



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Despacho
Viceministerial de
Economía

Dirección General de
Política de Promoción
de la Inversión Privada

"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES"

Lima, 08 ENE. 2019

OFICIO N°08 -2019-EF/68.03

Señora
CECILIA MARGARITA BALCAZAR SUAREZ
Directora General
Dirección General de Infraestructura Educativa
MINISTERIO DE EDUCACION
Jr. Carabaya N° 650, Cercado de Lima
Presente.-

Asunto : Consulta en materia de Obras por Impuestos

Referencia: Oficio N° 4446-2018-MINEDU/VMGI-DIGEIE (HR N° 193024-2018).

Tengo el agrado de dirigirme a usted en relación al documento de la referencia, mediante el cual su Despacho formula diversas consultas relacionadas con la normativa aplicable al mecanismo de Obras por Impuestos.

En ese sentido, remito el Informe N°08 -2019-EF/68.03, elaborado por la Dirección de Promoción de Inversión Privada de esta Dirección General, el cual el suscripto hace suyo en todos sus extremos, para los fines pertinentes.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

GABRIEL DALY TURCKE
DIRECTOR GENERAL
Dirección General de Política de Promoción
de la Inversión Privada

eap-jml-jvc/GDT



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

"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES"

INFORME N° 004 -2019-EF/68.03

Para : Señor
GABRIEL DALY TURCKE
Director General
Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada

Asunto : Consulta en materia de Obras por Impuestos

Referencia : Oficio N° 4446-2018-MINEDU/DIGEIE (HR N° 193024-2018)

Fecha : Lima, 08 ENE. 2019

Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, mediante el cual, la Dirección General de Infraestructura Educativa del Ministerio de Educación formula diversas consultas relacionadas al mecanismo de Obras por Impuestos. Al respecto, se informa lo siguiente:

I. ANTECEDENTE:

- 1.1. La Dirección General de Infraestructura Educativa hace de conocimiento que el Ministerio de Educación cuenta a la fecha con 14 convenios suscritos para el financiamiento y ejecución de proyectos mediante la modalidad de Obras por Impuestos, incorporando en dichos convenios una cláusula referida a las penalidades (el cálculo diario y el monto máximo) en el marco de la vigencia del Decreto Supremo N° 409-2015-EF y el Decreto Supremo N° 036-2017-EF, es decir antes de la modificación del Reglamento de la Ley N° 29230 con el Decreto Supremo N° 212-2018-EF.

En ese escenario, formula las siguientes consultas:

1. El D.S. N° 212-2018-EF establece en su art. 83 que en el cálculo de la penalidad debe tomarse en cuenta el monto y el plazo de cada componente ¿a qué se refieren con "cada componente"? ¿La frase "cada obligación" es sinónimo de "cada componente"?
2. Considerando que la Segunda Disposición Complementaria Final del DS 212-2018-EF señala que "Los convenios y contratos de supervisión suscritos antes de la entrada en vigencia del presente reglamento deben adecuarse a las modificaciones establecidas en el presente Reglamento, en lo que resulte aplicable y no contravenga lo pactado en los mismos", ¿Cómo se efectúa la adecuación? ¿cuál es el procedimiento que debe aplicar la Entidad para efectuar la adecuación? ¿es necesario suscribir un adenda y, por ende, cumplir con lo señalado en el numeral 59.4 del art. 59 del DS 036-2017-EF?
3. Cuando se señala en la referida disposición complementaria que "*no contravenga lo pactado en los mismos*" ¿se refiere a todo aquello no regulado en el convenio? ¿a qué deben adecuarse todas las condiciones del convenio y adecuarse obligatoriamente al D.S. N° 212-2018-EF? o ¿a qué se refiere dicha disposición?
4. Considerando: i) Que la Segunda Disposición Complementaria Final del D.S. N° 212-2018-EF señala que "*Los convenios (...) deben adecuarse a las modificaciones establecidas en el presente Reglamento, en lo que resulte aplicable y no contravenga lo pactado en los mismos*", ii) Que el numeral 83.1 del art. 83 de dicho decreto supremo





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

“DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES”

señala que “(...) *La penalidad se genera automáticamente por cada día calendario de retraso injustificado (...) hasta alcanzar el diez por ciento (10%) del monto total de inversión cada obligación (...)*” y, iii) Que los convenios suscritos por MINEDU señalan como *tope máximo de la penalidad el 10% del monto total de inversión* ¿Deben adecuarse los convenios suscritos y contemplar como tope 10% del monto total de inversión de cada obligación o esta adecuación contraviene lo pactado?

5. En caso deban adecuarse los convenios suscritos y contemplar como tope el 10% del monto total de inversión de cada obligación ¿el nuevo tope es de aplicación retroactiva, es decir, se aplica para aquellas penalidades incurridas antes de la entrada en vigencia del D.S. N° 212-2018-EF?
6. En caso que no sea de aplicación retroactiva ¿desde cuándo se aplicaría el nuevo tope? ¿Desde que se adecúe el convenio -considerando la formalidad que disponga el MEF en atención a la pregunta N° 2- o desde la entrada en vigencia del DS 212-2018-EF? En caso la adecuación del convenio sea mediante la suscripción de la adenda ¿Esto implica que las disposiciones del D.S. N° 212-2018-EF no son de aplicación inmediata, sino que rigen estrictamente desde la suscripción de la adenda?
7. En caso el nuevo tope se aplique desde la entrada en vigencia del D.S. N° 212-2018-EF, pero la Entidad, después de la vigencia de dicho dispositivo aplicó penalidades considerando el tope anterior (10% del monto total de inversión) ¿Dichas penalidades deben dejarse sin efecto y recalcularse? ¿En caso la adecuación del convenio sea mediante la suscripción de la adenda, las penalidades aplicadas desde la entrada en vigencia del D.S. N° 212-2018-EF hasta antes de la suscripción de la adenda deben recalcularse?
8. En caso el nuevo tope se aplique desde que se adecúe el convenio considerando la formalidad que disponga el MEF en atención a la pregunta N° 2, pero la Entidad antes de la adecuación del convenio aplicó penalidades considerando el tope anterior (10% del monto total de inversión) ¿Las penalidades aplicadas (10% del monto total de inversión) desde la vigencia del D.S. N° 212-2018-EF hasta la fecha de adecuación del convenio deben dejarse sin efecto y recalcularse?
9. En el supuesto que la respuesta a la pregunta N° 4 -relativa a si debe adecuarse el convenio y contemplar como tope el 10% del monto total de inversión de cada obligación- sea que dicha adecuación recae en el marco de discrecionalidad de la Entidad, y por ende, la Entidad debe evaluar si adecúa o no dicho tope ¿cuáles son los criterios para que los funcionarios públicos adopten dicha decisión, más aún que con el nuevo tope se aplicaría un monto de penalidad inferior al pactado originalmente en el convenio?
10. Considerando el principio rector de Responsabilidad Fiscal, relativo a que las entidades públicas deben velar por el manejo responsable de las finanzas públicas, y que el monto íntegro de las penalidades constituyen ingreso del tesoro público ¿puede un funcionario público autorizar la adecuación al convenio para aplicar menores penalidades a las empresas inversionistas y/o entidades privadas supervisoras?
11. En el supuesto que de acuerdo al DS mencionado (212) deba ser obligatoria la adenda a todos los convenios suscritos con el marco anterior, como concordaría con lo establecido por el artículo 62 de la Constitución, que dispone “La libertad de contratar





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

"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES"

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. (...)".

12. Considerando que los convenios se suscribieron utilizando las cláusulas propuestas en los modelos aprobados por ProInversión, la cláusula décima quinta señala que la penalidad se genera hasta alcanzar como monto máximo el equivalente a un porcentaje determinado del monto total de inversión de corresponder ¿A qué hace referencia el monto total de inversión, al establecido en la cláusula tercera del convenio o a cada una de las obligaciones de la cual este se encuentra compuesto?

II. ANALISIS:

2.1. Respecto a los principios rectores bajo los cuales se desarrolla el mecanismo de Obras por Impuestos

El mecanismo de Obras por Impuestos se desarrolla con fundamento en los principios contenidos en el artículo 3 del Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley N° 29230, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 295-2018-EF (en adelante el TUO del Reglamento de la Ley N° 29230), de modo tal que sirvan de criterio de interpretación para la aplicación del mecanismo en todas sus fases para solucionar vacíos y como parámetros para la actuación de quienes intervengan en el mecanismo.

Bajo esa premisa, por el principio de confianza legítima, la entidad pública tiene el deber de cumplir con las disposiciones normativas vigentes, no pudiendo actuar de manera arbitraria ni variar irrazonable, inmotivada o intempestivamente la aplicación de la normativa vigente respecto del correcto cumplimiento de las disposiciones y procedimientos relacionados al mecanismo de Obras por Impuestos.

Asimismo, bajo el principio de eficacia y eficiencia, las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines metas y objetivos de la entidad pública, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.



En ese sentido, las decisiones que la entidad pública adopte en aquellos proyectos financiados y ejecutados bajo el mecanismo de Obras por Impuestos, deben cautelar el cumplimiento de los principios previstos en el artículo 3 del TUO del Reglamento de la Ley N° 29230 y el ordenamiento jurídico vigente, ello con el objeto de generar certidumbre en los actos y decisiones frente a las empresas privadas y en cumplimiento del principio de legalidad aplicable a la normativa del mecanismo de Obras por Impuestos.

2.2. Respecto a las consultas formuladas por la Dirección General de Infraestructura Educativa

Revisadas las consultas formuladas por la Dirección General de Infraestructura Educativa, resulta importante precisar que éstas fueron atendidas oportunamente mediante correo electrónico de fecha 06 de diciembre del 2018, justamente con el fin de generar mayor agilidad en la absolución de sus consultas, y de este modo evitar demoras innecesarias en la tramitación de los documentos de gestión entre entidades públicas.



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

"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES"

Por ello, atendiendo al principio de enfoque de gestión por resultados que rige al mecanismo de Obras por Impuestos, es de exclusiva responsabilidad de la entidad pública dar celeridad a sus actuaciones y evitar acciones que generen retrasos basados en meros formalismos.

Asimismo, es importante indicar que en el presente año 2018, el Ministerio de Educación a través de la Dirección General de Infraestructura Educativa ha formulado diversas consultas relacionadas a la aplicación de penalidades y que a continuación se detallan:

HOJA DE RUTA	DOCUMENTO	FECHA	ASUNTO	COMENTARIO
161801-2018	Oficio N° 3928-2018-MINEDU/VMGI-DIGEIE	19/10/2018	CONSULTA EN MATERIA DE OBRAS POR IMPUESTOS (APLICACIÓN DE PENALIDADES)	ATENDIDO CON OFICIO N° 134-2018-EF/68.03
126381-2018	Oficio N° 2687-2018-MINEDU/VMGI-DIGEIE	08/08/2018	CONSULTA SOBRE (EL TRATO DIRECTO EN LA EJECUCIÓN DEL CONVENIO DE INVERSIÓN Y MODIFICACIÓN DE CONVENIO MEDIANTE ADENDA)	ATENDIDO CON OFICIO N° 144-2018-EF/68.03

En ese sentido, se adjunta el correo electrónico de fecha 06 de diciembre del 2018, mediante el cual se dio atención a las consultas formuladas en el Informe N° 0068-2018-MINEDU/VMGI-DIGEIE-DIPLAN y Oficio N° 4446-2018-MINEDU/DIGEIE remitido por la Dirección General de Infraestructura Educativa del Ministerio de Educación.

2.3. Respecto a la aplicación de penalidades previsto en el artículo 83 del TUO del Reglamento de la Ley N° 29230



Respecto a la aplicación de penalidades, el numeral 83.1 del artículo 83 del TUO del Reglamento de la Ley N° 29230, es claro al indicar que ésta (la penalidad) se genera automáticamente por cada día calendario de retraso injustificado en la ejecución de cada una de las obligaciones establecidas en el Convenio, hasta alcanzar el 10% del monto total de inversión de cada obligación, sin incluir el componente de supervisión.

Asimismo, la Cláusula Décimo Quinta a la cual alude el numeral 3.10 del Informe N° 00668-2018-MINEDU/VMGIDIGEIE-DIPLAN da cuenta que el Convenio estableció que la aplicación de la penalidad se genera automáticamente por cada día calendario de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del convenio¹ (subrayado nuestro), hasta alcanzar como máximo el 4% del costo total de inversión o de su mantenimiento, de corresponder, pactado en el convenio, cuya ejecución este pendiente (subrayado nuestro).

En ese sentido, corresponderá a la entidad pública tomar la decisión de adecuar sus Convenios al nuevo marco normativo vigente, considerando lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 212-2018-EF y los aspectos señalados en el presente informe.

¹ Corresponde a la entidad pública en determinar cuáles son las prestaciones que forman parte del Convenio de Inversión suscrito con la empresa privada, las Bases del Proceso de Selección y las que se encuentran en ejecución inmediata, pudiendo ser: elaboración de expediente técnico, ejecución de obra, financiamiento del pago del supervisor y ejecución de actividades de mantenimiento.



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

"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES"

III. CONCLUSION:

- 3.1. Las consultas que absuelve la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada - DGPIP versan sobre la interpretación de la normativa del mecanismo de Obras por Impuestos en el marco de lo dispuesto en el artículo 5 del TUO del Reglamento de la Ley N° 29230.
- 3.2. Se adjunta el **correo electrónico de fecha 06 de diciembre del 2018**, mediante el cual se dio atención a las consultas formuladas en el Informe N° 0068-2018-MINEDU/MGI-DIGEIE-DIPLAN y Oficio N° 4446-2018-MINEDU/DIGEIE remitido por la Dirección General de Infraestructura Educativa del Ministerio de Educación.
- 3.3. El artículo 83 del TUO del Reglamento de la Ley N° 29230, establece la forma, el procedimiento y las condiciones para la aplicación de las penalidades, por cada componente, las cuales deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto materia del Convenio.
- 3.4. Correspondrá a la entidad pública tomar la decisión de adecuar sus Convenios al nuevo marco normativo vigente, considerando lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 212-2018-EF, y los aspectos señalados en el presente informe.

Es todo cuanto informo para los fines pertinentes,

Atentamente,

.....
JOAQUÍN VÁSQUEZ CÓRDOVA
Director
Dirección de Promoción de Inversión Privada

Adrianzen Persivale, Eda

De: Adrianzen Persivale, Eda
Enviado el: viernes, 4 de enero de 2019 06:34
Para: Adrianzen Persivale, Eda
Asunto: RE: Obras por Impuestos: Transitoriedad DS 212-2018-EF

De: CECILIA MARGARITA BALCAZAR SUAREZ [mailto:CBALCAZAR@minedu.gob.pe]

Enviado el: jueves, 06 de diciembre de 2018 07:12 p.m.

Para: Miranda Leo, Juan Pablo <jmirandal@mef.gob.pe>; ANA VALERIA DIEZ CHAVEZ REY <VDIEZ@minedu.gob.pe>
CC: Daly Turcke, Gabriel <gdaly@mef.gob.pe>; Adrianzen Persivale, Eda <eadrianzen@mef.gob.pe>; Quispe Zavala, Irene Victoria <iquispe@mef.gob.pe>

Asunto: RE: Obras por Impuestos: Transitoriedad DS 212-2018-EF

Mil gracias Juan Pablo.



CECILIA BALCÁZAR SUÁREZ

Directora General

Dirección General de Infraestructura Educativa - DIGEIE

Jr. Carabaya N° 650 – Cercado de Lima

Central Telefónica: 615-5960 anexo: 25202

Correo electrónico: cbalcazar@minedu.gob.pe

www.minedu.gob.pe

De: Miranda Leo, Juan Pablo [mailto:jmirandal@mef.gob.pe]

Enviado el: jueves, 06 de diciembre de 2018 06:44 p.m.

Para: CECILIA MARGARITA BALCAZAR SUAREZ; ANA VALERIA DIEZ CHAVEZ REY

CC: Daly Turcke, Gabriel; Adrianzen Persivale, Eda; Quispe Zavala, Irene Victoria

Asunto: Obras por Impuestos: Transitoriedad DS 212-2018-EF

Estimada Cecilia,

Previo cordial saludo, por encargo de Gabriel, remito las respuestas formuladas por ustedes respecto a la transitoriedad de las modificaciones del Reglamento de Obras por Impuestos.

Quedamos atentos a cualquier duda.

Atentamente,

Juan Pablo

NOTA DE CONFIDENCIALIDAD La información contenida en este correo es privilegiada, confidencial y solo de interés para el destinatario. La lectura, difusión, distribución o copia de este correo está prohibida. Si usted no es el destinatario legítimo del mismo, por favor repórtelo inmediatamente al remitente del correo y bórrelo.

CONFIDENTIALITY NOTE The information contained in this e-mail is privileged and confidential and is intended only

for its addressee. Any review, dissemination, distribution or copying of this e-mail is prohibited. If you have received it in error please delete the original message and e-mail us.

NOTA DE CONFIDENCIALIDAD La información contenida en este correo es privilegiada, confidencial y solo de interés para el destinatario. La lectura, difusión, distribución o copia de este correo está prohibida. Si usted no es el destinatario legítimo del mismo, por favor repórtelo inmediatamente al remitente del correo y bórrelo

CONFIDENTIALITY NOTE The information contained in this e-mail is privileged and confidential and is intended only for its addressee. Any review, dissemination, distribution or copying of this e-mail is prohibited. If you have received it in error please delete the original message and e-mail us.

NOTA DE CONFIDENCIALIDAD La información contenida en este correo es privilegiada, confidencial y solo de interés para el destinatario. La lectura, difusión, distribución o copia de este correo está prohibida. Si usted no es el destinatario legítimo del mismo, por favor repórtelo inmediatamente al remitente del correo y bórrelo

CONFIDENTIALITY NOTE The information contained in this e-mail is privileged and confidential and is intended only for its addressee. Any review, dissemination, distribution or copying of this e-mail is prohibited. If you have received it in error please delete the original message and e-mail us.

1. El DS 212-2018-EF establece en su art. 83 que en el cálculo de la penalidad debe tomarse en cuenta el monto y el plazo de cada componente ¿a qué se refieren con "cada componente"? ¿La frase "cada obligación" es sinónimo de "cada componente"?

La expresión "cada componente" se refiere a las obligaciones del proyecto, e.g. expediente técnico. En ese sentido, es correcto afirmar que "cada obligación" es sinónimo de "cada componente".

2. Considerando que la Segunda Disposición Complementaria Final del DS 212-2018-EF señala que "*Los convenios y contratos de supervisión suscritos antes de la entrada en vigencia del presente reglamento deben adecuarse a las modificaciones establecidas en el presente Reglamento, en lo que resulte aplicable y no contravenga lo pactado en los mismos*", ¿Cómo se efectúa la adecuación? ¿Cuál es el procedimiento que debe aplicar la Entidad para efectuar la adecuación? ¿Es necesario suscribir un adenda y, por ende, cumplir con lo señalado en el numeral 59.4 del art. 59 del DS 036-2017-EF?

Los convenios y contratos deben adecuarse mediante la firma de una Adenda.

3. Cuando se señala en la referida disposición complementaria que "*no contravenga lo pactado en los mismos*" ¿se refiere a todo aquello no regulado en el convenio? ¿A qué deben adecuarse todas las condiciones del convenio y adecuarse obligatoriamente al DS 212-2018-EF? o ¿A qué se refiere dicha disposición?

De acuerdo a lo establecido, se deben adecuar todas las cláusulas incluidas en el Convenio que, por mandato legal, las partes no pueden modificar. Tales como:

- Las penalidades.
- Los mayores trabajos de obra.
- La emisión de CIPRL.
- Fórmulas de reajustes.
- Garantía de fiel cumplimiento.
- Liquidación del proyecto.
- Anticorrupción.
- Responsabilidad por vicios ocultos.
- Obligación de contratar a entidad privada supervisora.
- Solución de controversias.
- Resolución del convenio.

4. Considerando: i) Que la Segunda Disposición Complementaria Final del DS 212-2018-EF señala que "*Los convenios (...) deben adecuarse a las modificaciones establecidas en el presente Reglamento, en lo que resulte aplicable y no contravenga lo pactado en los mismos*", ii) Que el numeral 83.1 del art. 83 de dicho decreto supremo señala que "(...) *La penalidad se genera automáticamente por cada día calendario de retraso injustificado (...) hasta alcanzar el diez por ciento (10%) del monto total de inversión cada obligación (...)*" y, iii) Que los convenios suscritos por MINEDU señalan como *tope máximo de la penalidad el 10% del monto total de inversión* ¿Deben adecuarse los convenios suscritos y contemplar como tope 10% del monto total de inversión de cada obligación o esta adecuación contraviene lo pactado?

Se deben adecuar las cláusulas de los contratos y convenios que, por mandato legal, las partes no brinda margen de discrecionalidad, incluyendo la cláusula de penalidades.

La cláusula de penalidades debe adecuarse de acuerdo al art. 83 del Reglamento de la Ley N° 29230, aprobado mediante D.S. 036-2017-EF y modificado por D.S. 212-2018-EF.

5. En caso deban adecuarse los convenios suscritos y contemplar como tope el 10% del monto total de inversión de cada obligación ¿el nuevo tope es de aplicación retroactiva, es decir, se aplica para aquellas penalidades incurridas antes de la entrada en vigencia del DS 212-2018-EF?

La Adenda no tiene efectos retroactivos.

6. En caso de que no sea de aplicación retroactiva ¿desde cuándo se aplicaría el nuevo tope? ¿Desde que se adecúe el convenio *-considerando la formalidad que disponga el MEF en atención a la pregunta N° 2-* o desde la entrada en vigencia del DS 212-2018-EF?

Las partes están obligadas a adecuar el Convenio desde la entrada en vigencia del DS 212-2018-EF, mientras que la Adenda entra en vigencia al momento de su suscripción y no tiene efectos retroactivos.

7. En caso el nuevo tope se aplique desde la entrada en vigencia del DS 212-2018-EF, pero la Entidad, después de la vigencia de dicho dispositivo aplicó penalidades considerando el tope anterior (10% del monto total de inversión) ¿Dichas penalidades deben dejarse sin efecto y recalcularse?

Las partes están obligadas en adecuar el Convenio desde la entrada en vigencia del DS 212-2018-EF, mientras que la Adenda entra en vigencia al momento de su suscripción y no tiene efectos retroactivos.

8. En caso el nuevo tope se aplique desde que se adecúe el convenio considerando la formalidad que disponga el MEF en atención a la pregunta N° 2, pero la Entidad antes de la adecuación del convenio aplicó penalidades considerando el tope anterior (10% del monto total de inversión) ¿Las penalidades aplicadas (10% del monto total de inversión) desde la vigencia del DS 212-2018-EF hasta la fecha de adecuación del convenio deben dejarse sin efecto y recalcularse?

Las partes están obligadas en adecuar el Convenio desde la entrada en vigencia del DS 212-2018-EF, mientras que la Adenda entra en vigencia al momento de su suscripción y no tiene efectos retroactivos.

9. En el supuesto que la respuesta a la pregunta N° 4 *-relativa a si debe adecuarse el convenio y contemplar como tope el 10% del monto total de inversión de cada obligación-* sea que dicha adecuación recae en el marco de discrecionalidad de la Entidad, y por ende, la Entidad debe evaluar si adecúa o no dicho tope ¿cuáles son los criterios para que los funcionarios públicos adopten dicha decisión, más aún que con el nuevo tope se aplicaría un monto de penalidad inferior al pactado originalmente en el convenio?

De acuerdo a la respuesta de la pregunta 3.), se deben adecuar las cláusulas de los contratos y convenios que, por mandato legal, las partes no brinda margen de discrecionalidad, incluyendo la cláusula de penalidades.

10. Considerando el principio rector de Responsabilidad Fiscal, relativo a que las entidades públicas deben velar por el manejo responsable de las finanzas públicas, y que el monto íntegro de las penalidades constituyen ingreso del tesoro público ¿puede un funcionario público autorizar la adecuación al convenio para aplicar menores penalidades a las empresas inversionistas y/o entidades privadas supervisoras?

Las partes están obligadas en adecuar el Convenio desde la entrada en vigencia del DS 212-2018-EF.

De acuerdo a la respuesta de la pregunta 3.), se deben adecuar las cláusulas de los contratos y convenios que, por mandato legal, las partes no brinda margen de discrecionalidad, incluyendo la cláusula de penalidades.

11. En el supuesto que de acuerdo al DS mencionado (212) deba ser obligatoria la adenda a todos los convenios suscritos con el marco anterior, como concordaría con lo establecido por el artículo 62 de la Constitución, que dispone “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. (...)*”.

El marco normativo de Obras por Impuestos, no permite a las partes en pactar, acordar o desarrollar la cláusula de penalidades; ordena a la Entidad Pública en aplicar automáticamente la penalidad, ante el retraso injustificado de las obligaciones a cargo de la Empresa Privada.

De acuerdo al art. 83 del Reglamento de la Ley N° 29230, el convenio debe establecer la fórmula, para efectos de calcular las penalidades, considerando el monto y el plazo de cada obligación, hasta alcanzar el 10% del monto total de inversión de cada obligación.

En este sentido, la modificatoria es concordante con el art. 62 de la Constitución, porque el marco legal de Obras por Impuestos, no permite a las partes en pactar la cláusula de penalidad.

Los términos contractuales que no pueden ser modificados por “leyes u otras disposiciones de cualquier clase” son:

- El objeto el monto total de inversión.
- Las obligaciones de la empresa privada y de la entidad pública correspondiente al saneamiento del terreno, obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y/o similares para la ejecución del proyecto.
- El plazo de ejecución del Convenio, de acuerdo a los procedimientos establecidos en el Reglamento.
- El financiamiento del costo de la supervisión.

HOJA DE PRE - DERIVACIÓN

Hoja de Ruta N° E-193024-2018

Remitente: MINISTERIO DE EDUCACION

NºDoc: OFICIO - 4446-2018-MINEDU/DIGEIE

Asunto: REMITE CONSULTAS EN MATERIA DE OBRAS POR IMPUESTOS

Unidades Orgánicas y Responsables:

Unidad Orgánica	Responsable	Observación
1 DIRECCION GENERAL DE POLITICA DE PROMOCION DE INVERSION PRIVADA	GABRIEL DALY TURCKE	

Instrucciones:

01 ACCIÓN NECESARIA	07 EMITIR OPINIÓN	13 PUBLICAR	19 SEGUIMIENTO
02 ADJUNTAR ANTECEDENTES	08 EVALUAR	14 RECOPILAR INFORMACIÓN	20 SU ATENCIÓN
03 ARCHIVAR	09 NOTIFICAR AL INTERESADO	15 REFRENDO Y VISACIÓN	21 VERIFICAR
04 CONOCIMIENTO	10 POR CORRESPONDERLE	16 REMITIR AL INTERESADO	22 AYUDA MEMORIA
05 INFORME	11 PREPARAR RESPUESTA	17 RESPONDER DIRECTAMENTE	23 RECOMENDACIONES
06 COORDINAR	12 PROYECTAR RESOLUCIÓN	18 REVISAR	24 OTROS

Otros:

Derivaciones a:	Instrucción:	Fecha:	V.B.	Observaciones:
Provincia	01	26.12.18	S	
Juan Pablo	01	27.12.18	Ju	





PERÚ

Ministerio
de Educación

Despacho
Viceministerial de
Gestión Institucional

Dirección General
de Infraestructura
Educativa

MINISTERIO DE EDUCACIÓN
DIGEIE
POLÍCIA N° 04

LaEducación
NoPara

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

25/5/16

Lima, 21 DIC. 2018

OFICIO N° 444/2018-MINEDU/DIGEIE

Señor:

GABRIEL DALY TURCKE

Director General

Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada

Ministerio de Economía y Finanzas

Jr. Junín N° 319 - Cercado de Lima

Presente.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
Oficina de Gestión Documental
y Atención al Usuario

26 DIC 2018

R E C I B I D O
Hora: 09:19 N° H.R.: 193024

Asunto : Consulta en materia de Obras por Impuestos

Referencia: Artículo 5 del Decreto Supremo N° 036-2017-EF y modificatoria

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted, en atención al artículo 5 del Decreto Supremo N° 036-2017-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 212-2018-EF, el cual señala que la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada es competente, en el marco de Obras por Impuestos, para emitir opinión vinculante, exclusiva y excluyente sobre la interpretación y al aplicación de la Ley, el Reglamento y sus normas complementarias.



Al respecto, se adjunta el Informe N° 668-2018-MINEDU/VMGI-DIGEIE-DIPLAN, elaborado por la Dirección de Planificación de Inversiones, por medio del cual se formulan las consultas a ser absueltas por su Despacho.

Sin otro particular, hago propicia la oportunidad para expresarle las muestras de mi especial consideración.

Atentamente,



CECILIA MARGARITA BALCAZAR SUÁREZ
Directora General
Dirección General de Infraestructura Educativa
MINISTERIO DE EDUCACIÓN

CMBS/PAL



PERÚ

Ministerio
de EducaciónDespacho
Viceministerial de
Gestión InstitucionalDirección General
de Infraestructura
EducativaDirección de Planificación
de InversionesMINISTERIO DE EDUCACIÓN
DGEIE
#LaEducación
NoParaO

"Decencia de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"AÑO DEL DIÁLOGO Y RECONCILIACIÓN NACIONAL"

INFORME 00668-2018-MINEDU/VMGI-DGEIE-DIPLAN

A : **PATRICIA ALVARADO LIZARME**
Directora de la Dirección de Planificación de Inversiones

De : **ISRAEL MENDOZA DE LA CRUZ**
Coordinador de Gestión de Inversiones

Asunto : Formular consultas en materia de Obras por Impuestos al Ministerio de Economía y Finanzas

Fecha : VIERNES, 21 DE DICIEMBRE DE 2018

Tengo el agrado de dirigirme a usted, a fin de señalar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

Con fecha 22 de setiembre de 2018, se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Supremo N° 212-2018-EF, a través del cual se modifica el Reglamento de la Ley N° 29230, Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado, aprobado por Decreto Supremo N° 036-2017-EF.

II. MARCO NORMATIVO:

- Constitución Política del Perú, promulgada el 29 de diciembre de 1993.
- Ley N° 29230, publicada el 20 de mayo del 2008, Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado (Ley de Obras por Impuestos), y sus modificatorias.
- Decreto Supremo N° 036-2017-EF, publicado el 01 de marzo de 2017, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29230, Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado; modificado mediante Decreto Supremo N° 212-2018-EF, publicado el 22 de setiembre de 2018 (en adelante, Reglamento OXI).
- Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, TUO de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.
- Decreto Supremo N° 001-2015-MINEDU, que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del MINEDU.



III. ANÁLISIS:

Sobre las funciones de la Dirección de Planificación de Inversiones y la Dirección General de Infraestructura Educativa.

3.1 La Dirección de Planificación de Inversiones (DIPLAN) de la Dirección General de Infraestructura Educativa (DGEIE) tiene la función de ejecutar el proceso



PERÚ

Ministerio
de EducaciónDespacho
Viceministerial de
Gestión InstitucionalDirección General
de Infraestructura
EducativaDirección de Planificación
de Inversiones# LaEducación
NoPara

de identificación, priorización, promoción y desarrollo de la cartera de proyectos APP, Obras por Impuestos y de otros mecanismos vinculados a la Inversión Público- Privada, conforme al literal d) del artículo 183º del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Ministerio de Educación (MINEDU).

Sobre el particular, según lo señalado en el literal f) del artículo 8º de la Resolución Ministerial N° 007-2018-MINEDU, la DIGEIE tiene la facultad de canalizar la formulación de consultas y las solicitudes de interpretación de carácter general referidas al mecanismo de Obras por Impuestos.

Sobre la atención de consultas por parte de la Dirección General de Políticas de Promoción de la Inversión Privada.

3.2 Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el numeral 5.1 del artículo 5 del Decreto Supremo N° 036-2017-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 212-2018-EF, la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (DGPPIP) del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) es competente, en el marco de Obras por Impuestos, para emitir opinión vinculante, exclusiva y excluyente sobre la interpretación y al aplicación de la Ley, el Reglamento y sus normas complementarias, así como canalizar las consultas o interpretaciones referidas al mecanismo de Obras por Impuestos.

Sobre la aplicación de las modificaciones efectuadas por el Decreto Supremo N° 212-2018-EF al Reglamento de Obra por Impuestos aprobado por el Decreto Supremo N° 036-2017-EF.

3.3 Con fecha 22 de setiembre de 2018 se publicó en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Supremo N° 212-2018-EF, el mismo que contiene una serie de modificaciones a la normativa relacionada a Obra por Impuestos.

3.4 El Ministerio de Educación, a la fecha, cuenta con 14 convenios suscritos para el financiamiento y ejecución de proyectos mediante la modalidad de obras por impuestos. En los convenios suscritos, se incorpora una cláusula referida a penalidades (el cálculo diario y el monto máximo). Al respecto, de acuerdo a la normativa vigente a la fecha de suscripción de los referidos convenios, la forma de cálculo de las penalidades se establece en el convenio de inversión.

3.5 Estos convenios de inversión se suscribieron durante la vigencia del Decreto Supremo N° 409-2015-EF y el Decreto Supremo N° 036-2017-EF; y antes de la modificación señalada en el numeral 3.3 del presente informe.

3.6 Al respecto, la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 212-2018-EF define el procedimiento para el cálculo de penalidades, el cual es distinto al procedimiento señalado en los convenios de inversión pública nacional que ha suscrito el Ministerio de Educación. Asimismo, indica que los convenios deben adecuarse al nuevo reglamento, en lo que resulta aplicable y no contravenga lo pactado.

3.7 En esta línea, es pertinente señalar que los convenios y contratos se adecúan mediante la firma de una adenda, cuando corresponde, cuyo procedimiento y





PERÚ

Ministerio
de EducaciónDespacho
Viceministerial de
Gestión InstitucionalDirección General
de Infraestructura
EducativaDirección de Planifi-
cación y de Inversiones

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

DIGEIE

POLÍTICA

POLÍTICA

LaEducación
NoPara

supuestos son regulados según el artículo 59 del D.S. N° 036-2017-EF. Al respecto, se entiende que, de acuerdo a lo establecido, se deben adecuar todas las cláusulas incluidas en el Convenio que, por mandato legal, actualmente tiene un tratamiento legal distinto al que regula el Convenio, así como incorporar aquellas regulaciones normativas que no se encuentran estipuladas.

El proceso de adecuación se vincula directamente con las penalidades comunicadas antes de la entrada en vigencia de las modificaciones reguladas por el Decreto Supremo N° 212-2018-EF, en la medida que los incumplimientos de los contratistas se han generado antes de la entrada en vigencia de la norma y éstas no se aplican retroactivamente.

3.8 En tal sentido, a fin de proceder con lo señalado en el referido Reglamento, se requiere la precisión del ente rector, en los siguientes extremos, principalmente:

- Precisar si se debe considerar la cláusula de penalidades dentro de las adecuaciones que deben realizarse en función a lo dispuesto por la nueva normativa.
- Señalar, considerando que la aplicación de dicha normativa es inmediata, si la forma de adecuación corresponde a una adenda.
- De ser la adenda el instrumento para realizar dicha adecuación, en caso corresponda, las penalidades notificadas desde la entrada en vigencia del reglamento hasta la suscripción de la adenda deben ser recalculadas.

3.9 Asimismo, es importante precisar qué relación existen entre el artículo 62 de la Constitución Política del Perú y la segunda disposición complementaria final, en la medida que los contratos y/o convenios no pueden ser modificados por normas legales.

3.10 Finalmente, considerando que, las penalidades en las que se incurrieron previo a la entrada en vigencia del D.S. 212-2018-EF deben ser calculadas en función a lo establecido en el convenio, cuya cláusula fue desarrollada en función al modelo de convenio de inversión pública aprobado por Acuerdo Proinversión N° 670-4-2015-DID en la Sesión de Consejo Directivo N° 670 del 20.04.2015, el mismo que establecía lo siguiente:



CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA: PENALIDADES

*Esp. Sec.
Sec. Obra*

LA EMPRESA PRIVADA incurrá en penalidad, sin perjuicio de lo establecido en las Bases que forman parte del este Convenio, cuando no haya concluido en la fecha establecida la ejecución de las prestaciones objeto del presente Convenio.

La penalidad se genera automáticamente por cada día calendario de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del convenio, hasta alcanzar como monto máximo el equivalente al cuatro por ciento (4%) del costo total de inversión o de su mantenimiento, de corresponder, pactado en el convenio, cuya ejecución esté pendiente. En cuyo caso, LA ENTIDAD PÚBLICA podrá resolver el presente Convenio, sin perjuicio de ejecutar la Garantía correspondiente.



Es necesario aclarar si el monto máximo señalado, calculado sobre el costo total de la inversión, se debe interpretar como el monto asociado a cada obligación (estudio definitivo y/o ejecución de la obra), lo cual se ha precisado en la modificación efectuada a través del Decreto Supremo N° 212-2018-EF.



PERÚ

Ministerio
de EducaciónDespacho
Viceministerial de
Gestión InstitucionalDirección General
de Infraestructura
EducativaDirección de Planificación
de Inversiones# LaEducación
NoPara

- 3.11 En este sentido, corresponde efectuar las siguientes consultas que están relacionadas a la aplicación de penalidades y a la adecuación del nuevo marco normativo a los convenios de inversión y sus respectivas adendas:

Consulta N° 1.- *El D.S. N° 212-2018-EF establece en su artículo 83 que en el cálculo de la penalidad debe tomarse en cuenta el monto y el plazo de cada componente ¿A qué se refieren con "cada componente"? ¿La frase "cada obligación" es sinónimo de "cada componente"?*

Consulta N° 2.- *Considerando que la Segunda Disposición Complementaria Final del D.S. N° 212-2018-EF señala que "Los convenios y contratos de supervisión suscritos antes de la entrada en vigencia del presente reglamento deben adecuarse a las modificaciones establecidas en el presente Reglamento, en lo que resulte aplicable y no contravenga lo pactado en los mismos", ¿Cómo se efectúa la adecuación? ¿Cuál es el procedimiento que debe aplicar la Entidad para efectuar la adecuación? ¿Es necesario suscribir un adenda y, por ende, cumplir con lo señalado en el numeral 59.4 del art. 59 del DS 036-2017-EF?*

Consulta N° 3.- *Cuando se señala en la referida disposición complementaria que "no contravenga lo pactado en los mismos" ¿Se refiere a todo aquello no regulado en el convenio? ¿A qué deben adecuarse todas las condiciones del convenio y adecuarse obligatoriamente al DS 212-2018-EF? o ¿A qué se refiere dicha disposición?*

Consulta N° 4.- *Considerando: i) Que la Segunda Disposición Complementaria Final del D.S N° 212-2018-EF señala que "Los convenios (...) deben adecuarse a las modificaciones establecidas en el presente Reglamento, en lo que resulte aplicable y no contravenga lo pactado en los mismos", ii) Que el numeral 83.1 del art. 83 de dicho decreto supremo señala que "(...) La penalidad se genera automáticamente por cada día calendario de retraso injustificado (...) hasta alcanzar el diez por ciento (10%) del monto total de inversión cada obligación (...) y, iii) Que los convenios suscritos por MINEDU señalan como tope máximo de la penalidad el 10% del monto total de inversión ¿Deben adecuarse los convenios suscritos y contemplar como tope 10% del monto total de inversión de cada obligación o esta adecuación contraviene lo pactado?*



Consulta N° 5.- *En caso deban adecuarse los convenios suscritos y contemplar como tope el 10% del monto total de inversión de cada obligación ¿el nuevo tope es de aplicación retroactiva, es decir, se aplica para aquellas penalidades incurridas antes de la entrada en vigencia del D.S. N° 212-2018-EF?*

Consulta N° 6.- *En caso de que no sea de aplicación retroactiva ¿desde cuándo se aplicaría el nuevo tope? ¿Desde que se adecúe el convenio - considerando la formalidad que disponga el MEF en atención a la pregunta N° 2- o desde la entrada en vigencia del DS 212-2018-EF? En caso la adecuación del convenio sea mediante la suscripción de la adenda, Esto implica que las disposiciones del D.S. N° 212-2018-EF no son de aplicación inmediata, sino que rigen estrictamente desde la suscripción de la adenda?*



Consulta N° 7.- *En caso el nuevo tope se aplique desde la entrada en vigencia del D.S N° 212-2018-EF, pero la Entidad, después de la vigencia de dicho dispositivo aplicó*



PERÚ

Ministerio
de EducaciónDespacho
Viceministerial de
Gestión InstitucionalDirección General
de Infraestructura
EducativaDirección de Planificación
de InversionesMINISTERIO DE EDUCACIÓN
DGEIE
POLÍTICA
La Educación
No Para

penalidades considerando el tope anterior (10% del monto total de inversión) ¿Dichas penalidades deben dejarse sin efecto y recalcularse? En caso la adecuación del convenio sea mediante la suscripción de la adenda, ¿Las penalidades aplicadas desde la entrada en vigencia del D.S N° 212-2018-EF hasta antes de la suscripción de la adenda, deben recalcularse?

Consulta N° 8.- En caso el nuevo tope se aplique desde que se adecue el convenio considerando la formalidad que disponga el MEF en atención a la pregunta N° 2, pero la Entidad antes de la adecuación del convenio aplicó penalidades considerando el tope anterior (10% del monto total de inversión) ¿Las penalidades aplicadas (10% del monto total de inversión) desde la vigencia del D.S N° 212-2018-EF hasta la fecha de adecuación del convenio deben dejarse sin efecto y recalcularse?

Consulta N° 9.- En el supuesto que la respuesta a la pregunta N° 4 -relativa a si debe adecuarse el convenio y contemplar como tope el 10% del monto total de inversión de cada obligación- sea que dicha adecuación recae en el marco de discrecionalidad de la Entidad, y por ende, la Entidad debe evaluar si adecúa o no dicho tope ¿Cuáles son los criterios para que los funcionarios públicos adopten dicha decisión, más aún que con el nuevo tope se aplicaría un monto de penalidad inferior al pactado originalmente en el convenio?

Consulta N° 10.- Considerando el principio rector de Responsabilidad Fiscal, relativo a que las entidades públicas deben velar por el manejo responsable de las finanzas públicas, y que el monto integral de las penalidades constituyen ingreso del tesoro público ¿Puede un funcionario público autorizar la adecuación al convenio para aplicar menores penalidades a las empresas inversionistas y/o entidades privadas supervisoras?

Consulta N° 11.- En el supuesto que de acuerdo al D.S N° 212-2018-EF deba ser obligatoria la adenda a todos los convenios suscritos con el marco anterior, como concordaría con lo establecido por el artículo 62 de la Constitución, que dispone "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. (...)".

Consulta N° 12.- Considerando que los convenios se suscribieron utilizando las cláusulas propuestas en los modelos aprobados por Proinversión, la cláusula décima quinta señala que la penalidad se genera hasta alcanzar como monto máximo el equivalente a un porcentaje determinado del Monto Total de Inversión, de corresponder, ¿A qué hace referencia el monto total de inversión, al establecido en la cláusula tercera del convenio o a cada una de las obligaciones de la cual este se encuentra compuesto?

Art 83 Las penalidades + Componentes y los corveos
12 Por lo antes señalado, se considera oportuno solicitarle a la DGPIP del MEF, en el marco de sus competencias, emitir opinión sobre la interpretación y aplicación del Reglamento en relación a las consultas contenidas en el presente informe.

IV. CONCLUSIONES:

Corresponde a la DGEIE remitir a la DGPIP del MEF, las consultas contenidas en el presente informe, a fin de obtener su pronunciamiento.

V. RECOMENDACIONES:

correspondiendo a la ¹⁰ interpretación
la obligación q se encuentra pendiente de
ser efectuado.

EL PERÚ PRIMERO

Finalmente, la Dirección
del informe, DGEIE
elaboró la
esta respuesta
a esta pregunta



PERÚ

Ministerio
de Educación

Despacho
Viceministerial de
Gestión Institucional

Dirección General
de Infraestructura
Educativa

Dirección de Planificación
de Inversiones

#LaEducación
NoPara

Se recomienda que, a través de la Dirección General de Infraestructura Educativa se remita el presente informe a la DGPIP del MEF, a fin de realizar las consultas, para lo cual se pone en consideración un proyecto de Oficio.

Es cuanto debo informar para conocimiento y fines que estime pertinentes.

Atentamente,


ISRAEL MENDOZA DE LA CRUZ
Coordinador Ejecutivo de Gestión de
Inversiones

Lima, 21 DIC. 2018

Con la conformidad de la funcionaria que suscribe, elévese el presente informe y sus antecedentes a la Dirección General de Infraestructura Educativa, para la atención correspondiente.


PATRICIA ALVARADO LIZARME
Directora de la Dirección de Planificación de
Inversiones

EL PERÚ PRIMERO