



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"
"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

Lima, 22 ENE. 2019

OFICIO N° 026 -2019-EF/68.03

Señor

JULIO ESCUDERO MEZA

Superintendente de Infraestructura Social y Relaciones Gubernamentales
Compañía Minera Antamina S.A.

Av. El Derby N° 055 Torre 1 Of. 801, Santiago de Surco, Lima

Presente.-

Asunto : Consultas relacionadas a la normativa aplicable al mecanismo de Obras por Impuestos

Referencia : a) Carta N° 659 2018-OXI (HR N° 162586-2018)
b) Carta N° 661-2018-OXI (HR N° 162588-2018)
c) Carta N° 678-2018-OXI (HR N° 164727-2018)

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en relación al documento de la referencia, mediante el cual nos solicita absolución de diversas consultas relacionadas a la normativa aplicable al mecanismo de Obras por Impuestos.

Al respecto, se remite el Informe N° 017 2019-EF/68.03 elaborado por la Dirección de Promoción de Inversión Privada de esta Dirección General, el cual el suscrito hace suyo en todos sus extremos, para los fines pertinentes.

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

Atentamente,

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



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"
"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

INFORME N° 017 -2019-EF/68.03

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

Asunto : Consultas relacionadas a la normativa aplicable al mecanismo de Obras por Impuestos

Referencia : a) Carta N° 659 2018-OXI (HR N° 162586-2018)
b) Carta N° 661-2018-OXI (HR N° 162588-2018)
c) Carta N° 678-2018-OXI (HR N° 164727-2018)

Fecha : Lima, **22 ENE. 2019**

Tengo el agrado de dirigirme a usted en relación a los documentos de la referencia, mediante los cuales la Compañía Minera Antamina S.A. formula diversas consultas relacionadas con el mecanismo de Obras por Impuestos. Al respecto, se informa lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1.1. Mediante la Carta N° 659-2018-OXI, la Compañía Minera Antamina S.A. manifiesta que, al suscribirse un Convenio de Inversión al amparo de la Ley N° 29230, se establece un vínculo contractual entre la entidad pública y la empresa privada por medio de la cual, ambas partes adquieren derechos y obligaciones, uno de ellos es recibir el CIPRL o CIPGN como contraprestación por la ejecución del proyecto, sin embargo, el artículo 92 del Reglamento de la Ley N° 29230, aprobado por el Decreto Supremo N° 036-2017-EF y su modificatoria (en adelante el Reglamento), establece que la emisión del último CIPRL o CIPGN está sujeto a la liquidación del Proyecto cuando su ejecución es mayor a 5 meses. En ese sentido, solicita se absuelva la siguiente consulta:

- Cuando se trate de un proyecto que tenga un plazo de ejecución mayor a cinco meses sin considerar el plazo de elaboración del expediente técnico, ¿También puede emitirse un CIPRL o CIPGN a la recepción por el último avance del proyecto, aún por un periodo menor a tres meses y otro CIPRL o CIPGN una vez aprobada o consentida la liquidación del convenio?

1.2. Con la Carta N° 661-2018-OXI, la Compañía Minera Antamina S.A. hace de conocimiento que, en el marco de los convenios de inversión pública suscritos con anterioridad a la vigencia del Decreto Supremo N° 212-2018-EF, se presentan situaciones que originan la ejecución de mayores trabajos de obra por cambios en





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”
“AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD”

las especificaciones o en el expediente técnico que son necesarios para lograr los fines del Convenio, sin embargo, las entidades públicas se niegan a aprobar dichos trabajos de obras conforme al procedimiento del mecanismo de Obras por Impuestos, pese a que la normativa del citado mecanismo establece disposiciones de carácter especial para la aprobación de los mayores trabajos de obra regulando condiciones, plazos y procedimiento a seguirse para su ejecución y reconocimiento respectivo.

En el escenario que resulte procedente la ejecución y el reconocimiento de los mayores trabajos de obra, siempre que la entidad pública notifique a la empresa el expediente de mayores de trabajos de obra aprobado por Resolución del Titular y se suscriba la adenda al Convenio de inversión en aplicación de los artículos 28 y 72 del Reglamento, formula las siguientes consultas:

- ¿Para la ejecución y reconocimiento de los mayores trabajos de obra, deben cumplirse todos los requisitos y procedimiento establecido en el artículo 72 del Reglamento de la Ley N° 29230, aprobado por el Decreto Supremo N° 036-2017-EF, debiendo considerarse estos requisitos como concurrentes?
- ¿Es condición para iniciar la ejecución de los mayores trabajos de obra que la empresa privada y la entidad pública hayan suscrito la adenda al Convenio, una vez que el expediente técnico de mayores trabajos se encuentre aprobado por la Entidad Pública y la empresa privada haya incrementado la garantía?
- ¿La sola aprobación del expediente técnico de mayores trabajos de obra no obliga a la empresa privada a ejecutarlos, pues para su ejecución se requiere previamente la suscripción de la adenda al convenio?



1.3. Finalmente, mediante la Carta N° 678-2018-OXI, la Compañía Minera Antamina S.A. formula las siguientes consultas:

- ¿Las variaciones o modificaciones al convenio de inversión durante la fase de ejecución producto de la elaboración del expediente técnico, son aprobados por el titular de la entidad pública y se incorporan al monto total de inversión, firmándose la respectiva adenda, para su reconocimiento en el CIPRL o CIPGN?
- ¿Las variaciones y/o modificaciones al convenio durante la fase de ejecución que resulten de los incrementos (mayores trabajos de obra – MTO) y/o deductivos, se aprueban por el Consejo Regional y el Concejo Municipal cuando se trate de Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales respectivamente, y se incorporan al monto total de inversión a través de una adenda para su reconocimiento en el CIPRL?

II. ANÁLISIS:

En el marco de la Décimo Novena Disposición Complementaria Final del Texto Único Ordenado de la Ley N° 29230, Ley que impulsa la inversión pública regional y local con



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"
"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

participación del sector privado, la DGPPIP procede a absolver las consultas formuladas que a continuación se detallan:

- **Quando se trate de un proyecto que tenga un plazo de ejecución mayor a cinco meses sin considerar el plazo de elaboración del expediente técnico, ¿También puede emitirse un CIPRL o CIPGN a la recepción por el último avance del proyecto, aún por un periodo menor a tres meses y otro CIPRL o CIPGN una vez aprobada o consentida la liquidación del convenio?**

Resulta oportuno indicar que la recepción de un proyecto tiene por finalidad verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en el expediente técnico y realizar las pruebas necesarias para comprobar el correcto funcionamiento de sus instalaciones y equipos.

Concordante con ello, el numeral 91.2 del artículo 91 del Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley N° 29230, aprobado por el Decreto Supremo N° 295-2018-EF (en adelante el TUO del Reglamento de la Ley N° 29230), establece que, en caso de proyectos cuyo plazo de ejecución, sin considerar plazo de elaboración de expediente técnico, sea mayor a cinco (5) meses, **se debe realizar la entrega de los CIPRL o CIPGN trimestralmente, por avances en la ejecución del proyecto**, situación que debe ser comunicada a la empresa privada desde la convocatoria al proceso de selección correspondiente, **pudiendo ser emitido el último CIPRL o CIPGN por un periodo menor a tres (3) meses.**

Conforme lo indicado, el numeral 91.2 del artículo 92 del TUO del Reglamento de la Ley N° 29230, establece dos actos: i) La emisión de CIPRL o CIPGN trimestralmente por avances en la ejecución del proyecto y, ii) la emisión del último CIPRL o CIPGN por un periodo menor a tres meses. Ambos actos se presentan antes o en la liquidación del Convenio y no posteriormente a ésta.

En ese sentido, la norma no permite la emisión del último CIPRL o CIPGN por el avance en la ejecución de un proyecto por un periodo menor a tres meses posterior a la aprobación o consentimiento de la liquidación del Convenio, toda vez que el efecto del consentimiento de la liquidación y efectuado el pago por ésta, es la culminación definitiva del Convenio y como consecuencia de ello, el cierre del expediente respectivo¹.

Finalmente, las bases del proceso de selección correspondiente determinan los criterios para definir los avances del proyecto y en el respectivo Convenio que se suscriba con la empresa privada se señala cada uno de los avances para la entrega de los CIPRL o CIPGN².

¹ Conforme lo dispuesto en el artículo 76 del TUO del Reglamento de la Ley N 29230.

² Artículo 92. Emisiones especiales de CIPRL o CIPGN

92.1 Los CIPRL o CIPGN deben emitirse por avances del proyecto conforme a lo siguiente.

(...)

En las bases del proceso de selección correspondiente se determinan los criterios para definir los avances del proyecto. En el respectivo Convenio que se suscriba con la empresa privada se señala cada uno de los avances para la entrega de los CIPRL o CIPGN.





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”
“AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD”

- **¿Para la ejecución y reconocimiento de los mayores trabajos de obra, deben cumplirse todos los requisitos y procedimiento establecido en el artículo 72 del Reglamento de la Ley N° 29230, aprobado por el Decreto Supremo N° 036-2017-EF, debiendo considerarse estos requisitos como concurrentes?**

Si. Conforme lo establece el artículo 28 del TULO del Reglamento de la Ley N° 29230, las variaciones aprobadas y convenidas con la entidad pública mediante adenda que signifiquen mayores trabajos de obra se reconocen conforme al artículo 72.

El artículo 72 de la acotada norma resulta aplicable excepcionalmente cuando se presenten variaciones en el monto total de inversión originado por la autorización de la entidad pública a la empresa privada para la realización de mayores trabajos de obra originado por la modificación a las especificaciones técnicas o a las condiciones originales de ejecución del proyecto.

- **¿Es condición para iniciar la ejecución de los mayores trabajos de obra que la empresa privada y la entidad pública hayan suscrito la adenda al Convenio, una vez que el expediente técnico de mayores trabajos se encuentre aprobado por la Entidad Pública y la empresa privada haya incrementado la garantía?**

No. Una vez aprobado que el expediente técnico de mayores trabajos se encuentre aprobado por la entidad pública y la empresa privada haya incrementado la garantía, la empresa privada puede continuar con la ejecución de los mayores trabajos de obra.

Conforme lo indican los artículos 28 y 30 del TULO del Reglamento de la Ley N° 29230, la adenda se suscribe **para el reconocimiento de las variaciones al monto de inversión del proyecto** originado por los mayores trabajos de obra, sin que ello suponga la paralización de los trabajos hasta que se suscriba la adenda, más aun si consideramos que en caso de incrementos en el monto de inversión durante la fase de ejecución del proyecto, la entidad pública debe contar con la certificación presupuestaria y/o compromiso de priorización de recursos, previo a la suscripción de la adenda al Convenio.

Finalmente, bajo el principio de enfoque de gestión por resultados, en la toma de decisiones las entidades públicas priorizan la finalidad pública actuando, entre dos o más alternativas legalmente viables, debiendo optar por aquella que permita la ejecución oportuna del proyecto, ello en concordancia con el literal i. del numeral 6 del artículo 3 del TULO del Reglamento de la Ley N° 29230.

- **¿La sola aprobación del expediente técnico de mayores trabajos de obra no obliga a la empresa privada a ejecutarlos, pues para su ejecución se requiere previamente la suscripción de la adenda al convenio?**

Conforme lo indicado en la respuesta precedente, bajo el principio de enfoque de gestión por resultados, en la toma de decisiones las entidades públicas priorizan la





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”
“AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD”

finalidad pública actuando, entre dos o más alternativas legalmente viables, **optar por aquella que permita la ejecución oportuna del proyecto**, ello en concordancia con el literal i. del numeral 6 del artículo 3 del TUO del Reglamento de la Ley N° 29230.

Conforme lo indican los artículos 28 y 30 del TUO del Reglamento de la Ley N° 29230, la adenda se suscribe **para el reconocimiento de las variaciones al monto de inversión del proyecto** originado por los mayores trabajos de obra, sin que ello suponga la paralización de los trabajos hasta que se suscriba la adenda.

- **¿Las variaciones o modificaciones al convenio de inversión durante la fase de ejecución producto de la elaboración del expediente técnico, son aprobados por el titular de la entidad pública y se incorporan al monto total de inversión, firmándose la respectiva adenda, para su reconocimiento en el CIPRL o CIPGN?**

Si. Conforme lo indicado en el artículo 28 del TUO del Reglamento de la Ley N° 29230, se reconocen las variaciones aprobadas y convenidas con la entidad pública mediante adenda, siempre que signifiquen mayores trabajos de obra.

Y para el caso de Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y Universidades Públicas, por tratarse de incrementos en el monto total de inversión en proyectos, el Titular de la entidad pública aprueba los mayores trabajos de obra, previa aprobación del Consejo Regional, Concejo Municipal o del Consejo Universitario, respectivamente, ello en concordancia con el artículo 4, el numeral 72.3 del artículo 72 del TUO del Reglamento de la Ley N° 29230 y bajo el principio de Responsabilidad fiscal, por medio del cual las entidades públicas deben, en todas las fases, velar por el manejo responsable de las finanzas públicas, sujetarse a los límites de deuda y al cumplimiento de las reglas fiscales.

- **¿Las variaciones y/o modificaciones al convenio durante la fase de ejecución que resulten de los incrementos (mayores trabajos de obra – MTO) y/o deductivos, se aprueban por el Consejo Regional y el Concejo Municipal cuando se trate de Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales respectivamente, y se incorporan al monto total de inversión a través de una adenda para su reconocimiento en el CIPRL?**

Si. Conforme se precisara en la respuesta precedente, por tratarse de incrementos en el monto total de inversión en proyectos, el Titular de la entidad pública del Gobierno Regional, del Gobierno Local o de las Universidades Públicas aprueba los mayores trabajos de obra, previa aprobación del Consejo Regional, Concejo Municipal o del Consejo Universitario, respectivamente, ello en concordancia con el artículo 4 el numeral 72.3 del TUO del Reglamento de la Ley N° 29230 y bajo el principio de Responsabilidad fiscal, por medio del cual las entidades públicas deben, en todas las fases, velar por el manejo responsable de las finanzas públicas, sujetarse a los límites de deuda y al cumplimiento de las reglas fiscales.





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"
"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

III. CONCLUSIONES:

- 3.1. Conforme lo indicado en el numeral 91.2 del artículo 92 del TUO del Reglamento de la Ley N° 29230 no permite la emisión del último CIPRL o CIPGN por el avance en la ejecución de un proyecto por un periodo menor a tres meses posterior a la aprobación o consentimiento de la liquidación del Convenio, toda vez que el efecto del consentimiento de la liquidación y efectuado el pago por ésta, es la culminación definitiva del Convenio y como consecuencia de ello, el cierre del expediente respectivo.
- 3.2. Conforme lo establece el artículo 28 del TUO del Reglamento de la Ley N° 29230, las variaciones aprobadas y convenidas con la entidad pública mediante adenda que signifiquen mayores trabajos de obra se reconocen conforme al artículo 72 de la acotada norma.
- 3.3. No es condición para iniciar la ejecución de los mayores trabajos de obra que la empresa privada y la entidad pública hayan suscrito la adenda al Convenio, una vez que el expediente técnico de mayores trabajos se encuentre aprobado por la Entidad Pública y la empresa privada haya incrementado la garantía, ya que la adenda es una condición para el reconocimiento de las variaciones al monto de inversión del proyecto, conforme lo indicado en los artículos 28 y 30 del TUO del Reglamento de la Ley N° 29230.
- 3.4. Conforme lo indicado en el artículo 28 del TUO del Reglamento de la Ley N° 29230, se reconocen las variaciones aprobadas y convenidas con la entidad pública mediante adenda, siempre que signifiquen mayores trabajos de obra.

Es todo cuanto informo para los fines pertinentes.

Atentamente,


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

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
Dirección General de Política de Promoción
de la Inversión Privada
26 OCT 2018
Hora:..... N° Reg.....
RECIBIDO EN LA FECHA

*original
de fotos*



Av. El Derby 055 Torre 1, Of. 801, Santiago de Surco, Lima 33 – Perú
Telf. /Phone (51-1) 217-3000 Fax (51-1) 217-3695

www.antamina.com

Carta N° 678 - 2018 – OXI

Lima, 26 de octubre de 2018

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. -



Asunto: Consultas relacionadas a las variaciones o modificaciones al convenio durante la fase de ejecución en el marco del Régimen de Obras por Impuestos previsto en la Ley N° 29230 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 036-2017-EF y sus modificatorias

De nuestra mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con el propósito de saludarlo cordialmente en nombre de Compañía Minera Antamina S.A., en adelante Antamina, y en el mío propio a efectos de formular consultas relacionadas a la aplicación de la normativa de Obras por Impuestos.

En el marco de la Ley N° 29230, Ley que impulsa la Inversión Pública Regional y Local con participación del Sector Privado (en adelante la "Ley") y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 036-2017-EF (en adelante el "Reglamento"), se regulan las variaciones o modificaciones al Convenio inicial en el Capítulo III: "Ejecución del Convenio de Inversión" del Título V, "De la fase de Ejecución" del Reglamento, el cual de manera diferenciada norma las modificaciones en dos Subcapítulos. Así, el Subcapítulo I: "De los Estudios" regula, entre otros, las variaciones durante la elaboración del expediente técnico, y el Subcapítulo II: "Ejecución del Proyecto" regula la ejecución física del proyecto y sus variaciones.

Como se sabe, con el Decreto Legislativo N° 1361 y el Decreto Supremo N° 212-2018-EF, se modificaron la Ley y Reglamento respectivamente, con la finalidad de hacer más eficiente y eficaz el régimen de obras por impuestos; sin embargo, el lenguaje utilizado en el reglamento resultaría un tanto ambiguo o dudoso, pues no se puede, a la primera impresión o lectura, descifrar con meridiana claridad la voluntad del legislador.

En este escenario, resulta importante que el ente rector aclare los alcances de las disposiciones del Reglamento vigente, absolviendo las consultas siguientes:

1. CONSULTAS Y ANÁLISIS

De forma previa, resulta pertinente precisar que hacemos un análisis a las consultas planteadas, de modo que el ente rector evalúe las expectativas del Sector Privado. Las consultas son las

1111 1111

siguientes:

1.1 ***¿Las variaciones o modificaciones al convenio de inversión durante la fase de ejecución producto de la elaboración del expediente técnico, son aprobadas por el Titular de la Entidad Pública y se incorporan al Monto Total de Inversión, firmándose la respectiva adenda, para su reconocimiento en el CIPRL o CIPGN?***

1.1.1 Al respecto, es importante precisar que el régimen de obras por impuestos prevé las condiciones¹ para las modificaciones al convenio de inversión durante la fase de ejecución del proyecto² que pueden originarse: *i) producto de la elaboración del expediente, y ii) en la ejecución física del proyecto.*

En ese contexto, el Reglamento establece las condiciones y procedimiento para aprobar las variaciones o modificaciones al convenio *producto de la elaboración del expediente técnico*, precisando en su artículo 66 lo siguiente:

***“Artículo 66. Reconocimiento de las variaciones en fase de ejecución
Las variaciones o modificaciones al convenio durante la fase de ejecución producto de la elaboración del estudio definitivo y/o documento de trabajo, se aprueban por el Titular de la Entidad Pública y se incorporan al Monto Total de Inversión, para su reconocimiento en el CIPRL o CIPGN. Para tal efecto, la Entidad Pública y la Empresa Privada firman la respectiva adenda al Convenio.”*** (Énfasis agregado).

Así, para perfeccionar la modificación al convenio de inversión *—a consecuencia de una variación producto de la elaboración del expediente técnico— se requiere únicamente de la aprobación del Titular³ de la Entidad Pública; es decir, del acto administrativo⁴ emitido por el Gobernador Regional, el Alcalde, el Rector o el Ministro, e incorporar dicho incremento al monto de inversión a través de una adenda al convenio, para su reconocimiento en el CIPRL o CIPGN.*

Daniel

¹ De acuerdo a lo establecido en la Décimo Tercera Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 29230, modificada por el Decreto Legislativo N° 1361, que establece lo siguiente:

“DÉCIMO TERCERA. Variaciones en la fase de ejecución

El monto de las variaciones o modificaciones al convenio durante la fase de ejecución del proyecto, no debe exceder del treinta por ciento (30%) del monto total de inversión considerado en el convenio inicial, en caso cuente con expediente técnico aprobado; ni del cincuenta por ciento (50%) del monto total de inversión considerado en el convenio inicial, en caso no cuente con expediente técnico aprobado, sin contar el monto de supervisión, en ambos casos.” (Énfasis nuestro).

² Conforme al numeral 12.2 del artículo 12 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1252, Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, aprobado por Decreto Supremo N° 027-2017-EF, ***“la fase de ejecución se inicia con la elaboración del expediente técnico (...) para los proyectos de inversión viables (...). Dicha elaboración debe sujetarse a la concepción técnica y dimensionamiento contenidos en la ficha técnica o estudio de preinversión, para el caso de los proyectos de inversión (...).*** (El resaltado es agregado).

³ De conformidad con lo establecido por el numeral 4.1 del artículo 4 del Reglamento, ***“el Titular de la Entidad Pública es responsable de aprobar, autorizar y supervisar los procedimientos aplicables al mecanismo de Obras por Impuestos”.***

⁴ ***“Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”.*** Numeral 1.1 del artículo 1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

De esta manera, la administración pública estaría obligada a aplicar esta disposición cuando se trate de modificar el convenio como consecuencia de la elaboración del expediente técnico, de conformidad con lo dispuesto por el Principio de Legalidad⁵, según el cual: “Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”.

- 1.1.2 En coherencia a ello, el artículo 59 del Reglamento en el numeral 59.1 prevé que “Las modificaciones al Convenio se materializan mediante la suscripción de adendas, siendo únicamente necesario la autorización y suscripción del Titular de la Entidad Pública y el representante de la Empresa Privada”. Asimismo, en el numeral 59.2 se estipula que el Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y Universidades Públicas deben considerar el tope máximo de capacidad anual publicado por el MEF, vigente a la fecha de suscripción de la adenda” (Subrayado y negritas agregados).

Tal como se aprecia, dichas disposiciones no hacen sino reafirmar la facultad que tiene el Titular de la Entidad Pública de aprobar y autorizar la modificación del convenio de inversión durante la fase de ejecución producto de la elaboración del expediente técnico, siempre que estas variaciones se sujeten a los Topes Máximos de Capacidad Anual⁶ (límites de emisión de CIPRL para GR/GL/UP).

Así, salvo el cumplimiento de los topes de emisión del certificado, la única obligación para modificar el convenio producto de la elaboración del expediente técnico, sería contar con la aprobación del titular de la Entidad Pública, firmando la adenda.

Por tanto, es el Titular de la Entidad Pública quien, dentro del límite que impone la ley y el convenio, aprueba las modificaciones o variaciones al convenio durante la elaboración del expediente técnico. Cabe advertir que esta prerrogativa pública de modificación unilateral⁷ del convenio es conferida a la Entidad Pública como garante del interés público⁸ en la ejecución del proyecto.

En relación con lo expuesto, cabe acotar que el primer párrafo del artículo 14 de la Ley⁹ dispone que “el Titular de la entidad pública es responsable del cumplimiento de lo establecido en la presente ley, su Reglamento, normas complementarias y las disposiciones establecidas en los convenios de inversión”.

Dromi

⁵ Consagrado en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

⁶ Aprobados por Decreto Supremo N° 167-2018-EF, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 21 de julio de 2018.

⁷ Según Dromi, por el principio de mutabilidad “(...) la Administración tiene competencia para variar por sí lo establecido en el contrato y alterar las prestaciones y condiciones de su cumplimiento”. (El resaltado es nuestro). DROMI, Roberto. *Licitación Pública*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, segunda edición, 1995, pág. 505.

⁸ Esta potestad respondería al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, pues se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina “cláusulas exorbitantes” que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público –como es el que subyace a las contrataciones del Estado– en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Las Cláusulas Exorbitantes*, en: THEMIS, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 39, Pág. 7.

⁹ Modificado mediante el Decreto Legislativo N° 1250 publicado en el “El Peruano” el 30 de noviembre de 2016.





Av. El Derby 055 Torre 1. Of. 801., Santiago de Surco Lima 33 – Perú
Telf. /Phone (51-1) 217-3000 Fax (51-1) 217-3695

www.antamina.com

- 1.1.3 A mayor abundamiento, la propia Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada del Ministerio de Economía y Finanzas¹⁰, ha puntualizado respecto al artículo 66 del Reglamento que “se aplica para el reconocimiento de las variaciones o modificaciones al Convenio durante la fase de ejecución resultado de la aprobación del Estudio Definitivo (...), para tal efecto, la Entidad Pública y la Empresa Privada firman la respectiva adenda al Convenio (...), siendo responsabilidad de la Entidad Pública su aprobación.”¹¹ (Énfasis es nuestro).
- 1.1.4 En ese sentido, puede concluirse que la normatividad de obras por impuestos¹² ha establecido de manera clara y precisa la competencia y procedimiento para aprobar las modificaciones al convenio originadas durante la elaboración del expediente técnico al variar las características o condiciones originales de ejecución establecidas en el convenio inicial.

En esta parte, se advierte que la norma no determina que “se requiera de la aprobación del Consejo Regional o Concejo Municipal” para las modificaciones al convenio de inversión.

En esa medida, en atención al Principio de *Confianza Legítima*¹³ y al Principio de *Eficacia y Eficiencia*¹⁴ -que sirven de parámetro para la actuación de quienes intervengan en la gestión de obras por impuesto¹⁵-la Entidad no podría imponer requisitos o procedimientos distintos a los señalados precedentemente, siendo obligatorio observar lo dispuesto en los artículos 59.2 y 66 del Reglamento, al modificar el convenio producto de la elaboración del expediente técnico, de forma tal que se asegure la consecución de la finalidad de la normativa de obras por impuestos.

Emel

¹⁰ De conformidad a la Décimo Novena Disposición Complementaria y Final de la Ley, “La DGPPIP (...) establece los lineamientos (...) para la adecuada aplicación de lo dispuesto en la presente norma; realiza el seguimiento de todas las fases del mecanismo de Obras por Impuestos; y emite opinión vinculante, exclusiva y excluyente, en el ejercicio de sus competencias y con relación a la interpretación y aplicación de la presente Ley, su Reglamento y demás normas complementarias”.

¹¹ Oficio N° 146-2017-EF/68.01 de fecha 17/07/2017 emitido a propósito de la consulta formulada por la empresa privada Antamina.

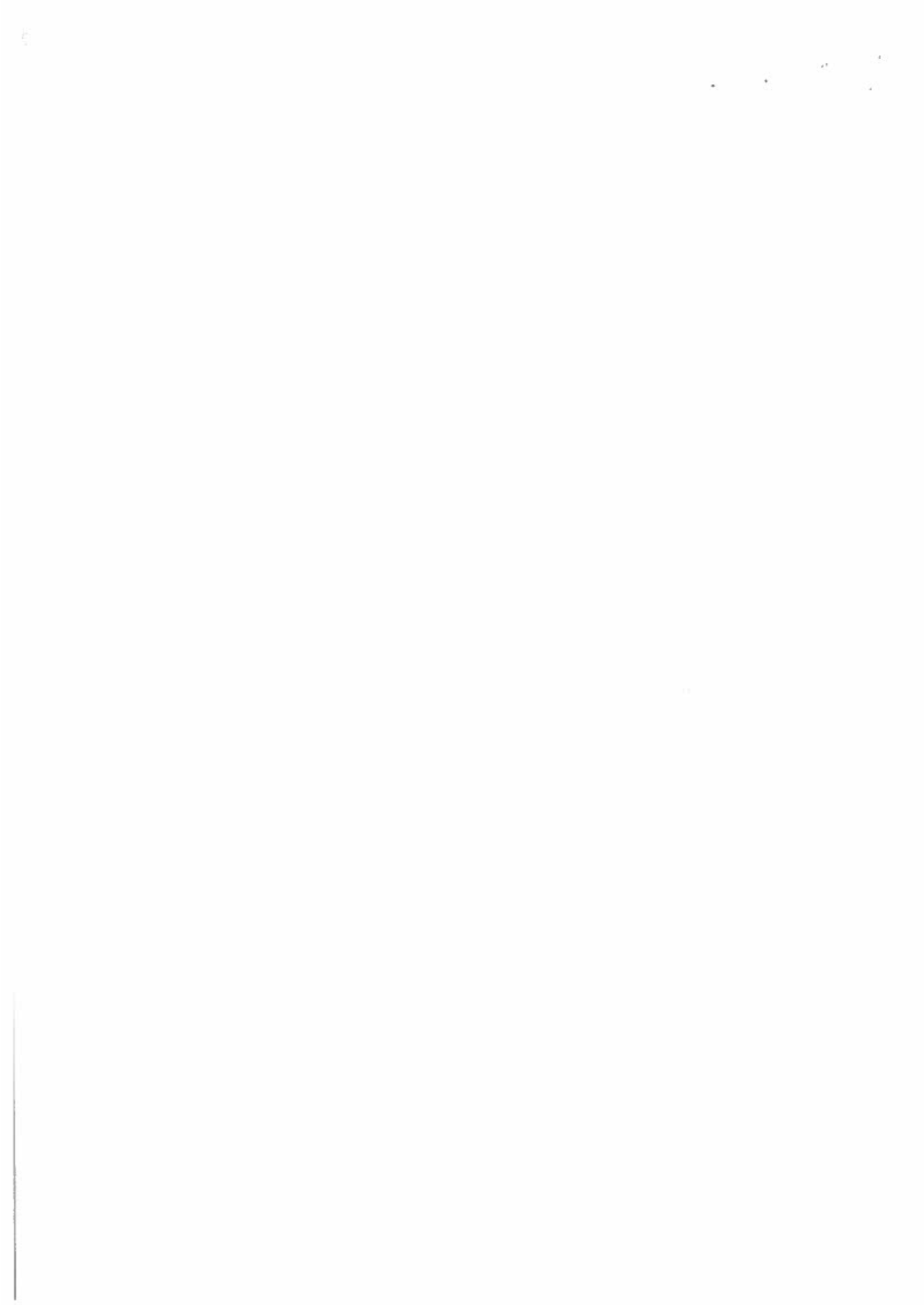
¹² La normativa de obras por impuestos está compuesta por la Ley N° 29230, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 036-2017-EF, las disposiciones establecidas en el convenio de inversión y las normas complementarias (documentos estandarizados) aprobadas por el Ministerio de Economía y Finanzas, así como sus modificatorias.

¹³ El Principio de Confianza Legítima nos hace saber que el Estado juega limpio, no fuerza ni utiliza interpretaciones antojadizas, es honesto, no engaña, no se beneficia con incentivos perversos en las acciones que realiza, es equilibrada y ponderada con el resultado de su actuación. La administración pública es justa.

¹⁴ Cabe señalar que en virtud del citado Principio, “El proceso de selección y 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” (Énfasis agregado).

¹⁵ “Artículo 3. Principios

El mecanismo de Obras por Impuestos se desarrolla con fundamento en los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público que resulten aplicables. Estos principios sirven de criterio de interpretación para la aplicación del mecanismo de Obras por Impuestos en todas sus fases, de integración para solucionar sus vacíos y como parámetros para la actuación de quienes intervengan en la aplicación del mecanismo.” (El subrayado es agregado).



2.2 ***¿Las variaciones y/o modificaciones al convenio durante la fase de ejecución que resulten de los incrementos (Mayores Trabajos de Obra - MTO) y/o deductivos, se aprueban por el Consejo Regional y el Concejo Municipal cuando se trate de Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales respectivamente, y se incorporan al monto total de inversión a través de una adenda para su reconocimiento en el CIPRL?***

2.2.1 Tal como se indicó en el análisis de la primera consulta, el régimen de obras por impuesto prevé las condiciones para las modificaciones al convenio inicial durante la fase de ejecución originadas i) producto de la elaboración del expediente (Subcapítulo I “De los estudios” – Capítulo III “Ejecución del Convenio de Inversión” del Título V del Reglamento), y ii) en la ejecución física del proyecto (Subcapítulo II “Ejecución del proyecto – Capítulo III “Ejecución del Convenio de Inversión” del Título V “De la Fase de Ejecución” del Reglamento).

Resulta pertinente indicar que la Directiva N° 003-2017-EF/63.01 “Directiva para la ejecución de las inversiones públicas en el marco del Sistema de Programación Multianual y Gestión de Inversiones”, establece en su artículo 1 que “la fase de ejecución del proyecto consta de dos etapas: 1) la elaboración del expediente técnico o documento equivalente, y 2) la ejecución física”.

Por su parte, el numeral 8.1 del artículo 8 “Ejecución física de las inversiones” de la indicada Directiva especifica que “la ejecución física de las inversiones públicas se inicia con la aprobación del expediente técnico o documento equivalente (...)”.

En ese orden de ideas, una vez aprobado el expediente técnico, toda referencia a “Ejecución del Proyecto” dentro del Subcapítulo II: Ejecución del proyecto, corresponde a la ejecución física del proyecto, donde la empresa privada se encontraría obligada a ejecutar el proyecto en las condiciones y plazo que se hubiera comprometido, a fin de alcanzar la finalidad pública que subyace en el Convenio de Inversión.

No obstante ello, tomando en consideración que durante la ejecución [física] del proyecto pueden surgir determinadas situaciones -no atribuibles a las partes- que dificulten la consecución del objetivo o finalidad que se persigue a través del convenio; la normativa de obras por impuestos ha previsto las modificaciones que pueden realizarse en el marco del convenio, tales como la aprobación de los mayores trabajos de obra (incremento en el monto total de inversión) y los deductivos (disminución del monto total de inversión) durante la ejecución física del proyecto, entre otras figuras reguladas por dicha normativa.

Así, el artículo artículo 28 del Reglamento¹⁶, establece lo siguiente, a saber:

“Artículo 28. Reconocimiento de la inversión

Mediante el mecanismo de Obras por Impuestos la Entidad Pública reconoce a la Empresa Privada el Monto Total de Inversión determinado en el Estudio Definitivo o sus modificatorias que apruebe la Entidad Pública.”



¹⁶ Aprobado por Decreto Supremo N° 036-2017-EF.



Av. El Derby 055. Torre 1. Of. 801. Santiago de Surco. Lima 33 – Perú
Telf. /Phone (51-1) 217-3000 Fax (51-1) 217-3695

www.antamina.com

Asimismo, se reconocen las variaciones aprobadas y convenidas con la Entidad Pública mediante adenda, siempre que signifiquen mayores trabajos de obra conforme al artículo 72. La Entidad Pública, a su vez, tiene derecho al ajuste en caso dichas variaciones signifiquen un menor trabajo de obra o disminución del Monto Total de Inversión. (Subrayado agregado).

El Anexo del Reglamento "Anexo de Definiciones y sigla", define a los mayores trabajos de obra como: "Aquellos no considerados en el Estudio Definitivo¹⁷, ni en el Convenio que resulta indispensable para dar cumplimiento a la meta prevista para el Proyecto".

Como se desprende de dichas disposiciones, la ejecución de mayores trabajos de obra (incrementos del monto total de inversión) regulados en el artículo 72 del Reglamento, suponen la ejecución de nuevas prestaciones o prestaciones diferentes a las originalmente pactadas, no previstas en el expediente técnico ni el convenio de inversión pero que resultan necesarias para que se cumpla la finalidad considerada en estos documentos.

En ese contexto, el artículo 72 del Reglamento, en su numeral 72.2 prevé que "**Aprobado el Estudio Definitivo, es decir en la etapa ejecución física, de manera excepcional, la Entidad Pública puede modificar el monto de inversión del Proyecto al autorizar a la Empresa Privada la ejecución de mayores trabajos de obra por modificaciones a las especificaciones técnicas o a las condiciones originales de ejecución del Proyecto, siempre que éstos resulten necesarios para alcanzar la finalidad del Convenio.**" (Resaltado agregado).

Asimismo, los numerales 72.4 y 72.5 del citado artículo especifican el procedimiento y los plazos para la aprobación de la ejecución de los mayores trabajos de obra, y precisa en su numeral 72.6 que "**Los mayores trabajos de obra son autorizados y aprobados únicamente por resolución del Titular de la Entidad Pública para su ejecución, dentro del plazo de diez (10) Días de recibido el informe de la Entidad Privada Supervisora. El documento que aprueba dicho expediente es notificado a la Empresa Privada al día siguiente de su emisión. Los mayores trabajos de obra aprobados durante la ejecución deben cumplir con la normatividad de Invierte.pe**". Y, asimismo, en su numeral 72.7 indica que "Notificado el expediente aprobado, la Empresa Privada está obligada a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento en la misma proporción a los mayores trabajos, dentro del plazo máximo de diez (10) Días desde su notificación. Ampliadas las garantías, la Entidad Pública y la Empresa Privada **deben firmar la adenda al Convenio.**" (Énfasis agregado).

Por su parte, el numeral 72.3 establece que "**Las variaciones y/o las modificaciones al convenio inicial que resulten de los incrementos y/o los deductivos durante la fase de ejecución [física], que modifiquen el monto total de inversión, son reconocidos por la Entidad Pública hasta el treinta por ciento (30%) del monto total de inversión considerado en el convenio inicial, en caso cuente con expediente técnico aprobado al momento de su suscripción; y, hasta el cincuenta por ciento (50%) considerado en el convenio inicial, en caso no cuente con expediente técnico aprobado al momento de su suscripción, en ambos casos no se considera el monto de supervisión.**"

¹⁷ Se considera Estudio Definitivo al expediente técnico, conforme al único Anexo del Reglamento, "Anexo de Definiciones y siglas" y al numeral 4.3 del artículo 4 del Decreto Supremo N° 212-2018-EF.



Av. El Derby 055. Torre 1. Of. 801., Santiago de Surco. Lima 33 – Perú
Telf. /Phone (51-1) 217-3000 Fax (51-1) 217-3695

www.antamina.com

En esa línea, donde toda referencia a fase de ejecución corresponde a la “ejecución física”, dicho numeral 72.3 al hablar de variaciones y/o modificaciones en la fase de ejecución, solo es posible entender que se refieren a las modificaciones excepcionales (MTO), dado que son las únicas variaciones que son posibles en la fase de ejecución física.

Finalmente, un requisito adicional¹⁸, para que se configure la ejecución y reconocimiento de los mayores trabajos de obra conforme al numeral 72.3, es que *“Las variaciones y/o las modificaciones al convenio inicial que resulten de los incrementos [MTO] y/o los deductivos durante la fase de ejecución, que modifiquen el monto total de inversión, son reconocidos por la Entidad Pública hasta el treinta por ciento (30%) del monto total de inversión considerado en el convenio inicial, en caso cuente con expediente técnico aprobado al momento de su suscripción; y, hasta el cincuenta por ciento (50%) considerado en el convenio inicial, en caso no cuente con expediente técnico aprobado al momento de su suscripción, en ambos casos no se considera el monto de supervisión.*

Para el caso de los Gobiernos Regionales, de los Gobiernos Locales o de las Universidades Públicas, se requiere la aprobación del Consejo Regional, del Concejo Municipal o del Consejo Universitario, según corresponda (...).” (Énfasis agregado).

- 2.2.2 De las disposiciones expuestas, se desprende que únicamente en caso el proyecto sea de competencia del Gobierno Regional o Gobierno Local, ante la aprobación de mayores trabajos de obra, la normativa de obras por impuestos prevé que la modificación al convenio; es decir, la suscripción de la adenda, requiere la aprobación del Consejo Regional o del Concejo Municipal.

Como se observa, a diferencia de lo que ocurre durante “LOS ESTUDIOS”, en la que la normativa de obras por impuestos ha establecido que las modificaciones al convenio producto de la elaboración del expediente técnico, son aprobadas por el Titular de la Entidad y se incorporan al monto total de inversión mediante adenda para su reconocimiento en el CIPRL; para la “EJECUCIÓN [FÍSICA] DEL PROYECTO” se ha previsto -en la normativa- que las modificaciones al convenio que resulten de los incrementos [MTO] que modifiquen el monto total de inversión durante la fase de ejecución física requieren de la aprobación del Consejo Regional o Concejo Municipal.

Agradeciendo la atención que brinde a la presente, hago propicia la ocasión para expresar a usted los sentimientos de mi más distinguida consideración y estima.

Atentamente,


Julio Escudero Meza
Superintendencia de Infraestructura Social y
Relaciones Gubernamentales

¹⁸ Introducido por el Decreto Supremo N° 212-2018-EF, vigente a partir del 23 de setiembre de 2018.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
Dirección General de Política de Promoción
de la Inversión Privada
23 OCT 2018
Hora:..... N° Reg.....
RECIBIDO EN LA FECHA

original

os folio

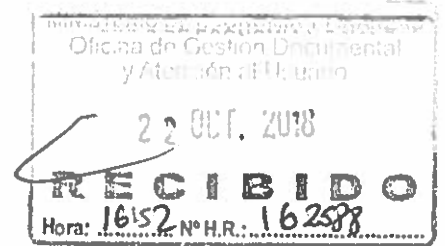


Av. El Derby 055. Torre 1. Of. 801., Santiago de Surco. Lima 33 – Perú
Telf. /Phone (51-1) 217-3000 Fax (51-1) 217-3695
www.antamina.com

Carta N° 661 - 2018 – OXI

Lima, 22 de octubre de 2018

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. -



Asunto : Consultas relacionadas a la ejecución y reconocimiento de mayores trabajos de obra en el marco del régimen de obras por impuestos prevista en la Ley N° 29230 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 036-2017-EF

De nuestra mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con el propósito de saludarlo cordialmente a nombre de Compañía Minera Antamina S.A., en adelante Antamina, y en el mío propio

En el marco de los convenios de inversión pública, *suscritos con anterioridad a la vigencia del Decreto Supremo N° 212-2018-EF*, se presentan situaciones que originan la ejecución de mayores trabajos de obra, por cambios en las especificaciones o en el expediente técnico, y que son necesarios para lograr los fines del convenio.

No obstante, las Entidad Públicas se niegan aprobar dichos mayores trabajos de obra conforme al procedimiento de la normativa de obras por impuestos, haciendo una interpretación equivocada de sus disposiciones.

En este escenario, y con la finalidad de lograr del ente rector la debida interpretación de los alcances de la Ley N° 29230, Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado (en adelante la Ley), y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 036-2017-EF (en adelante el Reglamento), requerimos que se fijen los criterios que orienten a las Entidades Públicas y empresas privadas a la toma de decisiones en materia de aprobación y ejecución de mayores trabajos de obra.

I. Análisis

El segundo párrafo del artículo 28 del Reglamento¹, establece lo siguiente, a saber:

¹ Aprobado por Decreto Supremo N° 036-2017-EF.



04

Av. El Derby 055. Torre 1. Of. 801., Santiago de Surco. Lima 33 – Perú
Telf. /Phone (51-1) 217-3000 Fax (51-1) 217-3695
www.antamina.com

“Artículo 28. Reconocimiento de la inversión

Mediante el mecanismo de Obras por Impuestos la Entidad Pública reconoce a la Empresa Privada el Monto Total de Inversión determinado en el Estudio Definitivo o sus modificatorias que apruebe la Entidad Pública.”

Asimismo, se reconocen las variaciones aprobadas y convenidas con la Entidad Pública mediante adenda, siempre que signifiquen mayores trabajos de obra conforme al artículo 72. La Entidad Pública, a su vez, tiene derecho al ajuste en caso dichas variaciones signifiquen un menor trabajo de obra o disminución del Monto Total de Inversión.” (Énfasis agregado).

Por su parte el Anexo del Reglamento “Anexo de Definiciones y sigla”, define a los mayores trabajos de obra como: “*Aquellos no considerados en el Estudio Definitivo², ni en el Convenio que resulta indispensable para dar cumplimiento a la meta prevista para el Proyecto*”.

Como se desprende de dicha definición, la ejecución de mayores trabajos de obra supone la ejecución de nuevas prestaciones o prestaciones diferentes a las originalmente pactadas, no previstas en el expediente técnico ni el convenio de inversión pero que resultan necesarias para que se cumpla la finalidad considerada en estos documentos. Por lo tanto, una vez aprobados los mayores trabajos de obra y suscrita la adenda entre la Entidad Pública y la empresa privada, tales prestaciones integrarán el convenio y, en consecuencia, serán de obligatorio cumplimiento.

En ese contexto, el artículo 72 del Reglamento, en su numeral 72.2 prevé que “*Aprobado el Estudio Definitivo, de manera excepcional, la Entidad Pública puede modificar el monto de inversión del Proyecto al autorizar a la Empresa Privada la ejecución de mayores trabajos de obra por modificaciones a las especificaciones técnicas o a las condiciones originales de ejecución del Proyecto, siempre que éstos resulten necesarios para alcanzar la finalidad del Convenio.*”.

Asimismo, los numerales 72.4 y 72.5 del citado artículo especifican el procedimiento y los plazos para la aprobación de la ejecución de los mayores trabajos de obra, y precisa en su numeral 72.6 que “*Los mayores trabajos de obra son autorizados y aprobados únicamente por resolución del Titular de la Entidad Pública para su ejecución, dentro del plazo de diez (10) Días de recibido el informe de la Entidad Privada Supervisora. El documento que aprueba dicho expediente es notificado a la Empresa Privada al día siguiente de su emisión. Los mayores trabajos de obra aprobados durante la ejecución deben cumplir con la normatividad de Invierte.pe.” (Resaltado nuestro).*

Finalmente, un requisito adicional para que se configure la ejecución y reconocimiento de los mayores trabajos de obra, conforme al numeral 72.7 del referido artículo, es que “*Notificado el expediente aprobado, la Empresa Privada está obligada a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento en la misma proporción a los mayores trabajos, dentro del plazo máximo de diez (10) Días desde su notificación. Ampliadas las garantías, la Entidad Pública y la Empresa Privada deben firmar de la adenda al Convenio.*” (Énfasis agregado).

² Se considera Estudio Definitivo al expediente técnico, conforme al único Anexo del Reglamento, “Anexo de Definiciones y siglas” y al numeral 4.3 del artículo 4 del Decreto Supremo N° 212-2018-EF.



Av. El Derby 055. Torre 1. Of. 801., Santiago de Surco. Lima 33 – Perú
Tel. /Phone (51-1) 217-3000 Fax (51-1) 217-3695
www.antamina.com

Como se advierte, la normatividad de obras por impuesto³, a diferencia de otra normativa, establece disposiciones de carácter especial para la aprobación de los mayores trabajos de obra, regulando las condiciones, plazos y procedimiento a seguirse para su ejecución y reconocimiento respectivo.

De esta manera, para que se configure un MTO y, por ende, pueda ejecutarse y reconocerse, es necesario se verifiquen las condiciones siguientes: (i) que la necesidad de los mayores trabajos de obra se anote en el cuaderno de obra por el ejecutor del proyecto; (ii) que la Entidad Pública autorice a la empresa privada elaborar el expediente de los mayores trabajos de obra; (iii) que la Entidad Pública cuente con tope máximo de capacidad anual⁴ o disponibilidad presupuestal con cargo a su presupuesto; (iv) que el Titular de la Entidad dentro del límite que impone la Ley - Principio de Legalidad⁵ - apruebe el expediente de mayores trabajos de obra y lo notifique a la empresa privada; (v) que notificado el expediente aprobado, la empresa privada amplíe la garantía de fiel cumplimiento; y, (vi) que ampliada la garantía, la Entidad y empresa privada firmen la adenda al Convenio de Inversión; **debiendo considerarse estos requisitos como concurrentes.**

En esa dirección, a nuestro entender, *no basta que la Entidad Pública apruebe el expediente de los Mayores Trabajos de Obra, sino que, además, son condiciones para la ejecución y reconocimiento de los mayores trabajos de obra, que la Entidad Pública notifique a la empresa privada el expediente de MTO aprobado y, una vez notificada, la empresa privada amplíe la garantía de fiel cumplimiento y, de manera conjunta con la Entidad Pública, firme la adenda al Convenio, para que en virtud a este documento pueda ejecutar los mayores trabajos de obra en la forma y plazo establecido, ya que - conforme se indicó-, para que sea exigible la obligación de ejecución de mayores trabajos de obra (nuevas prestaciones o prestaciones diferentes a las originalmente pactadas) debe formar parte del Convenio, y para que esto suceda debe suscribirse la adenda; por lo que no se le podría exigir a la Empresa Privada el inicio de los MTO sin que previamente se haya firmado la adenda, suponer lo contrario dejaría expuesta a la Empresa Privada a un riesgo de no reconocimiento de la inversión.*

A mayor abundamiento, la normativa de obras por impuestos estipula que para iniciar la ejecución de la obra se requiere del Convenio suscrito⁶, donde se fijan las obligaciones iniciales; desde esa perspectiva los

³ La normativa de obras por impuestos está compuesta por la Ley N° 29230, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 036-2017-EF, las disposiciones establecidas en el convenio de inversión y las normas complementarias (documentos estandarizados) aprobadas por el Ministerio de Economía y Finanzas, y sus normas modificatorias.

⁴ Aprobado por Decreto Supremo N° 167-2018-EF, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 21 de julio de 2018.

⁵ Consagrado en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, según el cual "Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas".

⁶ De conformidad con el numeral 54.2 del artículo 54 del Reglamento, que establece:

***Artículo 54. Obligación de suscribir el convenio**

(...)

54.2 En ningún caso se podrá iniciar la ejecución del Proyecto si previamente no se ha cumplido con lo siguiente:

- a. Que la Entidad Pública haya contratado a la Entidad Privada Supervisora o, en caso correspondiente, que haya designado al supervisor del Estudio Definitivo en caso correspondiente; y,
- b. Que se haya suscrito el Convenio correspondiente. (El resaltado es agregado).



Av. El Derby 055. Torre 1. Of. 801., Santiago de Surco. Lima 33 – Perú
Telf. /Phone (51-1) 217-3000 Fax (51-1) 217-3695

www.antamina.com

mayores trabajos de obra, al calificar como nuevas obligaciones o nuevas prestaciones o prestaciones diferentes a las originalmente pactadas, requieren de adenda para su ejecución –de manera análoga al tratamiento de exigir la firma del Convenio para el inicio de ejecución de la obra–, por tanto, en ningún caso se podría iniciar con estas nuevas obligaciones (MTO) sin que se haya suscrito la Adenda correspondiente.

En línea con el criterio desarrollado, el Ministerio de Economía y Finanzas⁷, en atención a consultas vinculadas a la aprobación de los mayores trabajos de obra, ha determinado que:

“a efectos que proceda cualquier adicional de obra en un Proyecto ejecutado bajo el mecanismo de la Ley 29230, el Proyecto de Inversión Pública debe haber cumplido con las disposiciones que el Sistema Nacional de Inversión Pública establece para tales fines, para lo cual deberá firmarse la adenda correspondiente al Convenio de Inversión Pública con la empresa privada que financia y/o ejecuta el Proyecto.” (El resaltado es nuestro).

En ese mismo sentido, dicho ente rector⁸, ha determinado que:

“Por lo tanto, los mayores trabajos de obra se reconocen, siempre y cuando, se cumpla con lo siguiente:

- 1) Resolución del Titular de la Entidad Pública que autorice su ejecución.***
- 2) Ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento en la misma proporción a los mayores trabajos de obra.***
- 3) Adenda suscrita entre la Entidad Pública y la empresa privada.”*** (Énfasis es nuestro)

En síntesis, resultaría procedente la ejecución y reconocimiento de los mayores trabajos de obra, siempre que la Entidad Pública notifique a la empresa el expediente de mayores trabajos de obra aprobado por resolución del Titular y se suscriba la adenda al Convenio de Inversión, en aplicación de los artículos 28 y 72 del Reglamento.

No es posible entender dichas disposiciones en otro sentido, es decir, que la ejecución de los mayores trabajos de obra pueda realizarse sin que previamente se haya suscrito la adenda, pues dicha interpretación carecería de todo fundamento y no estaría respaldada en los principios, finalidad y normas del régimen de obras por impuestos.

II. Consultas

De acuerdo al análisis desarrollado, pedimos absolver lo siguiente:

⁷ En el Oficio N°002-2015-EF/68.01 del 07/01/2015, emitido por la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada <https://www.mef.gob.pe/es/obras-por-impuestos/respuestas-a-consultas>

⁸ En el Oficio N°418-2017-EF/68.01 del 07/12/2017, con ocasión de absolver la cuarta consulta a la Municipalidad Distrital Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa, <https://www.mef.gob.pe/es/obras-por-impuestos/respuestas-a-consultas>

Emel



Av. El Derby 055. Torre 1. Of. 801., Santiago de Surco. Lima 33 – Perú
Telf. /Phone (51-1) 217-3000 Fax (51-1) 217-3695
www.antamina.com

1. "Para la ejecución y reconocimiento de los mayores trabajos de obra, deben cumplirse todos los requisitos y procedimiento establecido en el artículo 72 del Reglamento de la Ley 29230, aprobado por Decreto Supremo N° 036-2017-EF, debiendo considerarse estos requisitos como concurrentes"

2. "Es condición para iniciar la ejecución de los mayores trabajos de obra que la empresa privada y Entidad Pública hayan suscrito la Adenda al Convenio, una vez que el expediente técnico de mayores trabajos se encuentre aprobado por la Entidad Pública y la empresa privada haya incrementado la garantía"

3. "La sola aprobación del expediente técnico de mayores trabajos de obra, no obliga a la empresa privada a ejecutarlos, pues para su ejecución se requiere previamente la suscripción de la adenda al convenio"

Agradeciendo la atención que brinde a la presente, hago propicia la ocasión para expresar a usted los sentimientos de mi más distinguida consideración y estima.

Atentamente,

Julio Escudero Meza
Superintendente de Infraestructura Social y
Relaciones Gubernamentales
Compañía Minera Antamina S.A.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
Dirección General de Política de Promoción
de la Inversión Privada
23 OCT 2018
Hora:..... N°Reg.....
RECIBIDO EN LA FECHA

Original
04 folios

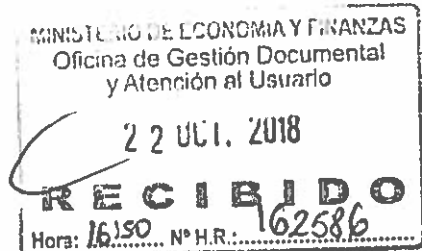


Av. El Derby 055. Torre 1. Of. 801., Santiago de Surco. Lima 33 – Perú
Tel./Phone (51-1) 217-3000 Fax (51-1) 217-3695
www.antamina.com

Carta N° 659 - 2018 – OXI

Lima, 22 de octubre de 2018

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. -



Asunto: Consultas relacionadas a la emisión del CIPRL o CIPGN por la recepción y por la liquidación de proyectos que superen los 5 meses de ejecución al amparo de Convenio de Inversión suscrito en el marco del Régimen de Obras por Impuestos previsto en la Ley N° 29230 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 036-2017-EF y sus modificatorias

De nuestra mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con el propósito de saludarlo cordialmente en nombre de Compañía Minera Antamina S.A., en adelante Antamina, y en el mío propio

Al suscribirse un Convenio de Inversión, al amparo de la Ley N° 29230, Ley que impulsa la Inversión Pública Regional y Local con participación del Sector Privado, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 036-2017-EF, se establece un vínculo contractual entre la Entidad Pública y la Empresa Privada, por medio del cual ambas partes adquieren derechos y obligaciones.

Así, uno de los principales derechos que adquiere la Empresa Privada es recibir el CIPRL o CIPGN como contraprestación por la ejecución del proyecto, en tanto que la Entidad Pública, una vez que recibe el proyecto culminado o sus avances, en las condiciones acordadas, se obliga a cancelar –mediante CIPRL o CIPGN– a la Empresa Privada por los avances o proyecto ejecutado.

Al respecto, el artículo 91.2 del artículo 91 del Reglamento¹ de la Ley N° 29230, regula el procedimiento para la emisión de dichos Certificados cuando el Proyectos tenga un plazo de ejecución de hasta 5 meses, precisando lo siguiente:

"Artículo 91. Emisión de los CIPRL o CIPGN

(...)

91.2 Para el caso de proyectos cuyo plazo de ejecución, sin considerar el plazo de elaboración del estudio definitivo [expediente técnico], sea hasta cinco (5) meses, el reconocimiento de la inversión se realiza con la emisión de un (1) CIPRL o CIPGN a la recepción del proyecto y un (1) CIPRL o CIPGN una vez aprobada o consentida la liquidación del proyecto.

Dmal

¹ Modificado por el Decreto Supremo N° 212-2018-EF publicado el 22 de setiembre de 2018.





Av. El Derby 055. Torre 1. Of. 801., Santiago de Surco. Lima 33 – Perú
Telf. /Phone (51-1) 217-3000 Fax (51-1) 217-3695
www.antamina.com

Para la emisión del último CIPRL o CIPGN, la Entidad Pública debe remitir a la DGTP [DGETP] la resolución de aprobación de liquidación en el que se sustenta el monto resultante de la liquidación, o la carta notarial por el consentimiento de la liquidación, en cuyo caso no se requiere presentar documentación ya remitida por la Entidad Pública a la DGTP [DGETP].

En caso que el monto total de inversión de la liquidación sea menor al monto total de inversión de la recepción, las partes deben suscribir una adenda (...).” (Resaltado nuestro).

Según se observa, la citada disposición es clara y categórica al regular el procedimiento de emisión del CIPRL o CIPGN cuando se trata de proyectos con una ejecución igual o menor a los 5 meses, estableciendo que un Certificado se emite a la recepción del proyecto, y otro Certificado por el resultado de la liquidación favorable a la empresa privada. Luego de ello se tiene por culminado el Convenio de Inversión.

La citada disposición también prevé que, en caso el monto total de inversión de la liquidación sea menor al monto total de inversión de la recepción, las partes deben suscribir una adenda, a fin de asegurar que la empresa privada devuelva a la Entidad pública el exceso cancelado a la recepción del proyecto.

Ahora, cuando se trata de proyectos que superan los 5 meses de ejecución, el numeral 92.1 del artículo 92 del Reglamento establece lo siguiente, a saber:

“Artículo 92. Emisiones especiales de CIPRL o CIPGN

92.1 Los CIPRL o CIPGN deben emitirse por avances del Proyecto, conforme a lo siguiente:

a. En caso de Proyectos cuyo plazo de ejecución, sin considerar plazo de elaboración de Estudio Definitivo, sea mayor a cinco (5) meses, se debe realizar la entrega de los CIPRL o CIPGN trimestralmente, por avances en la ejecución del Proyecto, situación que debe ser comunicada a la Empresa Privada desde la convocatoria al proceso de selección correspondiente. El último CIPRL o CIPGN puede ser emitido por periodos menores a tres (3) meses.

(...)

g. Para la emisión de los CIPRL o CIPGN por avances en la ejecución del Proyecto serán de aplicación las disposiciones establecidas en la Ley N° 29230 [y la Ley N° 30264] y en el presente Reglamento. En estos casos, se deberán emitir las conformidades de recepción y de calidad sobre los avances del Proyecto.” (Énfasis agregado).

En este caso, no obstante haberse dejado sin efecto la exigencia contenida en el anterior numeral 69.4 del artículo 69 del Reglamento², modificado por el Decreto Supremo N° 212-2018-EF, se mantienen la parte in fine del citado numeral 92.1, dejando el texto que señala “(...) El último CIPRL o CIPGN puede ser emitido por periodos menores a tres (3) meses”.

² “Artículo 69. Avances y valorizaciones del proyecto

(...)

69.4 El último CIPRL o CIPGN se emitirá una vez efectuada la recepción del proyecto y por el monto de la liquidación aprobada por la entidad pública.” (Énfasis agregado).



Av. El Derby 055, Torre 1, Of. 801., Santiago de Surco, Lima 33 – Perú
Telf. /Phone (51-1) 217-3000 Fax (51-1) 217-3695
www.antamina.com

Una interpretación literal de lo decretado, podría entenderse que para la emisión del Certificado por último avance del proyecto *–que puede ser menor a los tres meses–* debe tenerse aprobada o consentida la liquidación del convenio. Esta eventualidad podría originar incertidumbre en la emisión de un Certificado a la recepción del proyecto y otro Certificado una vez aprobada o consentida la liquidación.

Así por ejemplo, en el caso de un proyecto de 8 meses de ejecución, el último avance sería de dos meses, pero de una interpretación literal del numeral 92.1 parte in fine, no podría emitirse el CIPRL o CIPGN a la recepción del proyecto, sino hasta la liquidación del convenio; ya que según lo prevé el numeral 91.2 del artículo 91 del Reglamento *"Para la emisión del último CIPRL o CIPGN, la Entidad Pública debe remitir a la DGTP [DGETP] la resolución de aprobación de liquidación"*.

Otro ejemplo, es el caso de un proyecto de 9 meses de ejecución, con el último trimestre de ejecución debería emitirse el último CIPRL/CIPGN a la recepción del proyecto; sin embargo, de una interpretación literal del citado numeral 92.1 parte in fine, a pesar de ser el último trimestre de ejecución no podría emitir el CIPRL o CIPGN a la recepción, toda vez que al ser el último CIPRL/CIPGN requeriría de la aprobación o consentimiento de la liquidación, en razón a que – como lo hemos señalado – el numeral 91.2 del artículo 91 del Reglamento exige que *"Para la emisión del último CIPRL o CIPGN, la Entidad Pública debe remitir a la DGTP [DGETP] la resolución de aprobación de liquidación"*.

Bajo esos ejemplos, sería más extraño argumentar que en el proyecto de 9 meses de ejecución sí podría emitirse un CIPRL o CIPGN a la recepción del proyecto, porque su periodo de ejecución es múltiplo de 3; y que el proyecto de 8 meses de ejecución sería castigado al no poder recibir un CIPRL o CIPGN a la recepción tan solo por tener un periodo de ejecución no múltiplo de 3, lo cual resulta igual de incongruente, porque se estaría dando un tratamiento bastante diferenciado para el último CIPRL/CIPGN a dos proyectos muy similares.

En esos escenarios, la falta de emisión del Certificado al último avance del proyecto *–por la falta de la liquidación debidamente aprobada o consentida–*, generaría ciertas consecuencias económicas desfavorables para la empresa privada al incurrir en los costos financieros y de oportunidad que implicaría obligarla a tener aprobada o consentida la liquidación para la emisión del CIPRL o CIPGN por la recepción del Proyecto.

Es menester indicar que la liquidación es un hecho no propicio para el cumplimiento de la emisión del CIPRL o CIPGN, de conformidad a lo establecido en el artículo 11 de la Ley N° 29230¹, se hace necesario determinar qué proceder *–tanto para la Entidad Pública como para la Empresa Privada–* resulta adecuado y congruente con la finalidad y objetivo de la normativa vigente de obras por impuestos.

En esa línea, debe entenderse que la parte in fine del numeral 92.1 del artículo 92 del Reglamento, *al referirse al último CIPRL o CIPGN lo hace refiriéndose al último avance del Proyecto correspondiente a la recepción, y no al último CIPRL o CIPGN que sería por la liquidación del convenio.*

¹ Artículo 11.- Condiciones para la emisión de los CIPRL

La emisión de los CIPRL se efectuará una vez cumplido lo siguiente:

- a) Que el gobierno regional o local haya otorgado la conformidad de recepción de las obras ejecutadas por la empresa privada, de acuerdo a los términos del convenio; y,
- b) que la entidad privada supervisora haya dado la conformidad de la calidad de la obra."



Av. El Derby 055. Torre 1. Of. 801., Santiago de Surco, Lima 33 – Perú
Telf. /iPhone (51-1) 217-3000 Fax (51-1) 217-3695
www.antamina.com

En ese sentido, basados en los principios de la normativa de obras por impuestos, particularmente en el Principio de Confianza Legítima⁴, debe entenderse que cuando se trate de un Proyecto tenga un plazo de ejecución mayor a cinco (5) meses, sin considerar el plazo de elaboración del expediente técnico, también puede emitirse un CIPRL o CIPGN a la recepción por el último avance del Proyecto – *aún por un período menor a tres (3) meses* –, y otro CIPRL o CIPGN una vez aprobada o consentida la liquidación del proyecto.

Este argumento se ve reforzado teniendo en cuenta que el propio Ministerio de Economía y Finanzas, como ente rector de obras por impuestos, al modificar el artículo 69.4 del Reglamento, dejaría sin efecto la exigencia de que el último CIPRL o CIPGN se emita una vez efectuada la recepción del proyecto y por el monto de la liquidación aprobada.

Como se sabe, las normas en las que el derecho se encuentra plasmado se expresan mediante el lenguaje, pero éste, al prescribir una norma, puede ser oscuro, ambiguo y/o dudoso. En muchas ocasiones no se puede, a la primera impresión o lectura, descifrar con meridiana claridad la voluntad del legislador, inclusive éstas pueden no contener la intención que se tuvo para dictar la norma.

En ese orden de ideas, consideramos necesarios que el ente rector aclare los alcances de dichas disposiciones; por ende solicitamos confirmar o absolver la premisa y/o consulta siguiente:

“Cuando se trate de un Proyecto que tenga un plazo de ejecución mayor a cinco (5) meses, sin considerar el plazo de elaboración del expediente técnico, también puede emitirse un CIPRL o CIPGN a la recepción por el último avance del Proyecto – aún por un período menor a tres (3) meses –, y otro CIPRL o CIPGN una vez aprobada o consentida la liquidación del convenio”

Agradeciendo la atención que brinde a la presente, hago propicia la ocasión para expresar a usted los sentimientos de mi más distinguida consideración y estima.

Atentamente,



Julio Escudero Meza
Superintendente de Infraestructura Social y
Relaciones Gubernamentales

⁴ El Principio de Confianza Legítima nos hace saber que *el Estado juega limpio*, es honesto, no engaña, *no fuerza ni utiliza interpretaciones antojadizas*, no se beneficia con incentivos perversos en las acciones que realiza, es equilibrada y ponderada con el resultado de su actuación. La administración pública es justa.

