establece que el monto de esta fianza se fijará anualmente y será equivalente al 10% del monto de cofinanciamiento anual, y dentro de los documentos y anexos que contiene dicho contrato no aparece en monto establecido, además que se incurrido en incumplimiento del monto propuesto en el Resumen Ejecutivo de la Iniciativa Privada del Proyecto que dio origen a la Concesión suscrita con DIESTRA-SAC, de lo que se aprecia que existen causales de nulidad que agravan el interés público y constituyen vicios en el procedimiento administrativo de aprobación del Acuerdo de Concejo N°023-2005-MPI.

Que, todo acto jurídico que tienda a crear o regular relaciones jurídicas, para su validez requiere de la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad tal como lo señala el Art. 140° Inc. 4) del Código Civil, en el caso de autos, se aprecia que ha existido simulación absoluta del acto jurídico, constituyéndose fraude en el mismo, toda vez que previo a la suscripción del Contrato de Concesión no se cumplió con lo señalado en el Plan de Inversión de la empresa concesionaria, donde se obliga a invertir un monto de S/3'150,000.00 N/S, y al momento de la suscripción solo considera como Plan de Inversión la suma de S/. 1'980,000.00 N/S, lo que vulnera el Principio de Publicidad tal como se señala en el punto 2.1 del presente análisis,

Que, no se ha cumplido con lo que dispone la Ley N°28059-Ley Marco de la Promoción de la Inversión Descentralizada y su reglamento el D.S. N° 015-2004-PCM, que son normas de cumplimiento obligatorio, lo que atenta contra el orden público y el interés general de la población, al no haberse incluido en la Iniciativa Privada del Proyecto de "Mejoramiento del Servicio de Limpieza Pública para la Ciudad de Ica", presentado por DIESTRA SAC, con el requisito de la Evaluación Preliminar de Impacto Ambiental, así mismo por no contar con información básica que sustente las actividades de la Iniciativa Privada que no garantizan que el proyecto de inversión es económico y socialmente rentable;



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



Que, no se ha cumplido con el Acuerdo de Concejo N° 023-2005-MPI y publicar en los diarios de circulación nacional y regional el Resumen Ejecutivo del Proyecto de Inversión en el que se consigna el Plan de Inversión de la MPI es de 3'150,000.00N/S, pero que a la firma del contrato el Plan de Inversión de DIESTRA SAC, se reduce a 1'980,000.00 N/S; es decir se redujo del 100% al 63% de lo publicado;

Que, no se ha cumplido con lo dispuesto en el Artículo Segundo del Acuerdo de concejo N° 072-2005-MPI en lo referente a la previa revisión del Contrato por el Concejo Municipal, antes que el Alcalde procediera a su suscripción.

Que, el Art.202° numeral 202.1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que en cualquiera de los casos enumerados en el Art. 10° puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes siempre que agraven el interés público. En consecuencia de conformidad con lo que dispone el Art. IV del Título Preliminar de la Ley N° 27972 determina "Los Gobiernos Locales representan al secundario, promueven la adecuada prestación de los Servicios Publico locales y el desarrollo sostenible y armónico de sus circunscripción" y el Art. 32° de la acotada determina que los servicios públicos locales pueden ser de gestión directa y de gestión indirecta, siempre que sean permitido por ley y que se asegure el interés de los vecinos, la eficiencia y eficacia del servicio y el adecuado control municipal. De tal manera que el interés general se ve afectado al haberse contravenido leyes y normas reglamentarias, lo que constituye vicio dentro del acto administrativo que dio origen al Acuerdo de Concejo N° 023-2005-MPI, lo que implica que existe causal de nulidad suficiente para decretar su nulidad absoluta de conformidad con lo que permite el inc. 1) del Art. 10° de la Ley N° 27444, nulidad que alcanzaría a los actos sucesivos que estén vinculados a él

Que, en uso de las atribuciones conferidas en la ley Orgánica de Municipalidades -Ley N° 27972- y estando a los documentos del Visto,

SE RESUELVE:

PRIMERO.- DISPONER se dé por iniciado el Procedimiento Administrativo de Nulidad Absoluta de Pleno Derecho de todos los Actos Administrativos que dieron origen a la



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA



Aprobación y Suscripción del Contrato de Concesión denominado "Mejoramiento del Servicio de Limpieza Pública Para la Ciudad de Ica", otorgado a favor de la Empresa DIESTRA SAC, por el sustento contenido en la Parte Considerativa de la presente Resolución.

SEGUNDO.- Declarar sin efecto ni validez legal las resoluciones faltantes en el archivador de Resoluciones de Alcaldía, que obra en Secretaría General, y que se oponga a la presente Resolución.

TERCERO.- Disponer que por Secretaría General se proceda a notificar y publicar la presente Resolución de Alcaldía con las formalidades previstas en la Ley N° 27972.



REGISTRESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.



MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ICA

Lic. Adm. Pedro Carlos Ramos Loayza
ALCALDE