



PERÚ

Ministerio de Economía y Finanzas

Despacho Ministerial

"AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO"

11 AGO. 2017
Lima,

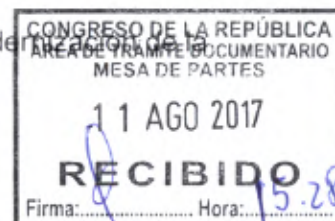
OFICIO N° 1697 -2017-EF/10.01



FERNANDO ZAVALA LOMBARDI
MINISTRO

2779

Señores
Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización del Estado
Gestión del Estado
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Plaza Bolívar – Av. Abancay S/N – Lima
Presente.-



Asunto : Proyecto de Ley N° 863/2016-CR, Ley que dispone la aplicación de la cláusula anticorrupción en los contratos de concesión de infraestructura y/o servicios.

Referencia : Oficio P.O. N° 832-2016-2017/CDRGLMGE-CR

Es grato dirigirme a usted, con relación al documento de la referencia, mediante el cual solicita opinión sobre el Proyecto de Ley N° 863/2016-CR, Ley que dispone la aplicación de la cláusula anticorrupción en los contratos de concesión de infraestructura y/o servicios.

Al respecto, se remite copia del Informe N° 107-2017-EF/68.01 elaborado por la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada de este Ministerio, para su conocimiento y fines pertinentes.

Hago propicia la ocasión para expresarle los sentimientos de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente,



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
DIRECCION GENERAL DE POLITICA DE PROMOCIÓN
DE LA INVERSIÓN PRIVADA



"AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO"

INFORME N° 107-2017-EF/68.01

Para : CLAUDIA COOPER FORT
Viceministra de Economía

Asunto : Proyecto de Ley N° 863/2016-CR, Ley que dispone la aplicación de cláusula anticorrupción en los contratos de concesión de infraestructura y/o servicios

Referencia : a) Oficio N° 1045/02/2016-2017/CFC-CR (HR 007118-2017)
b) Oficio P.O. N° 832-2016-2017/CDRGLMGE-CR
c) Oficio N° 13-2017-PROINVERSIÓN/SG (HR 014663-2017)
d) Oficio N° 104-2017-OSCE/PRE (HR 044529-2017)
e) Informe N° 079-2017-EF/62.01
f) Informe N° 060-2017-EF/68.01
g) Informe N° 027-2017-EF/52.03

Fecha : Lima, 14 de julio de 2017

Tengo el agrado de dirigirme a usted en relación con los documentos de la referencia a) y b), mediante los cuales la Presidenta de la Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado y el Presidente de la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República solicitan opinión respecto del Proyecto de Ley N° 863/2016-CR, Ley que dispone la aplicación de cláusula anticorrupción en los contratos de concesión de infraestructura y/o servicios (en adelante, el Proyecto de Ley)¹.

ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante Oficio N° 1045/02/2016-2017/CFC-CR, el Presidente de la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República, señor Héctor Becerril Rodríguez, solicitó opinión a este Ministerio sobre el Proyecto de Ley.
- 1.2 Mediante Oficio P.O. N° 832-2016-2017/CDRGLMGE-CR, la Presidenta de la Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado del Congreso de la República, señora Alejandra Aramayo Gaona, solicitó opinión a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) sobre el Proyecto de Ley.
- 1.3 Mediante Oficio N° 13-2017-PROINVERSIÓN/SG, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) remitió su opinión institucional sobre el Proyecto de Ley.
- 1.4 Mediante Oficio N° 104-2017-OSCE/PRE, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) remitió su opinión institucional sobre el Proyecto de Ley.

¹ Mediante el documento de la referencia b), la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) remite a este Ministerio su opinión institucional sobre el Proyecto de Ley, a solicitud de la Presidenta de la Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado.



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
DIRECCION GENERAL DE POLITICA DE PROMOCION
DE LA INVERSION PRIVADA

"AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO"

- 1.5 Mediante Informe N° 079-2017-EF/62.01, la Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad (DGAEICYP) de este Ministerio emitió opinión sobre el Proyecto de Ley.
- 1.6 Mediante Informe N° 060-2017-EF/68.01, esta Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (DGPIIP) emitió opinión sobre el Proyecto de Ley.
- 1.7 Mediante Informe N° 027-2017-EF/52.03, la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público (DGETP) de este Ministerio emitió opinión actualizada sobre el Proyecto de Ley, la misma que incluye las opiniones de la mencionada DGETP y la Dirección General de Presupuesto Público (DGPP) de este Ministerio.

II. ANÁLISIS

A. Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (DGPIIP)

- 2.1 En el marco de sus competencias establecidas en el literal f) del artículo 145 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF)², la DGPIIP es competente para evaluar y coordinar aquellas propuestas normativas que tengan impacto en el desarrollo y promoción de la inversión privada. En este sentido, se realizan los siguientes comentarios al Proyecto de Ley.

- 2.2 El Proyecto de Ley plantea principalmente lo siguiente:

- (i) Aplicar una cláusula anticorrupción a los contratos de concesión suscritos y nulidad de pleno derecho consecuente en caso se incurra en tal supuesto,
- (ii) Incluir una cláusula anticorrupción en contratos nuevos, bajo sanción de nulidad del contrato en caso no incluirse,
- (iii) Inhabilitación para contratar con el Estado a aquellos a los que se haya aplicado la cláusula anticorrupción,
- (iv) Prohibir cobros a usuarios cuando la infraestructura no haya concluido su construcción, sino hasta su funcionamiento, bajo sanción de nulidad,
- (v) Suspender el cargo por Afianzamiento de la Seguridad y devolver los pagos efectuados por los usuarios a través de los recibos de luz eléctrica, y,
- (vi) Realizar una nueva licitación para el Gaseoducto Sur Peruano.

- ❖ **Sobre la aplicación de una cláusula anticorrupción a los contratos de concesión suscritos y nulidad de pleno derecho consecuente en caso se incurra en dicho supuesto**

- 2.3 El artículo 1 del Proyecto de Ley establece "*disponer la aplicación de la Cláusula Anticorrupción, y la consiguiente nulidad ipso iure de los contratos de concesión (...) que hayan sido obtenidos por vía ilícita*", cláusula que, según el artículo 2 del Proyecto de Ley, se "debe disponer, sin dilación, en salvaguarda del interés público y dentro del plazo máximo de treinta días". En el mismo sentido, el artículo 2 dispone que en el plazo de 30 días deberá aplicarse la cláusula anticorrupción de los contratos.

² Aprobado mediante Decreto Supremo N° 117-2014-EF y normas modificatorias.



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE PROMOCIÓN
DE LA INVERSIÓN PRIVADA

"AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO"

- 2.4 Si bien no se desarrolla a detalle en el Proyecto de Ley qué es la Cláusula Anticorrupción, cabe precisarse la propuesta normativa contrasta con el marco normativo e impacta en los contratos de Asociación Público Privada (APP) suscritos, afectando la libertad de contratar y el principio de seguridad jurídica.
- 2.5 En general, los Contratos de Concesión, como modalidad de APP, establecen las reglas de actuación entre las partes (concedente y concesionario) en caso se compruebe la comisión de actos delictivos.

Sobre lo dicho, un grupo de contratos establece que la ocurrencia de actos de corrupción constituye causal de caducidad o terminación anticipada del contrato³ regulando el proceso de salida de la empresa concesionaria. Aquellos otros contratos de concesión, que si bien no regulan expresamente la causal de terminación del contrato, sí establecen las vías para cuestionar la invalidez o nulidad del contrato a través del proceso arbitral como mecanismo de solución de controversias reconocido en el artículo 62⁴ de la Constitución Política del Perú.

- 2.6 El respeto a las condiciones pactadas entre el concedente y concesionario es piedra angular de la seguridad jurídica que sustenta el desarrollo de las APP. En efecto, el artículo 62° de la Constitución reconoce que *"La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. (...) "* En este sentido, la norma de mayor jerarquía de nuestro ordenamiento jurídico prohíbe que los contratos sean modificados por normas posteriores, lo mismo que es acorde con el principio de seguridad jurídica. Esto tiene sustento en la protección a los contratos suscritos y a su contenido, en el marco de las normas vigentes al momento de su suscripción.

- 2.7 En ese sentido, la nulidad de pleno de derecho planteada en el Proyecto de Ley implica una modificación en los contratos suscritos, que no se está realizando por acuerdo entre las partes, sino impuesta mediante norma legal, y por tanto, además de no estar acorde con la exigencia contenida en el artículo 62° de la Constitución, vulneraría derechos de empresas que no están vinculadas con actos de corrupción (acreedores permitidos del proyecto) y que aun así, se verían afectadas con la aplicación de la nulidad.

- 2.8 Es por ello que el Proyecto de Ley al disponer en sus artículos 1 y 2, la aplicación de la cláusula anticorrupción y la consiguiente nulidad ipso iure de los contratos de concesión, vulnera lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución Política, al disponer consecuencias distintas a las reguladas en los respectivos contratos de concesión.

³ Por ejemplo, el Contrato de Concesión del Proyecto "Mejoras a la Seguridad Energética del país y desarrollo del Gasoducto Sur Peruano", establece como causal de terminación del Contrato de Concesión la falsedad de cualquiera de las declaraciones o garantías efectuadas por el Concesionario. Siendo además que, en la Cláusula 5.1.6 del Contrato, se establece como declaración del Concesionario a la fecha de cierre del Contrato, que el Concesionario, ninguno de sus accionistas, socios o empresas vinculadas, ni cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, ni intentado pagar o recibir u ofrecer, ni intenta pagar o recibir u ofrecer en el futuro ningún pago o comisión ilegal en relación con la Concesión, el Contrato y el Concurso.

⁴ Artículo 62. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE PROMOCIÓN
DE LA INVERSIÓN PRIVADA

"AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO"

- 2.9 Entonces, aplicar la denominada Cláusula Anticorrupción a contratos suscritos por el Estado, no sólo va en contra de la Carta Magna, si no que expone al Estado frente a los accionistas que no estuvieron vinculados con actos de corrupción así como a los acreedores permitidos del proyecto, lo cual repercutiría negativamente en el clima de inversiones.
- ❖ **Sobre la inclusión de cláusula anticorrupción en contratos nuevos, bajo sanción de nulidad del contrato en caso de no incluirse e inhabilitación para contratar con el Estado**
- 2.10 El artículo 3 del Proyecto de Ley establece que: *"A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, todos los contratos de concesión u otras modalidades contractuales tanto de infraestructura como de servicios o similares, deben contener obligatoriamente, bajo sanción de nulidad, la Cláusula Anticorrupción"*.
- 2.11 Asimismo el artículo 4 dispone que aquellas personas jurídicas a quienes se les haya aplicado la cláusula anticorrupción quedarán permanentemente inhabilitadas a contratar con el Estado.
- 2.12 Ambas medidas tienen como objetivo el establecimiento de medidas para combatir los actos de corrupción. Al respecto, es menester informarle que los impedimentos para ser postor o concesionario de los procesos de promoción de la inversión privada, lo cual incluye la entrega en concesión de obras públicas de infraestructura y servicios públicos, se encuentran regulados en el artículo 18 de la Ley APP, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1224 y sus normas modificatorias, en los cuales se incluye a las personas con impedimentos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado.
- 2.13 Mediante el Decreto Legislativo N° 1341, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 07 de enero de 2017, se han introducido modificaciones al régimen de impedimentos para contratar con el Estado (aplicable tanto a la contratación tradicional como a concesiones) en los cuales se proscriben la participación de personas naturales o jurídicas vinculadas a actos de corrupción (incisos m) y n) del artículo 11 del mencionado decreto).
- 2.14 Es importante destacar además que, mediante el Decreto Supremo N° 068-2017-EF, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de marzo de 2017, se modificó el Reglamento de la Ley APP⁵ y en este sentido deja establecido que todo contrato APP deberá incluir una cláusula anticorrupción en su diseño final; caso contrario, la ley sanciona dicho incumplimiento con la nulidad⁶; esto es, todo contrato que, a partir de la vigencia de la mencionada disposición, no incluya la cláusula anticorrupción, estará viciado con causal de nulidad.
- 2.15 Se muestra así que la política de Estado en materia de contratación y promoción de la inversión privada es la salvaguarda de la integridad en los procesos y la proscripción de

⁵ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 410-2015-EF.

⁶ Artículo 61-A.- Cláusula Anticorrupción. En el diseño de la versión del contrato durante la fase de Estructuración, se debe incluir una cláusula anticorrupción, bajo causal de nulidad.



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
DIRECCION GENERAL DE POLITICA DE PROMOCION
DE LA INVERSION PRIVADA

"AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO"

cualquier acto de corrupción, para lo cual se han establecido las medidas anticorrupción antes mencionadas.

2.16 Toda vez que con el nuevo marco normativo, el Decreto Legislativo N° 1251 y las modificaciones al Reglamento de APP, aprobadas mediante Decreto Supremo N° 068-2017-EF se cumple con los objetivos del Proyecto de Ley N° 863/2016-CR, carece de objeto que se continúe su trámite, por lo que esta Dirección General manifiesta su disconformidad.

❖ **Sobre la prohibición de realizar cobros a usuarios cuando la infraestructura no haya concluido su construcción, sino hasta su funcionamiento, bajo sanción de nulidad**

2.17 El artículo 6 del Proyecto de Ley establece que a partir de su entrada en vigencia, *"no se incluirán, bajo sanción de nulidad del correspondiente contrato, cobros al usuario por adelantado. Los cobros por uso de la infraestructura solo podrán autorizarse en tanto se haya culminado su construcción y la misma esté en pleno funcionamiento"*.

2.18 Uno de los temas principales en el desarrollo de las APP es la determinación del mecanismo de pago, el cual podría abarcar distintos supuestos desde pagos en la etapa de construcción y pagos en la etapa de operación y mantenimiento. La estructuración del mecanismo de pago se realiza en cada proyecto específico considerando la asignación de riesgos e incentivos entre las partes así como la bancabilidad del proyecto.

19 Al respecto, debe indicarse que una disposición que restrinja en absoluto el cobro a usuarios hasta que la infraestructura haya culminado su construcción y entre en funcionamiento, puede ocasionar que determinados proyectos no sean bancables e impida puestas en ejecución parcial en beneficio de la población.

2.20 De hecho, para llegar a la operación o explotación de la infraestructura, su construcción puede representar varios desafíos, asociados éstos con complejidades técnicas variables. Con la propuesta del Proyecto de Ley, las de mayor complejidad técnica, como el caso de túneles, estarían siendo tratadas de igual forma que aquellas que no representan mayores inconvenientes constructivos, afectando de esta manera una estructura de repago de la inversión que combinen pagos por obra y pagos por disponibilidad, haciendo por tanto al proyecto más oneroso por los costos de financiación y asignando riesgos de manera anticipada y sin un sustento técnico y sin considerar el perfil del proyecto.

2.21 Por otro lado, aquellos proyectos que sean estructurados para su construcción por etapas sujetas a gatillos de demanda, o que se entregan en operación al sector privado (proyectos *brownfield*), el Proyecto de Ley restringiría el cobro a usuarios, a pesar que la estructuración determine que es eficiente el cobro inmediato a los usuarios, dado que la operación de infraestructura existente genera gastos al inversionista, a quien se le obliga el cumplimiento de niveles de servicio y se le aplicarán penalidades cuando la prestación del servicio no cumpla con los estándares previstos en el contrato.

2.22 En este sentido, carece de sustento técnico la prohibición absoluta de cobro por adelantado a los usuarios propuesta en el Proyecto de Ley, dado que dependerá de cada



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE PROMOCIÓN
DE LA INVERSIÓN PRIVADA

"AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO"

proyecto en específico, determinar la estructura financiera y mecanismo de pago que permita alinear incentivos entre parte, asigne los riesgos de manera eficiente y genere valor por dinero al Estado según los estudios técnicos, económicos financieros y análisis de mercado que sustente el proyecto.

❖ **Sobre la suspensión del cargo por Afianzamiento de la Seguridad y devolución de los pagos efectuados por los usuarios a través de los recibos de luz eléctrica**

2.23 La Primera Disposición Transitoria del Proyecto de Ley ordena suspender, *"desde la entrada en vigencia de la presente Ley, el cargo por Afianzamiento de la Seguridad Energética contemplado en los artículos 2 y 4 de la Ley 29970, Ley que afianza la seguridad energética y promueve el desarrollo del polo petroquímico en el sur del país"*.

2.24 Al respecto, y en vista a la promulgación de la Ley N° 30543⁷, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03 de marzo de 2017, no corresponde que se emita opinión sobre este extremo de la propuesta normativa, dada la sustracción de la materia.

❖ **Sobre la nueva licitación para el Gaseoducto Sur Peruano**

2.25 La Primera Disposición Complementaria Final del Proyecto de Ley ordena que *"en un plazo máximo de 180 días calendario de publicada la presente Ley, el Poder Ejecutivo convocará a nueva Licitación Pública Internacional la construcción del Gasoducto Sur Peruano, la misma que deberá comprender obligatoriamente ramales a las principales ciudades del sur del país"*.

2.26 Al respecto, con fecha 23 de julio de 2014, el Estado Peruano, actuando a través del Ministerio de Energía y Minas, y la Sociedad Concesionaria Gasoducto Sur Peruano S.A. suscribieron el Contrato de Concesión del Proyecto "Mejoras a la Seguridad Energética del País y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano".

2.27 El 24 de enero de 2017, el Estado Peruano, a través del Ministerio de Energía y Minas, comunicó al concesionario la terminación de la concesión al no haberse acreditado el cumplimiento del cierre financiero de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión.

2.28 Es preciso indicar que los Contratos de APP incorporan cláusulas de terminación que establecen la potestad del Estado de dar por finalizado el contrato de manera anticipada a su conclusión natural (esto es, al cumplirse el plazo del contrato), ello principalmente por causas atribuibles al concesionario. Sin embargo, y pese a que el efecto que subyace en una declaratoria de terminación de contrato es la ruptura del vínculo contractual, se advierte que la finalidad que persiguen estas cláusulas van más allá; buscan además regular cómo debe ejecutarse el contrato una vez declarada su terminación.

2.29 El Contrato de Concesión del Proyecto Gasoducto Sur Peruano contempla los efectos de dicha terminación. Por ejemplo, la reversión de los bienes de la concesión por parte del concesionario, así como prevé la obligación del Concedente (o quien éste designe) de

⁷ Ley N° 30543, Ley que elimina el cobro de afianzamiento de seguridad energética que viene afectando el costo del servicio eléctrico y ordena la devolución de dicho importe a los usuarios del servicio energético.



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
DIRECCION GENERAL DE POLITICA DE PROMOCIÓN
DE LA INVERSIÓN PRIVADA

"AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO"

llevar una subasta para elegir un nuevo concesionario, la misma que debe ocurrir en el plazo de un año. Transcurrido dicho plazo, producto de la subasta o con cargo a los recursos públicos en caso la subasta haya quedado desierta, corresponde pagar al Concesionario el Valor Contable de los Bienes de la Concesión conforme el alcance y porcentaje establecido en el Contrato.

2.30 De esta manera, el Ministerio de Energía y Minas tiene la obligación contractual de realizar una subasta de la concesión en el plazo establecido, para lo cual, el MINEM o quien éste designe (por ejemplo, PROINVERSIÓN) deberá organizar el proceso de subasta y evaluar las condiciones de financiamiento del proyecto.

2.31 La propuesta normativa al regular la convocatoria de un nuevo proceso de promoción colisiona pues con el compromiso asumido por el Estado Peruano en el marco del Contrato de Concesión suscrito, lo que significaría, de darse el caso, un incumplimiento del Estado a sus obligaciones asumidas con el concesionario, lo cual generaría eventualmente un escenario de controversia ante tribunales internacionales de inversión, así como una contingencia de carácter económico en relación con el cálculo del Valor Neto de Caducidad de la concesión que el Estado podría asumir.

2.32 De otro lado, la propuesta normativa adolece de sustento técnico suficiente para establecer cuestiones relevantes vinculadas al diseño y estructuración del proyecto, tales como la modalidad mediante la cual se desarrollará, el periodo de retorno de la inversión y las garantías que el Estado requerirá otorgar para hacerlo comercialmente viable. La propuesta normativa define pues ex ante la necesidad de un proyecto con determinadas características y especificaciones sin haberse incluido el sustento técnico necesario que respalde dicho nivel de intervención. Su incorporación a través de una ley no permite determinar su viabilidad económica y técnica, la misma que ha de desarrollarse en la Fase de Estructuración que comprende el diseño del proyecto como una Asociación Público Privada (APP).

2.33 En este sentido, es necesario contar con los estudios de ingeniería y económico financieros, entre otros, que permitan tener la certeza técnica sobre la viabilidad del proyecto, lo cual implica aspectos como la amplitud de las expropiaciones y liberación de interferencias, el plazo de la concesión, la recuperación de las inversiones, la demanda que se atenderá, la oferta a comprometer, la vida útil de la infraestructura, los riesgos del proyecto, entre otros.

B. Dirección General de de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad (DGAEICYP)

2.34 Mediante Informe N° 079-2017-EF/62.01, la DGAEICYP emitió opinión sobre el Proyecto de Ley. Al respecto, en el marco de sus competencias, señala lo siguiente:

2.35 De la revisión del Proyecto de Ley se advierte que tiene por objeto incluir cláusulas anticorrupción en "contratos de concesión y otras modalidades contractuales de infraestructura y servicios", siendo que serán nulos dichos contratos en caso se hayan obtenido de forma ilícita. Adicionalmente, el Proyecto de Ley establece otras medidas relacionadas con la aplicación de medidas cautelares por parte del Estado y la prohibición de cobros por adelantado a los usuarios por el uso de infraestructura.



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
DIRECCION GENERAL DE POLITICA DE PROMOCIÓN
DE LA INVERSIÓN PRIVADA

"AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO"

- 2.36 Sobre el particular, debe indicarse que de conformidad con lo dispuesto en el literal d) del artículo 140 del Reglamento⁸ de Organizaciones y Funciones del Ministerio de Economía y Finanzas, la DGAEICYP cuenta entre sus funciones, formular y proponer la política, medidas y regulaciones sobre contrataciones del Estado. En tal sentido, toda vez que el Proyecto de Ley trata sobre temas referidos a contratos de concesión, la DGAEICYP no es competente para emitir opinión sobre el referido Proyecto de Ley en los extremos referidos a la regulación en materia de inversión privada.
- 2.37 Ahora bien, en cuanto a los contratos de infraestructura y servicios que se encuentren bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado corresponde señalar que, los artículos 3 y 4 del Proyecto de Ley establecen lo siguiente:

"Artículo 3. Inclusión obligatoria de Cláusula Anticorrupción

A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, todos los contratos de concesión u otras modalidades contractuales tanto de infraestructura como de servicios o similares, deben contener obligatoriamente, bajo sanción de nulidad, la Cláusula Anticorrupción.

Artículo 4. Inhabilitación para contratar

Las personas jurídicas a las que se les haya aplicado la Cláusula Anticorrupción porque hayan buscado beneficiarse de la comisión de delitos contra la administración pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por sus representantes legales o sus administradores, directa o indirectamente, a nivel nacional o internacional, quedan inhabilitadas permanentemente para contratar con el Estado. La presente inhabilitación alcanza a las personas jurídicas cuyos accionistas, directores y/o representantes legales, hayan sido sancionados en aplicación de la Cláusula Anticorrupción."

- 2.38 Al respecto, corresponde acotar que las modificaciones establecidas a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento⁹, incluyen medidas destinadas a combatir los actos de corrupción, tales como la inclusión de cláusulas anticorrupción o la inclusión de nuevos impedimentos que buscan restringir la participación de aquellos proveedores que han participado en actos de corrupción.
- 2.39 De esta forma, el Decreto Legislativo N° 1341 modifica el numeral 32.2 del artículo 32 de la Ley de la siguiente forma: *"Los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a: a) Garantías, b) Anticorrupción, c) Solución de controversias y d) Resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el reglamento"*.
- 2.40 Por su parte, el Decreto Supremo N° 056-2017-EF modifica el numeral 116.4 del artículo 116 del Reglamento indicando que las cláusulas anticorrupción como mínimo deben contener:

⁸ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 117-2014-EF.

⁹ De acuerdo a lo indicado en la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1341, las modificaciones al Decreto Legislativo entran en vigencia a los quince (15) días de publicada la modificación al Reglamento. Las modificaciones al Reglamento, aprobadas mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF, se publicó en el Diario Oficial El Peruano el 19 de marzo de 2017.



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
DIRECCION GENERAL DE POLITICA DE PROMOCIÓN
DE LA INVERSIÓN PRIVADA

"AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO"

"a) La declaración y garantía del contratista de no haber, directa o indirectamente, o tratándose de una persona jurídica a través de sus socios, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas a las que se refiere el artículo 248-A, ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al contrato.

b) La obligación del contratista de conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato, con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no cometer actos ilegales o de corrupción, directa o indirectamente o a través de sus socios, accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas a las que se refiere el artículo 248-A.

c) El compromiso del contratista de: (i) comunicar a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento; y (ii) adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas."

2.41 Adicionalmente, el citado Decreto Legislativo incluye en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, entre otros, los siguientes impedimentos:

"(...) m) Las personas condenadas, en el país o el extranjero, mediante sentencia consentida o ejecutoriada por delitos de colusión, peculado, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, delitos cometidos en remates o procedimientos de selección, o delitos equivalentes en caso estos hayan sido cometidos en otros países. El impedimento se extiende a las personas que, directamente o a través de sus representantes, hubiesen admitido y/o reconocido la comisión de cualquier de los delitos antes descritos ante alguna autoridad nacional o extranjera competente.

n) Las personas jurídicas cuyos representantes legales o personas vinculadas que (i) hubiesen sido condenadas, en el país o el extranjero, mediante sentencia consentida o ejecutoriada por delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, delitos cometidos en remates o procedimientos de selección, o delitos equivalente en caso estos hayan sido cometidos en otros países; o (ii) directamente o a través de sus representantes, hubiesen admitido y/o reconocido la comisión de cualquiera de los delitos antes descritos ante alguna autoridad nacional o extranjera competente. Tratándose de consorcios, el impedimento se extiende a los representantes legales o personas vinculadas a cualquiera de los integrantes del consorcio".

2.42 Como se puede apreciar las modificaciones implementadas por el Decreto Legislativo N° 1341 y por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF tiene como propósito fortalecer la lucha contra la corrupción en el ámbito de las contrataciones públicas.

2.43 De esta forma, si se analiza el Proyecto de Ley y las modificaciones a la normativa de contrataciones del Estado se advierten que cumplen con los mismos objetivos, es decir, que en el régimen de contrataciones públicas se establezcan medidas anticorrupción.

2.44 En tal sentido, toda vez que con el nuevo marco normativo se cumple con los objetivos del Proyecto de Ley N° 863/2016-CR, carece de objeto que se continúe su trámite, por lo que la Dirección General de de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad manifiesta su disconformidad.



C. Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público (DGETP)

2.45 En el marco de sus competencias, la DGETP emitió opinión sobre el Proyecto de Ley y, en este sentido, señala lo siguiente:

- i) Respecto de la Segunda Disposición Transitoria del Proyecto de Ley N° 863-2016-CR, ésta propone la devolución de todos los pagos efectuados por los usuarios a través de los recibos de luz eléctrica, correspondiente al Cargo por Afianzamiento de la Seguridad Energética (CASE) contemplado en los artículos 2 y 4 de la Ley N° 29970¹⁰.
- ii) Cabe señalar que el artículo 2 de la Ley N° 30543¹¹ publicada con fecha 03 de marzo de 2017, encargó al Poder Ejecutivo establecer los mecanismos para la devolución de los pagos efectuados a través de los recibos de luz por concepto de CASE fijado en la Resolución N° 074-2016-OS/CD, entre otros.
- iii) En ese sentido, el ámbito de aplicación de la propuesta contenida en la Segunda Disposición Transitoria del Proyecto de Ley N° 863-2016-CR sería mayor al establecido por el artículo 2 de la Ley N° 30453, por lo que de aprobarse la devolución de todo concepto cobrado por el CASE, ésta se convertiría en un contingente para el Estado, dado que parte de estos fondos podrían haber sido ejecutados total o parcialmente en los fines determinados por la Ley N° 29970¹², y de ser así, demandaría el uso de recursos públicos para su devolución.



D. Dirección General de Presupuesto Público (DGPP)

2.46 De acuerdo con sus competencias establecidas en las Leyes N°s 28112¹³ y 28411¹⁴, la DGPP señala que las mismas están enmarcadas en los aspectos de orden presupuestario, por lo que, en relación con los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6, la Primera Disposición Transitoria, así como la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Complementarias Finales del Proyecto de Ley N° 863/2016-CR, la DGPP no emite pronunciamiento en tanto no contienen materia presupuestaria.

2.47 De otro lado, la DGPP formula observación, desde el punto de vista estrictamente presupuestario a la Segunda Disposición Transitoria del Proyecto de Ley N° 863/2016-CR, por las siguientes consideraciones:

¹⁰ Ley N° 29970, Ley que afianza la seguridad energética y promueve el desarrollo de polo petroquímico en el sur del país.

¹¹ Ley N° 30543, Ley que elimina el cobro de afianzamiento de seguridad energética que viene afectando el costo del servicio eléctrico y ordena la devolución de dicho importe a los usuarios del servicio energético; la misma que dispone en su artículo 1 que se deje sin efecto el cobro del CASE fijado en la Resolución N° 074-2016-OS/CD y en su artículo 2 se encarga al Poder Ejecutivo establecer los mecanismos para la devolución de los pagos efectuados a través de los recibos de luz, por concepto de CASE señalado en el artículo 1.

¹² El artículo 2 de la Ley N° 29970, establece que las empresas encargadas de implementar los proyectos de suministro de gas natural y líquidos de gas natural para el afianzamiento de la seguridad energética, como resultado de procesos de promoción a la inversión privada, pueden ser beneficiarias del Mecanismo de Ingresos Garantizados, el cual consiste en garantizar al concesionario un nivel de ingresos determinado, siendo el OSINERGMIN administrador de dicho mecanismo.

¹³ Ley N° 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público.

¹⁴ Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
DIRECCION GENERAL DE POLITICA DE PROMOCION
DE LA INVERSION PRIVADA

"AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO"

- i) Se considera que la aplicación de las medidas establecidas en la Segunda Disposición Transitoria del Proyecto de Ley N° 863/2016-CR originará que se deban asignar los recursos públicos necesarios al OSINERGMIN — como administrador del Mecanismo de Ingresos Garantizados de acuerdo a la Ley N° 29970— o a la entidad que el Poder Ejecutivo determine como parte de los mecanismos que establezca para la devolución de los pagos efectuados a través de los recibos de luz por concepto de CASE —conforme a lo señalado en el artículo 2 de la Ley N° 30543—, a fin de financiar los gastos que se generarían por la devolución de los pagos efectuados por concepto de CASE, en el supuesto de que parte de dichos recursos hubieran sido ejecutados total o parcialmente para los fines de la Ley N° 29970, financiamiento que no se encuentra previsto en el Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2017, aprobado mediante la Ley N° 30518.

En ese sentido, para la aplicación de las medidas propuestas se demandarán recursos adicionales al Tesoro Público, contravieniéndose el Principio de Equilibrio Presupuestario recogido por el artículo 78 de la Constitución Política del Perú y por el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 28411.

- ii) En tanto que se genera gasto público, se puede indicar que la propuesta normativa no acompaña un análisis costo-beneficio en términos cuantitativos y cualitativos, conforme a lo dispuesto por el literal d) del artículo 3 de la Ley N° 30519¹⁵, que señale el costo de implementación de la propuesta normativa, la disponibilidad de los créditos presupuestarios suficientes en el presupuesto del OSINERGMIN para financiar los gastos que se originarían como consecuencia de la aplicación de la Segunda Disposición Transitoria del Proyecto de Ley, así como el impacto que generará en el presupuesto del Estado la aplicación de lo establecido en dicha propuesta normativa.
- iii) Adicionalmente, teniendo en cuenta que la propuesta legislativa es de iniciativa congresal, es pertinente mencionar que el artículo 79 de la Constitución Política del Perú establece que: *"Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto (...)"*.

E. Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)

- 2.48 Mediante Oficio N° 104-2017-OSCE/PRE, que adjunta copia del Informe N° 029-2017/DTN, el OSCE emitió opinión sobre el Proyecto de Ley. Al respecto, señala lo siguiente:
- 2.49 El Proyecto de Ley tiene como finalidad disponer la aplicación de la Cláusula Anticorrupción y la consiguiente nulidad de los contratos de concesión y otras modalidades contractuales tanto de infraestructura como de servicios que hayan sido obtenidos por vía ilícita, a fin de salvaguardar el interés público.
- 2.50 Como puede advertirse, el Proyecto está referido a los "contratos de concesión y otras modalidades contractuales de infraestructura y servicios", estableciendo medidas destinadas a disponer la aplicación de una "cláusula anticorrupción" en dicho tipo de

¹⁵ Ley N° 30519, Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2017.



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE PROMOCIÓN
DE LA INVERSIÓN PRIVADA

"AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO"

contratos, precisando que los mismos serán nulos en caso de haber sido obtenidos de manera ilícita. Asimismo, dispone otras medidas relacionadas con la aplicación de medidas cautelares por parte del Estado y la prohibición de cobros por adelantado a los usuarios por el uso de infraestructura.

- 2.51 Al respecto, debe precisarse que como parte de la delegación efectuada por el Congreso de la República, mediante Ley N° 30506, se facultó al Poder Ejecutivo para legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A. por el plazo de noventa (90) días calendario.
- 2.52 Como parte de dicha facultad, mediante Decreto Legislativo N° 1341, de fecha 6 de enero de 2017, se efectuaron modificaciones a la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, resaltando dentro de las mismas, la inclusión de una cláusula anticorrupción obligatoria en todos los contratos que se suscriban bajo el ámbito de aplicación de dicha normativa.
- 2.53 A ello debe agregarse que con la finalidad de implementar medidas anticorrupción al régimen de compras públicas se incluyeron dos nuevos impedimentos que buscan restringir la participación de aquellos proveedores que se han visto involucrados en delitos de corrupción o similares. Para tal efecto, se incorporan los literales m) y n) dentro del artículo 11 de la Ley.
- 2.54 En dicha medida, las propuestas contenidas en el Proyecto de Ley ya forman parte de la legislación de contrataciones, en defensa de los intereses del Estado y la lucha contra la corrupción en el ámbito de la contratación pública¹⁶.

F. Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN)

- 2.55 Mediante Oficio N° 13-2017-PROINVERSION/SG, que adjunta copia del Informe Legal N° 16-2017/OAJ, PROINVERSIÓN emitió opinión sobre el Proyecto de Ley. Al respecto, señala lo siguiente:
- 2.56 Respecto del objeto de la norma contenido en el artículo 1 del Proyecto de Ley, no es posible exigir mediante norma legal la incorporación de una cláusula anticorrupción en todos los contratos ya suscritos por el Estado con inversionistas, sin previo acuerdo entre las partes.
- 2.57 El artículo 62 de la Constitución Política del Perú señala en forma expresa que "... los términos contractuales no pueden ser modificados por ley expresa. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley". Adicionalmente, el Código Civil establece en su artículo 1354 que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la norma

¹⁶ Vale indicar que, en fecha 19 de marzo de 2017, se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Supremo N° 056-2017-EF que modifica el Reglamento de la Ley N° 30225, y mediante el cual se incorporan precisiones en relación con las cuestiones objeto de la presente propuesta normativa.



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE PROMOCIÓN
DE LA INVERSIÓN PRIVADA

"AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO"

legal de carácter imperativo, y el artículo 1356 del mismo cuerpo legal señala que las disposiciones de la ley sobre los contratos son supletorias a la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.

- 2.58 Lo antes expuesto presupone que en nuestro ordenamiento legal si el pacto inicial no fue contrario a norma expresa (porque no existía exigencia de la cláusula anticorrupción antes de la firma) no es posible exigir a la contraparte una modificación contractual basada en norma posterior. En este sentido, la propuesta normativa deviene inconstitucional y además contraviene el Código Civil.
- 2.59 Respecto de la inhabilitación para contratar con el Estado, se debe señalar que existe normativa vinculada a la responsabilidad administrativa de personas jurídicas que abarca la posibilidad de imponer la inhabilitación para contratar con el Estado, según lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1352, por lo que lo establecido en los artículos 4 y 5 del Proyecto de Ley sería reiterativo a lo expuesto en el citado decreto.
- 2.60 Debe precisarse además que el Decreto Legislativo N° 1352 regula in extenso respecto a la responsabilidad administrativa de personas jurídicas en caso de delitos, permitiendo la aplicación de multas, decomiso y otras medidas administrativas.

CONCLUSIONES

El presente Informe consolida las opiniones de las áreas técnicas correspondientes del Ministerio de Economía y Finanzas, así como la opinión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) sobre del Proyecto de Ley N° 863/2016-CR, Ley que dispone la aplicación de cláusula anticorrupción en los contratos de concesión de infraestructura y/o servicios.

Sobre el particular, se formulan las siguientes observaciones al Proyecto de Ley:

- 3.1 El Proyecto de Ley contrasta con el marco normativo constitucional y legal del Estado e impacta en los contratos de Asociación Público Privada suscritos, en tanto afecta la libertad de contratar y el principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú.
- 3.2 Respecto de la propuesta de incluir cláusulas anticorrupción en contratos de concesión de infraestructura y/o servicios y la inhabilitación para contratar con el Estado, es de notar que éstas ya forman parte de la normativa vigente referida tanto a las Contrataciones del Estado, dispuesta en la Ley N° 30225, recientemente modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, y su Reglamento, como a la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas, dispuesta en el Decreto Legislativo N° 1224, modificada por el Decreto Legislativo N° 1251, y su Reglamento.
- 3.3 Respecto de la propuesta de prohibir el cobro a usuarios cuando aún no se haya concluido la construcción de la infraestructura atenta contra la bancabilidad de los proyectos y carece de sustento técnico, dado que no evalúa ni aprecia la necesidad de hacer un uso eficiente de los recursos involucrados. Dependerá para cada caso la determinación de la estructura financiera y mecanismo de pago que alinee incentivos



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE PROMOCIÓN
DE LA INVERSIÓN PRIVADA

"AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO"

entre Estado y privado, asigne los riesgos de manera eficiente y genere mayor valor por dinero para el Estado.

- 3.4 La propuesta normativa de convocar un nuevo proceso de promoción colisiona con el compromiso asumido por el Estado Peruano en el marco del Contrato de Concesión suscrito, en el sentido de que una vez declarada la terminación de la concesión por la entidad concedente, se deberá realizar una subasta, lo que podría generar al Estado un eventual escenario de controversia internacional con el concesionario, así como una contingencia de carácter económico en relación con el cálculo del Valor Neto de Caducidad de la concesión.



- 3.5 La propuesta de devolución de pagos efectuados a través de los recibos de luz eléctrica por concepto del CASE excede el ámbito de aplicación de la Ley N° 30543, generando un contingente para el Estado Peruano, en tanto demanda la asignación de recursos públicos con el objeto de financiar los gastos que se generarían por dicha devolución.

Es todo cuanto tengo que informar.

Atentamente,



CAMILO CARRILLO PURÍN
DIRECTOR GENERAL
Dirección General de Política de Promoción
de la Inversión Privada