

- CONSTITUCIÓN
- FISCALIZACIÓN



"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

OFICIO N° 319 -2017 -PR

Lima, 18 de diciembre de 2017

Señor

LUIS GALARRETA VELARDE

Presidente del Congreso de la República

Presente.-

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, con relación a la Ley que modifica el Decreto de Urgencia 003-2017, Decreto de Urgencia que asegura la continuidad de proyectos de inversión para la prestación de servicios públicos y cautela el pago de la reparación civil a favor del Estado en casos de corrupción. Al respecto, estimamos conveniente observar la misma por lo siguiente:

Conforme establece el artículo 1 de la Autógrafa, se advierte que se busca introducir mejoras al Decreto de Urgencia N° 003-2017, a fin de procurar el cumplimiento de sus objetivos, para lo cual además de modificaciones o precisiones de forma se introduce las siguientes modificaciones de fondo:

- Incorpora a nuevos sujetos y por ende extiende los efectos del Decreto de Urgencia N° 003-2017 a las personas jurídicas que hayan actuado en calidad de socios, asociados o consorciados con una participación mayor al 5% con una persona jurídica que haya sido condenada, que haya aceptado responsabilidad directamente o a través de sus representantes o que sus directivos hayan sido condenados, por actos de corrupción.
- Se introduce un procedimiento de oficio de anotación preventiva en los Registros Públicos en los que consten inscritos los bienes, derechos, activos, acciones, participación de los sujetos comprendidos en su artículo 2.
- Se establecen requisitos adicionales para el perfeccionamiento del procedimiento de adquisición establecido en el artículo 4 del Decreto de Urgencia N° 003-2017.
- Se establece que las medidas cautelares de la SUNAT serán atendidas con el excedente y luego de las retenciones correspondientes.
- Prevé que el excedente luego del pago de la reparación civil debe ser destinado al pago de las deudas laborales, sociales y tributarias.
- Dispone la elaboración de un informe anual sobre avances a rendirse ante el Congreso de la República.
- Amplía el plazo de vigencia del Decreto de Urgencia N° 003-2017.

En esa medida, en el artículo 2 de la Autógrafa se modifica íntegramente el Decreto de Urgencia N° 003-2017 y dispone la modificación de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, y 7. Asimismo, el artículo 3 de la Autógrafa de Ley incorpora el artículo 4-A, que se refiere al procedimiento de anotación preventiva. Finalmente, cuenta con tres Disposiciones Complementarias Finales sobre reglamentación de la Ley, facultad de la Administración Tributaria y el informe anual que deberá remitirse anualmente al Congreso de la República.

1. Comentarios iniciales a la Autógrafa de Ley

- En el artículo 1 sobre Finalidad, se ha puesto énfasis en que se trata de promover la continuidad en lugar de evitar la paralización de la ejecución de obras públicas, habiéndose incluido la prestación de servicios públicos. También se menciona que el fin es no solo cautelar los intereses del Estado, sino cautelar el pago de la reparación civil y los intereses del Estado peruano.

- En el artículo 3 sobre Suspensión de realizar transferencias al exterior, se han hecho mejoras en la redacción; en lugar de “personas comprendidas”, se menciona “sujetos comprendidos”. Se mantiene la idea fundamental que se suspende respecto de los sujetos comprendidos en el artículo 2 la posibilidad de hacer transferencias al exterior en forma total o parcial. Con ello se reemplaza la referencia “íntegro de los capitales”, como considera la norma vigente. Igual criterio para la referencia a los dividendos o utilidades.

En este mismo artículo 3 se ha considerado precisar que la suspensión se mantiene hasta que se efectúe el pago total del monto de la reparación civil a favor del Estado y se haya cumplido con las obligaciones establecidas en los numerales 6.1 y 6.4 del artículo 6, o hasta que se haya emitido una sentencia absolutoria consentida o ejecutoriada, a favor de los sujetos comprendidos en el artículo 2.

El último párrafo del artículo 3 establece otras precisiones en el supuesto de la necesidad de hacer transferencias al exterior por concepto de pago de deuda, que deben “afectar” el valor de las concesiones o activos y “deben” ser previamente aprobadas conforme a los lineamientos aprobados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “bajo responsabilidad de su titular”.

- En el artículo 4 sobre el Procedimiento para la Adquisición, se han efectuado cambios en la redacción y se establece en adición a la responsabilidad solidaria con la que se sanciona el incumplimiento del procedimiento de adquisición, la nulidad de aquellos actos que se realicen al margen del procedimiento establecido. Además, se han incorporado dos numerales: el 4.3 sobre impedimento de contratar con el Estado como sanción ante el incumplimiento, que se encuentra en la norma actual en el numeral anterior y el 4.4 relacionado con la anotación preventiva.

En cuanto al procedimiento de adquisición establecido en el artículo 4, consideramos pertinente concordarlo con los objetivos de la norma; específicamente, con el referido a la cautela del pago de la reparación civil y los intereses del Estado peruano.

Conforme a ello, a efectos de mejorar la Autógrafa de Ley, recomendamos incorporar un mecanismo de restricción para que las personas jurídicas o entes jurídicos comprendidos en la comisión de actos de corrupción, no puedan adquirir los bienes objeto de transferencia, luego de cumplido el pago de la reparación civil. En efecto, resulta indispensable que la posibilidad de adquirir los bienes, activos, derechos, acciones, participaciones o valores aludidos en el numeral 4.2 de la Autógrafa, por medio del mecanismo de transferencia sucesiva, se encuentre expresamente impedido a estas personas y/o entes jurídicos a efecto de evitar vinculación con el Estado peruano en el futuro.

- En el artículo 5, sobre Retención de pagos por entidades del Estado, se ha estructurado en varios numerales desde el 5.1 hasta el 5.7, detallándose fundamentalmente que, para la retención de los pagos por parte de las entidades del Estado, estas deben hacerlo sobre “cada pago” que tengan que hacer conforme al contrato, y sobre un monto estimado equivalente al promedio del margen de utilidad neta después de impuestos de los últimos cinco años en proyectos similares.

Es importante la mención a los “proyectos” pues así se asegura la cautela a la reparación civil por daños y perjuicios causados al Estado y la defensa de sus intereses, independientemente si, de manera individual o consorciada, participaron en el proyecto que en buena cuenta fue resultado de la comisión de algún delito contra la Administración Pública o Lavado de Activos o delitos equivalentes cometidos en el extranjero donde se

haya actuado individual o conjuntamente con socios, consorciados o asociados de estos bajo cualquiera de las formas asociativas o societarias previstas por Ley con el propósito de contratar con alguna entidad del Estado para dicho propósito.

Queda establecido en el numeral 5.4 que las medidas cautelares previas dictadas en virtud de la facultad de recaudación de la Administración Tributaria se aplican luego de efectuadas las retenciones a que hace referencia el presente artículo. Esto representa en buena cuenta una prelación a la Autoridad Tributaria a efecto de respetar la retención a la que alude el artículo.

En el 5.5 se mantienen las reglas previstas en los numerales 5.3 (i) y 5.3 (ii) de la norma vigente. Se deja a salvo que en caso de sustitución de contratistas se deben observar los requisitos que las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado vigentes a la fecha de celebración del contrato respectivo, entendiéndose al contrato primigenio.

En el mismo numeral se establece que la sustitución debe realizarse dentro de los 90 días hábiles siguientes a la fecha en que el sujeto comprendido en el artículo 2 del Decreto de Urgencia aparece en la relación a la que se refiere el último párrafo del artículo 2.

Finalmente, se señala que los importes remanentes luego de efectuadas las retenciones aludidas son destinados prioritariamente al pago de deudas laborales y de proveedores a cargo de los sujetos comprendidos en el artículo 2.

Sin perjuicio de ello, en los numerales siguientes se desarrolla el impacto económico de dichas medidas y se propone alternativas para viabilizar la propuesta.

En la modificación del artículo 6 se establece que para cautelar el pago de la reparación civil a favor del Estado y evitar la ruptura en la cadena de pagos, el íntegro de los fondos se destinará al pago de dicha reparación y al pago de los créditos dispuestos en el numeral 6.4 del artículo 6 de acuerdo al siguiente orden de prelación: deuda tributaria, incluidos los créditos del Seguro Social de Salud – ESSALUD, remuneraciones y beneficios sociales adeudados a trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones y a los diversos regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional –ONP u otros regímenes previsionales creados por ley, acreencias de proveedores. Lo dispuesto no exige a los sujetos comprendidos en el artículo 2 de cumplir con sus respectivas obligaciones tributarias, laborales, previsionales, contractuales y las demás de diversa índole, así como las responsabilidades correspondientes en caso de incumplimiento. Sin perjuicio de ello, en los numerales siguientes se desarrolla el impacto económico de dichas medidas y se propone alternativas para viabilizar la propuesta.

Respecto al orden de prelación, una medida que otorga orden en la prioridad de los pagos a otros acreedores de los sujetos comprendidos, a efecto de evitar no se cumpla con el pago de la reparación civil en primera instancia y en segundo lugar el pago de la deuda tributaria que en cualquier medida también es en interés del Estado que los obligados tributarios cumplan con este tipo de obligaciones.

No obstante, consideramos necesario que se mantenga el segundo párrafo del numeral 6.1 del artículo 6, por ser indispensable el extremo referido al pago de la reparación civil que establece el órgano jurisdiccional. En efecto, la estimación que realiza el procurador y el depósito que se efectúa en la cuenta del fideicomiso son actos preliminares que concluirán con la seguridad jurídica que otorgará la resolución consentida y ejecutoriada.

En tal sentido, se recomienda no eliminar el siguiente texto:

“Los fondos del fideicomiso se mantendrán en las cuentas bancarias del patrimonio fideicometido y servirán para atender el pago de las reparaciones civiles a favor del Estado que establezcan los órganos jurisdiccionales correspondientes, mediante resoluciones consentidas y ejecutoriadas. Tales fondos son intangibles e inembargables.”

En el numeral 6.2 del artículo 6 se debe precisar que la información a la que se alude y que es requerida a PROINVERSIÓN y Ministerio de Economía y Finanzas se refiere a información técnica del proyecto o del contrato, que le proporcione elementos de apreciación al Procurador para efecto de la estimación de la reparación civil, puesto que, en ningún caso, las entidades mencionadas podrán o deberán realizar apreciaciones o valorizaciones sobre el quantum del daño, en la medida que dicha atribución corresponde exclusivamente al ámbito de competencia del Procurador.

2. Aspectos constitucionales y legales

- En el artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 003-2017 vigente, establece a las personas jurídicas o entes jurídicos a las cuales se aplica los efectos del Decreto de Urgencia N° 003-2017, es decir, i) a las personas jurídicas condenadas, o cuyos funcionarios o representantes hayan sido condenados –sentencia firme- por delitos contra la administración pública, lavado de activos o delito equivalente en caso la condena haya sido en el extranjero, ii) a las personas jurídicas que hayan reconocido responsabilidad directamente o través de sus representantes por la comisión de algunos de los delitos antes mencionados, y iii) finalmente las vinculadas a las personas jurídicas antes mencionadas.
- El Decreto de Urgencia N° 003-2017 vigente, emitido bajo los parámetros constitucionales del numeral 9 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú¹, dicta medidas extraordinarias que restringen algunos atributos del derecho de propiedad y la libertad de contratación, con el fin mitigar o evitar las consecuencias negativas de actos de los corrupción que se han dado en el país –como el caso Odebrecht–, pero las delimita únicamente a aquellas personas descritas en el punto anterior bajo la premisa de la existencia de una responsabilidad por la comisión de hechos ilícitos de corrupción o lavado de activos. De este modo se respeta las instancias y competencias de las entidades y autoridades responsables de determinar la responsabilidad penal y civil de las personas naturales y jurídicas.

Ahora bien, la Autógrafa materia de análisis busca ampliar los alcances de las norma e incorpora a los socios, consorciados o asociados bajo cualquiera de las formas asociativas o societarias previstas por Ley que hayan actuado con una participación mayor al 5% en la adjudicación sobre contratos vigentes suscritos con el Estado, conjuntamente con los sujetos que han sido condenados o que hayan admitido o reconocido la comisión de delitos contra la administración pública, o lavado de activos o delitos equivalentes. Disposición que evidencia ser una medida desproporcional que no pasa el test de igualdad y genera vicios de inconstitucionalidad, como veremos más adelante.

2.1 Aplicación del test de igualdad a la modificación del Decreto de Urgencia 003-2017 (Art. 2.1.iv)

Con la modificación, este decreto se aplicaría en tres categorías: (a) a personas jurídicas condenadas o cuyos representantes han sido condenados; (b) a personas jurídicas que, directamente o a través de sus representantes, han aceptado su responsabilidad; y (c) a

personas jurídicas que hayan tenido vinculación con las anteriores, como socios, consorciados o asociados (pese a que, en este último caso, no media condena o asunción de responsabilidad alguna).

Con ello, la cuestión que surge es si la aplicación de las restricciones al derecho de propiedad y a la libertad de empresa que plantea el Decreto de Urgencia a todas estas categorías es compatible con el derecho a la igualdad.

En el Perú, el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política reconoce el derecho de igualdad, en los términos siguientes:

*“Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:
2.- A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.*

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre los alcances de este principio-derecho:

*“Entonces, la igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones.
Por consiguiente, supone la afirmación a priori y apodíctica de la homologación entre todos los seres humanos, por la identidad de naturaleza que el derecho estatal se limita a reconocer y garantizar.*

Dicha igualdad implica lo siguiente:

- a) La abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y*
- b) La existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas².”*

En ese sentido, para identificar que una determinada medida es coherente con el principio-derecho de igualdad, se debe aplicar el denominado test de igualdad, que consta de los siguientes pasos³:

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente
- b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad.
- c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
- d) Examen de idoneidad.
- e) Examen de necesidad.
- f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

- a) Determinación de la medida

En primer término, entonces, se debe precisar que la medida que se busca analizar más que brindar un tratamiento diferente, lo que hace es dar un tratamiento igual a categorías sustancialmente distintas.

En ese sentido, lo que hace la es aplicar medidas restrictivas, por un lado, a personas jurídicas con responsabilidad (probada mediante sentencia condenatoria, o asumida por ellas) y, de otro, a quienes únicamente tienen un vínculo (como socias, consorciadas o

4 Comprendidos en los numerales (i) y (ii) del artículo 2 de la Autógrafa de Ley.

asociadas) de las anteriores (sin que se haya acreditado o asumido responsabilidad alguna).

b) Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad

El Tribunal Constitucional ha establecido que la intervención en el principio-derecho a la igualdad puede ser grave, media o leve, reservando las dos primeras categorías para distinciones que afecten categorías expresamente señaladas en la Constitución.

En esa medida, la modificatoria, genera afectaciones que pueden constituir vulneraciones a este derecho y, por su carácter relacional, a otros derechos fundamentales.

c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente

La finalidad de este trato igual a situaciones sustancialmente diferentes, como fue en su momento la del Decreto de Urgencia, es la lucha contra la corrupción, así como la continuidad de la prestación de servicios públicos.

d) Examen de idoneidad

Como ya se ha señalado en este informe, la finalidad es legítima (lucha contra la corrupción, continuidad de los proyectos y evitar la ruptura de cadena de pagos).

e) Examen de necesidad

No obstante, la medida no es necesaria, ya que existen otras que permiten lograr dichos fines sin afectar de manera tan grave el principio-derecho de igualdad. Como son las herramientas procesales del proceso penal que se puede utilizar desde el inicio de la investigación.

f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

El grado de afectación que genera este trato diferenciado a derechos como la presunción de inocencia (alto) no justifica la satisfacción del fin, ya que la medida no consigue que este se logre en suficiente alcance como para justificar la modificación.

Considerando lo expuesto, la incorporación del numeral (iv) del artículo 2 evidencia ser una medida desproporcional que no pasa el test de igualdad y genera vicios de inconstitucionalidad.

2.2 Seguridad Jurídica en los procedimientos de anotación preventiva

- El artículo 4-A regula el procedimiento de anotación preventiva que consiste en un procedimiento de anotación en los registros públicos en los que consten inscritos los bienes, derechos, acciones, participaciones u otros valores representativos de derechos de participación de los sujetos comprendidos en el artículo 2, así como en la partida registral de dichos sujetos, precisando que la adquisición de estos bienes está sujeta al procedimiento a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y al depósito por parte del adquirente del monto pagado, fruto de la adquisición conforme al artículo 4 y al depósito previsto en el numeral 6.2 del artículo 6 que se refiere a la reparación civil estimada.

Al respecto, en este acápite apreciamos que el procedimiento de anotación preventiva es entendido como una medida temporal que se orienta a que la población conozca de los bienes cuyos titulares se encuentran comprendidos bajo los alcances del Decreto de

Urgencia. De esta forma, la anotación preventiva se mantiene hasta que se efectúe el pago total del monto de la reparación civil a favor del Estado y se haya cumplido con las obligaciones establecidas en el numeral 6.1 del artículo 6, o hasta que se haya emitido una sentencia absolutoria consentida o ejecutoriada a favor de los sujetos comprendidos en el artículo 2.

Sin embargo, consideramos que para activar el mecanismo de anotación preventiva, de acuerdo con el procedimiento previsto en el numeral bajo comentario, es necesario que en la Autógrafa se disponga que las empresas cumplan con entregar previamente la información sobre sus activos, bajo determinadas sanciones en caso de encubrimiento respecto a sus inventarios.

3. Aspectos económicos de la Autógrafa de Ley

- La Autógrafa de Ley plantea diferentes modificaciones al Decreto de Urgencia N° 003-2017, por lo que antes de evaluar de manera detallada cada una de las modificaciones propuestas, resulta necesario analizar los objetivos generales de la norma, a efectos de determinar si ésta resulta compatible con los objetivos del Estado en materia de lucha contra los actos de corrupción.
- El Decreto de Urgencia N° 003-2017 toma como premisa la admisión de culpabilidad por la comisión de actos de corrupción, por parte de las denominadas Personas Comprendidas o la expedición de la respectiva sentencia condenatoria e incorpora un conjunto de medidas con la finalidad de evitar paralizaciones en la ejecución de obras y la ruptura de la cadena de pagos.
- Tal como se ha indicado en la Exposición de Motivos del Decreto de Urgencia N° 003-2017, resulta urgente que el Estado establezca medidas extraordinarias que eviten la desaceleración de las inversiones en el país, y que promuevan la participación de nuevos inversionistas en los proyectos donde los concesionarios, contratistas o accionistas hayan sido condenados o hayan admitido responsabilidad por la comisión de delitos contra la administración pública o de lavado de activos, a través de reglas que generen predictibilidad a los inversionistas, promuevan la competitividad y permitan la prestación de servicios públicos en condiciones de regularidad y continuidad, además de cautelar el pago de las reparaciones civiles.
- Cabe señalar que, ya sea para evitar la ruptura de la cadena de pagos o para la salida de las Personas Comprendidas; el rol del Estado se limita a promover las condiciones para que se cumplan dichos objetivos, por lo que la emisión de normas legales no puede otorgarle la facultad para sustituir a los agentes privados en la toma de sus decisiones.
- Estos objetivos se materializan en las tres medidas reguladas en el Decreto de Urgencia N° 003-2017: (i) la suspensión de transferencias al exterior, (ii) la fijación de un procedimiento para la adquisición de bienes, derechos, acciones u otros valores representativos de las empresas comprendidas, y (iii) la retención de aportes a ser pagados por el Estado. A continuación, se desarrollará con mayor detalle dos de los principales aspectos del proyecto de Ley que contravienen la finalidad original del Decreto de Urgencia N° 003-2017

a.) Sobre el proceso de adquisición

- En lo que corresponde al proceso de adquisición, el Decreto de Urgencia N° 003-2017 vigente, regula el procedimiento para la adquisición de acciones con la finalidad de promover la salida ordenada de las Personas Comprendidas. Esto permitirá asegurar simultáneamente:

- El ingreso de nuevos inversionistas que no hayan incurrido en actos de corrupción, lo que permitirá que el Estado dé por concluidas las relaciones contractuales que a la fecha mantiene con personas comprendidas en actos de corrupción, asegurando la continuidad de las inversiones, dado que los nuevos inversionistas continuarán con la ejecución del proyecto hasta su culminación.
 - La materialización de ingresos sobre los cuales se aplicarán las medidas para asegurar el pago de la reparación civil a favor del Estado. Esto representa una ventaja importante, dado que en esta etapa el Estado tendrá la oportunidad de retener la rentabilidad presente y futura de las Personas Comprendidas, los cuales se encontrarán reflejados en el “precio de venta”.
- Por su parte la Autógrafa de Ley plantea un procedimiento nuevo y distinto para la venta del activo, que tiene los siguientes pasos:
1. Solicitud de autorización de la venta presentada al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS). Dicha solicitud es presentada por la persona que pretenda adquirir algún bien, activo o derecho (en adelante, el potencial adquirente)
 2. Dentro de los 15 días hábiles de recibida la solicitud, el MINJUS deberá requerir al Procurador Público la cifra estimada de la reparación civil
 3. El Procurador Público debe contar con la información previa que le proporcione Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN en el plazo de 10 días hábiles. No hay plazo para que el Procurador Público informe sobre la cifra estimada de reparación civil
- Además, la Autógrafa de Ley agrega como “**condiciones previas al perfeccionamiento de la adquisición**”, lo siguiente:
- i. El solicitante (potencial adquirente) deberá acreditar el depósito de la cifra estimada pendiente de pago por concepto de deudas laborales, de proveedores y deuda tributaria, todas ellas exigibles a la fecha de presentación de la solicitud.

El depósito de la cifra estimada pendiente de pago de las deudas (laborales, proveedores y tributaria) debe realizar en la cuenta que para tal efecto habilite el MINJUS.
 - ii. Luego de efectuar el depósito del monto para el pago de las deudas de las Personas Comprendidas (deudas laborales, de proveedores y tributarias), el solicitante (potencial adquirente) deberá acreditar el depósito del monto remanente para el pago de la reparación civil
- Entonces, a través de la imposición de las condiciones previas a cargo del potencial adquirente en su calidad de solicitante, se traslada a éste el riesgo y responsabilidad de identificación de los acreedores de las Personas Comprendidas que a la fecha de la solicitud tengan una deuda exigible, trasladándole el riesgo de validación de las acreencias de un tercero (de la Persona Comprendida) y verificación de la exigibilidad de éstas, lo que genera las siguientes consecuencias:

Desincentiva la incorporación de nuevos inversionistas, promoviendo que las Personas Comprendidas mantengan sus contratos con el Estado.

- El segundo párrafo del numeral 6.2 del artículo 6 de la Autógrafa de Ley impone como condición previa para el perfeccionamiento de la transferencia que el solicitante (potencial

adquiriente) deposite el monto de las deudas exigibles que mantengan las Personas Comprendidas, de esta manera:

- El potencial adquiriente es responsable de la identificación de las deudas de las Personas Comprendidas, incluyendo las deudas laborales, de proveedores y tributarias.
 - El potencial adquiriente es responsable de la verificación de la exigibilidad de la deuda al momento de presentar su solicitud al MINJUS
- La situación que genera la Autógrafa de Ley es que el potencial adquiriente deberá verificar la exigibilidad de las obligaciones de las deudas laborales, de proveedores y deudas tributarias de las Personas Comprendidas (sujetos transferentes). Conforme el texto propuesto, la identificación de dichas deudas no sólo se limita al activo materia de la transferencia sino a cualquier deuda que pueda ostentar la Persona Comprendida transferente, por lo que obliga al potencial adquiriente no solo a realizar una *due diligence* del objeto de la transferencia sino de todos los contratos o proyectos a cargo de la Persona Comprendida en los cuales podría existir deudas pendientes de pago.
- De esta manera, se traslada al potencial adquiriente un riesgo que va más allá del objeto de la transferencia, al hacerlo responsable de la identificación y verificación de las deudas exigibles de las Personas Comprendidas en sus distintos proyectos o contratos dentro del país, exigencia que inviabiliza cualquier venta de activos. Dicha situación se agrava en los contratos bajo la Ley de Contrataciones del Estado en la cual la Persona Comprendida es la misma en distintos contratos o proyectos.
- Adicionalmente, la Autógrafa de Ley propone una imposibilidad jurídica, al imponer la obligación del potencial adquiriente de identificar y verificar la deuda tributaria pendiente de pago exigible a la fecha, omitiendo que la información tributaria de la Persona Comprendida, como de cualquier contribuyente, está respaldada por la reserva tributaria por lo que el potencial adquiriente no tiene mecanismos para verificar la exigibilidad de las deudas tributarias.
- Por lo que **la Autógrafa de Ley, al trasladarle el riesgo de identificación de deudas al potencial adquiriente en la práctica inviabiliza la venta de los proyectos en los que se encuentran presenten las Personas Comprendidas.** Con ello, la Autógrafa de Ley promueve que las Personas Comprendidas (aquellas que han confesado su culpabilidad o han sido sentenciados por delitos de corrupción) mantengan y preserven sus contratos con el Estado y por ende, **no se pueda garantizar la reparación civil.** Sin venta de activos, se disminuye considerablemente la posibilidad de incorporar recursos al fideicomiso para garantizar el pago de la reparación civil.
- Cabe señalar que el texto vigente del Decreto de Urgencia N° 003-2017, sobre la base del objetivo de cautelar la cadena de pagos, establece que la retención se realiza sobre el precio de venta de la transferencia. Este valor de la transferencia ya incorpora el valor presente de los beneficios económicos derivados del activo en transferencia, incluyendo los saldos de cuentas por pagar (deudas laborales, tributarias y de proveedores) y así como las deudas financieras del proyecto, lo que garantiza que el comprador se haga responsable de las deudas propias del proyecto.
- De esta manera, entendemos que siendo el objetivo de la Autógrafa de Ley resguardar la cadena de pagos, ello no se cumple con la propuesta de texto planteada dado que no solo inviabiliza la venta sino que quiebra la cadena de pagos, al omitir que el precio de venta ya recoge las cuentas por pagar (laborales, tributarias y de proveedores).

La Autógrafa de Ley generará la ruptura de la cadena de pagos afectando los beneficios sociales de los proyectos

- La Autógrafa de Ley genera un alto grado de incertidumbre e ineficiencia, derivado de un enfoque erróneo, en el que se desconoce la existencia de un “negocio en marcha”. Esta condición implica que de manera permanente las empresas concesionarias, adoptan acuerdos para asumir nuevas obligaciones o adquirir derechos y, del mismo modo cumplen con obligaciones anteriormente pactadas.
- En ese sentido es importante considerar que la promulgación de la Autógrafa de Ley generará los siguientes problemas:
 - i. La propuesta asemeja la salida ordenada de las Personas Comprendidas con la liquidación de la Empresa. Al desconocer la existencia de un “negocio en marcha”, la Autógrafa de Ley asume que debe hacerse un corte y solicitar la concurrencia de acreedores, como si se tratara de la liquidación de una empresa, cuando el objetivo es viabilizar únicamente la salida de personas comprendidas y permitir la continuidad del proyecto.
 - ii. La propuesta paralizaría los proyectos en ejecución. La Autógrafa de Ley hace referencia a obligaciones “*exigibles a la fecha de presentación de la solicitud*” de transferencia de acciones. Sin embargo, no considera que por tratarse de un “negocio en marcha”, durante el plazo que tomará la evaluación por parte del Procurador y del MINJUS, la empresa debe seguir asumiendo obligaciones para cumplir los alcances del respectivo contrato de APP.

De esta manera, la Autógrafa de Ley generaría la paralización del proyecto, dado que ningún proveedor tendrá incentivos a contratar con las empresas concesionarias que tengan dentro de su accionariado a Personas Comprendidas, dado que con la Autógrafa de Ley el Estado únicamente reconocerá aquellas deudas exigibles a la fecha de presentación de la solicitud.

- iii. La propuesta excluye a aquellos acreedores cuyas deudas no han vencido. Esto se debe a que la Autógrafa de Ley no ha considerado dentro de sus alcances a aquellas deudas que, a pesar de originarse en relaciones jurídicamente válidas, aún no han vencido, pero vencerán con posterioridad a la presentación de la solicitud de transferencia. De esta manera, la Autógrafa de Ley no cumple con el objetivo de garantizar la cadena de pagos.

Esta situación se agrava tratándose de proyectos de APP en los que existen relaciones de largo plazo y por ende, las obligaciones suelen ser de plazo diferido, cuyo pago se pondría en riesgo al no ser reconocida a efectos de la venta. Esta situación no solo afecta a las Personas Comprendidas sino al sistema de inversión privada y sistema financiero dado que incrementa el riesgo de incumplimiento de las obligaciones pactadas.

- De esta manera, el texto propuesto en la Autógrafa de Ley castiga la cadena de pagos y por ende, afecta los derechos de los acreedores laborales, tributarios y proveedores en general.

La Autógrafa de Ley propone que el Estado participe en el reconocimiento y pago de acreencias y asuma la responsabilidad y riesgo derivado de éstas

- La Autógrafa de Ley señala que la cifra estimada pendiente de pago por concepto de deudas laborales, de proveedores y deuda tributaria deberá depositarse en la cuenta que para tal efecto habilite el MINJUS, sin precisar el destino de dichos fondos.
- Para este punto debe considerarse como premisa inicial que la labor del Estado en la economía debe orientarse a incentivar la interacción de los agentes económicos, estableciendo las condiciones necesarias para el ejercicio del derecho a libertad de empresa y la libre determinación contractual; los cuales se ejercen adquiriendo derechos, asumiendo obligaciones o estableciendo las reglas para el adecuado cumplimiento de los acuerdos adoptados.
- Bajo esta premisa, para el caso específico de empresas que cuenten con deudas vencidas e impagas o con pérdidas acumuladas y riesgo de insolvencia: la normativa vigente ha desarrollado en las normas del Sistema Concursal, un conjunto de reglas que: (i) permitan la permanencia en el mercado de aquellas empresas que puedan ser económicamente viables; o (ii) simplifiquen la salida de aquellas que no lo son, permitiendo a través de la asignación eficiente de recursos, que se consiga el máximo valor posible del patrimonio del deudor.
- De esta manera, el objetivo de las normas del Sistema Concursal es propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción. Como puede verse, incluso bajo el amparo de las normas del Sistema Concursal, son los agentes privados (acreedores y deudores), los únicos habilitados para decidir el destino del patrimonio del deudor.
- Frente a ello, se observa que la Autógrafa de Ley pretende asignar al Estado, a través del MINJUS, responsabilidades adicionales a las que le corresponden como beneficiario de la reparación civil por los actos de corrupción cometidos por las Personas Comprendidas. Ello implicará a su vez, que el Estado ejerza la custodia del patrimonio disponible para el pago de acreencias, generando con ello una responsabilidad residual, en caso que dicho monto no resulte suficiente o que no se haya realizado un adecuado reconocimiento de créditos.
- Entre los riesgos que asumiría el MINJUS en el marco de la Autógrafa de Ley se encuentran:
 - i. Reconocimiento de créditos. El MINJUS se convertiría en el nuevo liquidador, sustituyéndose en las decisiones que adopten los agentes de mercado, por lo tanto asume el riesgo, y consecuentemente la responsabilidad, derivados de las decisiones que adopte sobre el destino del patrimonio de las Personas Comprendidas en los alcances del Decreto de Urgencia N° 003-2017.
 - ii. Establecer el orden de prelación de las deudas. Incluso en caso de existir reglas claras respecto a las condiciones y los documentos que permitan acreditar la existencia de créditos, el MINJUS terminaría decidiendo en última instancia que créditos serán reconocidos y cuál será la prelación entre ellos, lo cual excede el ámbito de sus funciones, desnaturaliza el rol del Estado en la economía y genera un alto riesgo ante eventuales reclamos por las deudas asumidas por las Personas Comprendidas.
 - iii. Disponer el pago de las obligaciones. Considerando que el MINJUS ejercerá la custodia de los recursos disponibles para el pago de acreencias, eventualmente

deberá disponer el pago; lo que implicará que los acreedores no reconocidos pretendan imputarle la responsabilidad derivada de su participación en el reconocimiento y pago de deudas de las Personas Comprendidas.

- En consecuencia, la promulgación de la Autógrafa de Ley implicará asignar al MINJUS un rol de garante en el pago de las obligaciones asumidas por las Personas Comprendidas, a pesar de que a la fecha el Decreto de Urgencia N° 003-2017 no le asigna ningún tipo de participación en los acuerdos comerciales adoptados por las Personas Comprendidas. Este nuevo rol, generará a su vez un nuevo frente de reclamos o controversias por parte de aquellos acreedores, que consideren que sus créditos no han sido reconocidos o lo han sido de manera parcial o insuficiente.
- Finalmente, es importante recalcar que tratándose de proyectos de Asociación Público Privada, el principal proveedor de la empresa concesionaria (Persona Comprendida) es la empresa constructora, la cual es generalmente una empresa vinculada a la Persona Comprendida; por lo que, la Autógrafa de Ley lleva a la inconsistencia que el Estado, a través del MINJUS se convertiría en el deudor de una empresa vinculada a una persona corrupta, objetivos que son antagónicos a la política anticorrupción del Estado.

Vacíos e inconsistencias de la Autógrafa de Ley

- Otros vacíos o inconsistencias detectados en la Autógrafa de Ley son los siguientes:

i. Incertidumbre respecto a los alcances de la participación del MEF en el proceso establecido en el artículo 6.

Al respecto, el numeral 6.2 del artículo 6 de la Autógrafa de Ley señala que el Procurador Público determina la cifra estimada de reparación civil para lo cual debe contar con información previa que le proporcione, a manera de asistencia técnica, PROINVERSIÓN y el MEF. Sobre el particular, es importante señalar que ni PROINVERSIÓN ni el MEF tienen competencia ni *expertise* para determinar montos por reparación civil, más aun cuando dicha determinación parte de la aplicación de criterios judiciales que forman parte del quehacer del Procurador Público. Asimismo, estas entidades no participan en la ejecución del contrato por lo que no podrán brindar ni analizar información más allá de aquella originada en el proceso de promoción respectivo.

A fin de evitar interpretaciones ambiguas respecto a la participación de ambas entidades, y sin perjuicio de lo señalado en el numeral III del Informe, se recomienda precisar dicha información está referida al desarrollo del proceso de promoción respectivo y la suscripción de los contratos APP.

ii. La norma se contradice respecto a la prelación de deudas de las Personas Comprendidas. Como puede verse mientras el numeral 6.2 de la Autógrafa de Ley establece que primero deben cumplirse las obligaciones laborales, de proveedores y tributarias y luego el pago de la reparación civil; sin embargo, el numeral 6.3 establece que, cuando los fondos abonados al fideicomiso excedan la cifra estimada de la reparación civil, se procederá al pago de las deudas tributarias, laborales y con proveedores.

iii. Ausencia de predictibilidad de plazos para la autorización de la venta

La Autógrafa de Ley establece plazos para que las entidades puedan remitir información al Procurador Público pero no establecen un plazo para que éste emita su estimación del monto de reparación civil. La falta de predictibilidad en los plazos para

dar respuesta a las autorizaciones de venta resta predictibilidad al Estado e impacta negativamente en los eventuales compradores:

b.) Sobre las personas comprendidas

- El artículo 2 numeral iv) de la Autógrafa de Ley incorpora como Personas Comprendidas a las personas jurídicas o entes jurídicos que cumplan los siguientes requisitos:
 - Hayan actuado en calidad de socios, consorciados o asociados con las Personas Comprendidas cuyos funcionarios hayan admitido culpabilidad o se haya expedido sentencia por delitos de corrupción⁴
 - Hayan actuado con una participación mayor al 5% en la adjudicación en contratos vigentes suscritos con el estado
- De esta manera, la Autógrafa de Ley equipara el tratamiento del Decreto de Urgencia, tanto a las personas jurídicas que hayan admitido culpabilidad o hayan sido sentenciadas, con aquellas “socias, consorciadas o asociadas” con dichas empresas sobre las cuales no pesa sentencia ni admisión de culpabilidad.
- Sobre el particular, cabe señalar que el objetivo primigenio del Decreto de Urgencia N° 003-2017, se aplicaba únicamente a aquellas personas que hubieran admitido su culpabilidad o cuenten con una sentencia firme que declare su culpabilidad.
- Conforme el principio de proporcionalidad y razonabilidad, corresponde contrastar los grados o intensidades de afectación en el ámbito del derecho a la ejecución con los grados o niveles de satisfacción que se logra en los bienes u objetivos que persigue la intervención por parte de la ley y su aplicación en el caso concreto. Por lo que si bien, la Autógrafa de Ley puede tener entre sus objetivos el de cautelar los intereses del Estado, las medidas que proponen –al equipararlos a la empresa que ha admitido el delito o ha sido sentenciado como tal- no supera los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad.
- Si el objetivo de la Autógrafa de Ley es salvaguardar el pago de la reparación civil por actos de las personas jurídicas socias, consorciadas o asociadas, deberá adoptarse medidas que protejan los intereses del Estado proporcionales a la situación jurídica en las que éstas se encuentran.
- Ahora bien, desde el punto de vista económico los impactos generados por la Autógrafa de Ley se describen a continuación:

Riesgo en el desarrollo de inversiones que representan el 13.0% del presupuesto de inversión del país

- La Autógrafa de Ley genera un impacto directo de los proyectos de inversión en ejecución. Las medidas propuestas generan riesgo de insolvencia sobre las personas jurídicas incluidas en el numeral iv) del artículo 2, por lo que se pone en riesgo la continuidad de los proyectos de inversión.
- El riesgo sobre los proyectos de inversión públicos y públicos privados generado por la Autógrafa de Ley se evidencia en el siguiente cuadro:

⁴ Comprendidos en los numerales (i) y (ii) del artículo 2 de la Autógrafa de Ley.

Tipo de proyectos	Monto de inversión comprometido
Asociaciones Público Privadas (Millones de soles)	4,201
Inversión pública (Millones de soles)	378
Total (Millones de soles)	4,579
% de la inversión pública 2017	13.0

- De esta manera, el riesgo en el desarrollo de inversiones, ya sea a través de su paralización o cancelación, por el riesgo crediticio y/o insolvencia del concesionario o contratista, generaría un impacto en proyectos de inversión pública y pública privada por S/ 4,580 MM aproximadamente, los cuales representan el 13.0% del presupuesto de inversión del país destinada a gastos de capital (año 2017).

Contingencias fiscales derivadas de la activación de las cláusulas de equilibrio económico financiero

- Los Contratos de APP establecen cláusulas de restablecimiento de equilibrio económico financiero a favor de los concesionarios, el cual es invocado por las partes únicamente en caso dicho equilibrio se vea afectado, exclusivamente debido al cambio de leyes aplicables, en la medida en que dichos cambios tengan impacto directo con aspectos económicos financieros vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el inversionista.
- Asimismo, cabe señalar que los Contratos de APP tienen la cobertura de un Decreto Supremo mediante el cual se otorga seguridades y garantías del Estado de la República del Perú en respaldo de declaraciones, seguridades y obligaciones a cargo del Concedente
- De esta manera, en estos supuestos será el Estado a través de las entidades concedentes los obligados a restablecer el equilibrio al momento anterior a la afectación en los aspectos económicos financieros producida por los cambios en las leyes aplicables. Dicho de otra manera, el Estado tiene la obligación de compensar por la afectación generada por los cambios normativos. Por lo que, al expedirse la Autógrafa de Ley existe una alta probabilidad que se genere una variación en los ingresos o costos de los concesionarios incluidos en mérito del numeral iv) del artículo 2 y que debido al mecanismo de restablecimiento equilibrio económico financiero contemplado en los contratos de APP, el Estado asuma la contingencia fiscal derivada de la obligación contractual de compensar al concesionario (socios, consorciados y asociados) por el impacto de la Autógrafa de Ley en sus ingresos en las concesiones.

La definición de Persona Comprendida podría extenderse indefinidamente

- La propuesta contenida en la Autógrafa de Ley contraviene el deber de individualización del agente, en razón del cual éste debe estar debidamente determinado y plenamente individualizado. Esta afirmación se sustenta al considerar lo siguiente:
 - A la fecha existen diversas empresas que calificarían en el supuesto regulado en el literal (iv) del artículo 2 de la Autógrafa de Ley, por lo tanto, adquirirían la calidad de Personas Comprendidas.

- Si en el futuro, dichas empresas fueran declaradas responsables, en razón de una sentencia judicial firme derivadas de un debido proceso, calificarían dentro de los supuestos regulados en los literales (i) y (ii) de la Autógrafa de Ley.
 - Como consecuencia de esta circunstancia, cualquier empresa que hubiera suscrito contratos de consorcio con las empresas indicadas en el párrafo precedente, también adquirirían la condición de personas comprendida, por el supuesto regulado en el literal (iv) del artículo 2 de la Autógrafa de Ley.
- De esta manera, la definición de Persona Comprendida podía extenderse indefinidamente por el solo hecho de haber participado en licitaciones con un porcentaje mayor al 5%, independientemente de que se hayan cometido o no, actos de corrupción.
 - Esta situación se agrava al considerar que, tal como sucede en otros países, ante la necesidad de conocer el mercado peruano, así como las reglas aplicables a los proyectos de inversión, el ingreso de nuevos inversionistas extranjeros suele realizarse de manera conjunta con socios locales. Esta es una condición válida, en tanto permite a potenciales inversionistas reducir significativamente los costos derivados de la curva de aprendizaje y presentar propuestas técnicas y económicas más competitivas.
 - No obstante, si se opta por la medida propuesta en la autógrafa de ley, se estaría restringiendo la participación de empresas locales respecto a las cuales no se ha emitido una sentencia judicial firme, obstaculizando el ingreso de potenciales inversionistas, los cuales, ante la falta de conocimiento del sistema de inversiones peruano, deberán incluir en su evaluación la mayor cantidad de riesgos o contingencias, lo que generará la presentación de propuestas menos competitivas.
 - A ello debe agregarse que la modificación propuesta podría afectar la confianza de nuevos inversionistas con impactos irreversibles en el corto plazo, dado que no solo se generarían los efectos ya advertidos en las normas del Sistema de Nacional de Promoción de la Inversión Privada, sino que se involucraría a todo el marco jurídico peruano, incluyendo a las normas del sistema comercial, societario e incluso penal.
 - Esto a su vez implica desconocer que los agentes interactúan en el mercado de manera permanente, contratando y asociándose como parte natural de las actividades económicas que desarrollan. Esto se debe a que las normas de derecho privado permiten a los agentes conocer los límites de su responsabilidad, de modo que si estos deciden participar lícitamente en el mercado, sólo estarán sujetos a los resultados económicos favorables o desfavorables de la actividad o negocio que desarrollan.
 - En ese sentido, al incorporar una medida como la contenida en la Autógrafa de Ley, se estaría introduciendo en el mercado un clima de desconfianza entre los agentes económicos, dado que éstos, al participar de manera conjunta (con asociados, consorciados o socios en sociedades de propósito especial); no solo dependerían del actuar lícito en dicho negocio, sino del actuar lícito de sus asociados, consorciados o socios, en cualquiera de los negocios en los que estos últimos participen o hayan participado.
 - De esta manera llegaríamos a la situación extrema en la que, dos empresas consorciadas que no han participado en ningún acto de corrupción en los negocios a su cargo, podrían ser incorporadas dentro los alcances del Decreto de Urgencia N° 003-2017, si al menos una de ellas hubiera contratado en algún momento con una empresa comprendida en actos de corrupción, o peor aún, con empresas que, sin haber cometido actos de corrupción, alguna vez hubieran contratado con personas comprendidas en actos de corrupción; extendiendo la cadena de manera indefinida.



- Bajo estas circunstancias, ninguna labor de debida diligencia sería idónea, debido a que se requeriría conocer con qué empresas ha contratado la contraparte en un negocio, y las sucesivas contrataciones de cada una de ellas. Por lo tanto, la única decisión diligente sería no asociarse o consorciarse con ninguna empresa, pues solo de esa manera se podría tener certeza de no ser incorporado en el futuro en el marco del Decreto de Urgencia N° 003-2017.
- Esto no solo desincentivaría, sino además inviabilizaría el ingreso de nuevos inversionistas, porque a pesar de las labores de debida diligencia que realicen, siempre existirá el riesgo de ser incorporado en los alcances del Decreto de Urgencia N° 003-2017, lo que incluirá la aplicación de las medidas preventivas de retención de pagos y la aplicación del procedimiento de adquisición.
- Por lo expuesto, la señal que enviaría el Estado Peruano sería la de evitar el ingreso de nuevos inversionistas; más aún si se considera que según la autógrafa, la sola declaración o imputación de terceros es causal suficiente para que el Estado retenga sus ingresos, o imponga cargas y gravámenes sobre su patrimonio.

Inconsistencia de la Autógrafa de Ley con el objetivo de la norma

- El texto propuesto en el numeral iv) del artículo 2 de la Autógrafa indica: "(...) hayan actuado con una participación mayor al 5% en la adjudicación sobre contratos vigentes suscritos con el Estado (...)" que genera las siguientes consecuencias:
 - Aplicación retroactiva de la norma, dado que aplicaría incluso a personas jurídicas que si bien en algún momento participaron en los proyectos con las personas incluidas en los numerales (i) y (ii), al día de hoy no forman parte de dicha relación.
 - Impide la venta de los activos de las Personas Comprendidas, dado que el comprador (persona no comprendida) seguiría sujeto a las medidas establecidas en el Decreto de Urgencia (retención de pagos, retención del precio de venta de activos y suspensión de transferencias al exterior).
- Es importante señalar que el objetivo del Decreto de Urgencia N° 003-2017 –que es reconocido expresamente la Autógrafa-, es promover la salida ordenada de las empresas corruptas (confesas o sentenciadas), estableciendo para ello un procedimiento para la adquisición de activos para el ingreso de nuevos inversionistas que no hayan incurrido en actos de corrupción, lo que permitirá que el Estado dé por concluidas las relaciones contractuales que a la fecha mantiene con personas comprendidas en actos de corrupción, asegurando la continuidad de las inversiones, dado que los nuevos inversionistas continuarán con la ejecución del proyecto hasta su culminación.
- De esta manera, el Decreto de Urgencia en el artículo 4 regula el procedimiento de autorización de la venta de las Personas Comprendidas y el artículo 6, numeral 6.2 establece que el producto de la venta se destina al pago de la reparación civil como condición previa a la autorización que realiza el MINJUS. Con dichas medidas se cumplen tres objetivos: i) se cautela el pago de la reparación civil a favor del Estado al depositar el monto del producto de la venta en un fideicomiso a favor del estado; ii) promueve la salida de las empresas corruptas (sentenciadas o confesas); y, iii) al ingresar nuevos inversionistas que no hayan incurrido en actos de corrupción asegurando la continuidad de las inversiones y la cadena de pagos.
- La Autógrafa recoge dichas regulaciones, y adicionalmente, incorpora el numeral 4.4 del artículo 4, a fin de señalar que los activos materias de transferencia a un nuevo comprador

16

—en tanto sigan el procedimiento previsto en la norma- quedan legalmente saneados por lo que no serán sujetos de afectación por los actos de las empresas corruptas (confesas o sentenciadas). Dicha medida cumple la función de proteger la venta al mitigar el riesgo del comprador de asumir pasivos de las empresas corruptas, coadyuvando con el objetivo original del Decreto de Urgencia y con ello, facilitando la salida de las empresas corruptas.

- Sin embargo, la redacción propuesta en el numeral iv) del artículo 2, frustra todo intento de venta de los activos dado que un activo, a pesar de haber sido transferido a un tercero (empresa no corrupta) seguirá siendo sujeto a las medidas previstas en el Decreto de Urgencia, castigando al comprador por los actos cometidos por las empresas corruptas. Ello evidencia una inconsistencia en la Autógrafa de Ley, dado que a través de los artículos 4 y 6 promueven la venta, pero el numeral iv) del artículo 2 la convierte en inviable.
- Por ello, sin perjuicio de la alternativa propuesta líneas siguientes, se plantea sustituir dicho texto por el siguiente: “(...) *hayan actuado con una participación mayor al 5% en la adjudicación y mantengan la calidad de socios, consorciados o asociados en contratos vigentes suscritos con el Estado (...)*”, de manera que el texto no vulnere el principio de irretroactividad de la norma.

Consecuencias sobre aspectos tributarios

- Respecto a los numerales 5.1 y 5.4 del artículo 5, referido a la retención de pagos por entidades del Estado, se manifiesta lo siguiente:

- Numeral 5.1: Establece la fórmula de cálculo de la retención de recursos para destinatarios al fideicomiso de retención regulado en el artículo 6.

Al respecto, se entiende que sólo es una fórmula de cálculo de la retención de recursos que se abonarían al fideicomiso, por lo que se mantienen las obligaciones tributarias de los sujetos comprendidos en el Decreto de Urgencia N° 003-2017 de acuerdo con las leyes de la materia. El único efecto de la modificación de la fórmula en el párrafo 5.1, es que se está cambiando la retención debido al reemplazo de la frase “después de tributos” (del texto vigente del Decreto de Urgencia N° 003-2017) por “después de impuestos”.

- **Numeral 5.4:** Establece que las medidas cautelares previas dictadas por la Administración Tributaria se aplican luego de efectuadas las retenciones que se abonan al fideicomiso y que tales medidas recaen sobre el exceso de los fondos objeto de retención.

Al respecto, se considera que dicha medida **está limitando las posibilidades de asegurar el cobro de la deuda tributaria lo cual perjudicaría a la Administración Tributaria en el cumplimiento de sus fines.**

- Respecto a los numerales 6.4 del artículo 6, referido al Fideicomiso de Retención: Establece que, en caso que los fondos abonados en las cuentas del patrimonio fideicometido excedan la cifra estimada de reparación civil comunicada por la procuraduría, dichos fondos se destinan en primera lugar de prelación al pago de deudas tributarias, incluidos los créditos de Seguridad Social de Salud – ESSALUD, exigible a la fecha de la referida comunicación.
- Al respecto, se observa que si bien los fondos del fideicomiso cubrirían en primer orden de prelación las deudas tributarias de los sujetos comprendidos en el ámbito del Decreto de Urgencia N° 003-2017 incluidos los créditos del ESSALUD, se está dejando en tercer

orden de prelación a los aportes impagos a los diversos regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional - ONP, no obstante que dichos aportes tienen naturaleza tributaria de contribuciones.

De otro parte no resulta claro si la Administración Tributaria, a efectos de hacer el cobro de la deuda tributaria, tendría que esperar el final de los procesos judiciales de los sujetos comprendidos en el ámbito de la aplicación del Decreto de Urgencia N° 003-2017, a fin de determinar si hay un exceso en los fondos del fideicomiso luego del pago de la reparación civil o si ello no sería necesario pudiendo cobrar la deuda tributaria luego de ingresados los recursos del fideicomiso.

- Respecto de la segunda Disposición Complementaria Final referida a la facultad de recaudación de la Administración Tributaria:

La mencionada disposición establece que la Administración Tributaria durante la vigencia de la norma, sólo podrá trabar medidas cautelares previas de embargo en forma de retención a terceros y de fondos de cuentas corrientes del deudor tributario, dictadas al amparo de los artículos 56 al 58 del Código Tributario³ y que tales medidas serán aplicables en tanto el deudor no cuente con otro medio para garantizar el monto de la deuda respecto del cual se traba la medida.

Al respecto, cabe indicar que mediante dicha Disposición se está limitando la facultad de cobranza de la Administración Tributaria, la cual se sustenta en la consecución de fines públicos con base constitucional. Nótese que el tributo tiene por finalidad el financiamiento de los servicios públicos tales como salud, educación, seguridad, entre otros.

4. Propuesta de artículos para viabilizar la autógrafa de ley

- Para viabilizar los objetivos propuestos por el Decreto de Urgencia original, así como garantizar la continuidad de los proyectos que se verían afectados con la Autógrafa de Ley, se proponen los siguientes artículos:

a) Alternativa para mitigar impactos negativos del artículo 2

Artículo 2. Sujetos comprendidos

El presente Decreto de Urgencia es aplicable a las personas jurídicas o entes jurídicos siguientes:

(...)

lv) Que, en calidad de socios, consorciados o asociados bajo cualquiera de las formas asociativas o societarias previstas por ley, hayan actuado con una participación mayor al 5% en la adjudicación y mantengan la calidad de socios, consorciados o asociados en contratos vigentes suscritos con el Estado, conjuntamente con los sujetos comprendidos en los acápite (i) y (ii) de dicho artículo.

(...)

- Como señalamos previamente, el objetivo del Decreto de Urgencia N° 003-2017 –que es reconocido expresamente la Autógrafa-, es promover la salida ordenada de las empresas corruptas (confesas o sentenciadas), estableciendo para ello un procedimiento para la adquisición de activos para el ingreso de nuevos inversionistas que no hayan incurrido en actos de corrupción, lo que permitirá que el Estado dé por concluidas las relaciones contractuales que a la fecha mantiene con personas comprendidas en actos de corrupción, asegurando la continuidad de las inversiones, dado que los nuevos inversionistas continuarán con la ejecución del proyecto hasta su culminación.

- Para ello, el texto propuesto busca viabilizar el proceso de venta, de manera que conjuntamente con la modificatoria del numeral 4.4 del artículo 4, genera seguridad jurídica en el proceso de transferencia de activo.

b) Alternativa para viabilizar el proceso de venta cautelando los intereses del Estado en la reparación civil y evitando la ruptura de la cadena de pagos

6.2 El Procurador Público del Estado que corresponda, a solicitud del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, determina el monto estimado, a ese momento, de la reparación civil a favor del Estado por concepto de daños y perjuicios ocasionados por las personas comprendidas en el artículo 2, conforme los plazos que establezca el reglamento de la presente norma.

En el marco del procedimiento previsto en el artículo 4, el solicitante deberá presentar una solicitud de transferencia, indicando el monto correspondiente al precio de venta de los bienes, derechos, acciones, participaciones o valores a ser pagados a favor de las Personas Comprendidas. Asimismo, informará sobre el valor de empresa determinado en la venta, lo que incluye el valor presente de los ingresos y costos del proyecto, así como el saldo de caja y efectivo del proyecto y el reconocimiento de las deudas por cobrar y por pagar a trabajadores, proveedores y tributos.

Tratándose de proyectos, este precio de venta es resultante de la diferencia entre el valor de empresa y las deudas financieras asumidas exclusivamente para el desarrollo del proyecto. Se excluyen dentro de dichas deudas financieras aquellas contraídas con las Personas Comprendidas ni las deudas asumidas por los accionistas.

La retención se hará sobre el íntegro del precio de la venta hasta el monto que cubra la reparación civil estimado por el Procurador Público del Estado, que corresponda. Para ello, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos podrá contar con la asistencia de uno o más expertos, con reconocida solvencia e idoneidad verificarán que las deudas financieras se encuentren vinculadas exclusivamente para la ejecución del proyecto y no se trate de obligaciones a favor de Personas Comprendidas o deudas asumidas por accionistas. A efectos de contratar a los expertos señalados en la presente norma, no será de aplicación la Ley N° 30225.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, dentro del plazo que determine el reglamento de la presente norma, emite su pronunciamiento sobre la solicitud de autorización de transferencia.

- Esta medida toma como referencia el monto de la reparación civil que haya estimado la Procuraduría Pública en el ejercicio de sus funciones, por lo que corresponderá al MINJUS solicitarle que informe sobre el valor de dicho monto.
- Asimismo, a fin de brindar mayor imparcialidad y rigurosidad técnica a la determinación de los montos a ser depositados en el Fideicomiso de Retención y Reparación, se propone que dicha labor pueda ser encargada a uno o más expertos de reconocido prestigio e idoneidad seleccionados por el MINJUS, quienes deberán determinar que los montos se encuentren previstos en los supuestos establecidos para la determinación del precio de venta.
- Asimismo, se ha identificado que la generalidad del texto de la Autógrafa de Ley no permite la exclusión de supuestos que podrían generar conductas no deseadas, dejando

abierta la posibilidad de adoptar acuerdos que permitan a las Personas Comprendidas reducir los recursos disponibles para el pago de la reparación civil.

- Para tal fin, se plantea el concepto de “Valor de Empresa”, el cual incluye entre otros, el valor presente de los ingresos y costos del proyecto, así como el saldo de caja y efectivo del proyecto y el reconocimiento de las deudas por cobrar y por pagar a trabajadores, proveedores y tributos. De esta manera, el “Precio de Venta” es resultante de la diferencia entre el valor empresa y las deudas financieras asumidas exclusivamente para el desarrollo del proyecto.
- Con esta propuesta también se permitirá garantizar la cadena de pagos, dado que el concepto de “Valor de Empresa”, incluye tanto a los proveedores, trabajadores y deudas tributarias, por lo que resulta consistente con el objetivo del Decreto de Urgencia N° 003-2017 y con los conceptos propuestos en la Autógrafa de Ley. Asimismo, garantiza el pago de las deudas financieras contraídas para el desarrollo del proyecto; sin necesidad de que el Estado, a través del MINJUS, asuma un rol de garante o responsable por el pago de las obligaciones asumidas por Personas Comprendidas.
- De esta manera, la propuesta permite asegurar el pago de las cuentas por pagar vigentes con los trabajadores, proveedores, bancos, pago de tributos, así como el pago futuro de dichos compromisos dado que el valor empresa constituye el valor presente de los beneficios económicos derivados del activo en transferencia, incluyendo los saldos de cuentas por pagar y deudas financieras, lo cual permite que la generación de efectivo de los periodos posteriores a la venta permitan el pago de dichas cuentas por pagar y deudas vigentes. Con ello, se asegura el adecuado cumplimiento de los compromisos de pago a los trabajadores, tributos, proveedores e instituciones del sistema financiero y/o mercado de capitales evitando afectar la economía del país.
- Adicionalmente, esta propuesta permite el cálculo del valor de las acciones, brindando predictibilidad al Estado sobre las deudas financieras que asumirá el proyecto. En ese sentido, la propuesta de mecanismo de retención permite asegurar el pago de deudas financieras contraídas con el sistema financiero y/o mercado de capitales, debido a que el incumplimiento de estos compromisos pondría en riesgo no sólo la solvencia del proyecto, sino que incrementaría las tasas de interés de los proyectos de infraestructura, cuyo pago es asumido por los usuarios de la infraestructura y/o todos los peruanos a través del pago de tributos.
- Adicionalmente, para evitar que el precio de venta sea subvaluado artificialmente y que los recursos del proyecto sean utilizados indebidamente para pagos de deudas financieras con empresas vinculadas a las Personas Comprendidas, la propuesta evita este tipo de prácticas para derivar los fondos de proyectos para pagos de deudas con vinculadas.
- De esta manera, no solo se busca dotar al procedimiento de mayor imparcialidad a través un grupo de expertos, sino además se brindan parámetros objetivos que permitan dotar de predictibilidad y certidumbre a la evaluación que realicen, evitando al mismo tiempo la exclusión de recursos que podrían ser utilizados para el pago de la reparación civil.
- De modo complementario, se debe precisar que las medidas dispuestas en la norma, no limitan o restringen las acciones o medidas que pueda interponer la Procuraduría Pública en los procesos a su cargo, los cuales se rigen por las normas del derecho común. En ese sentido, si los recursos provenientes de las transferencias resultaran insuficientes para el pago de la reparación civil, la Procuraduría Pública deberá adoptar las medidas legales y procesales que a su juicio estime pertinentes.

c) Alternativa para cautelar el pago de la reparación civil respetando principios de proporcionalidad y razonabilidad

- Considerando las observaciones expuestas y la voluntad manifiesta del Congreso de la República, resulta razonable la implementación de medidas que tengan por finalidad asegurar el pago de la reparación civil y a la vez, permitan brindar tratamientos jurídicos distintos a situaciones claramente diferenciadas. Para tal efecto, se propone lo siguiente:

Artículo 6.A- Medidas para asegurar el pago de la reparación civil y evitar ruptura de la cadena de pagos

6.A.1 *Tratándose de las Personas Comprendidas en el numeral iv) del artículo 2 de la presente norma, establézcase la obligación de la constitución de un fideicomiso sobre sus activos con el fin de garantizar el pago de la reparación civil y los intereses a favor del Estado peruano, evitar la ruptura de la cadena de pagos y mantener la continuidad de la ejecución de obras públicas y de la prestación de servicios públicos. Este artículo sustituye a las medidas previstas en los artículos 4, 4-A y 5 de la presente norma.*

6.A.2 *Las Personas Comprendidas en el numeral iv) del artículo 2 tendrán un plazo máximo de 90 días hábiles para la constitución de un fideicomiso de garantía sobre los activos, bienes, derechos, acciones o participaciones cuyo valor, de manera individual o conjunta, sea igual o superior al monto estimado para cautelar los pagos por reparación civil. Dicho plazo se cuenta desde la estimación de dicho monto.*

6.A.3 *Cada fideicomiso estará conformado por el fideicomitente, representado por las Personas Comprendidas en el numeral iv) del artículo 2, el cual transfiere en dominio fiduciario, activos, bienes, derechos, acciones o participaciones a otra persona, denominada Fiduciario, con la finalidad de constituir un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de éste último y afecto al cumplimiento de cubrir el monto estimado para cautelar la reparación civil a favor del Estado por concepto de daños y perjuicios. Semestralmente se actualizará el valor del patrimonio fideicometido a efectos de mantener el equivalente del monto estimado de reparación civil.*

6.A.4 *El fideicomitente podrá sustituir los bienes entregados en fideicomiso por otros activos, bienes, derechos, acciones o participaciones cuyo valor, de manera individual o conjunta, sea igual o superior al monto estimado. Podrá incluirse dentro de dicho fideicomiso una carta fianza por el monto estimado siempre que sea emitida por una entidad autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros y ostente carácter incondicional, irrevocable y de realización automática.*

6.A.5 *Para la exclusiva aplicación del presente artículo, la estimación del monto para coadyuvar al pago de la reparación civil contará con la asistencia de uno o más expertos, con reconocida solvencia e idoneidad, con el fin de estimar el monto que retenga un valor equivalente al íntegro de los dividendos percibidos por la Persona Comprendida derivada de su participación en el consorcio, asociación o contrato respectivo referido en el numeral iv) del artículo 2, o el íntegro del patrimonio neto correspondiente a la participación de la Persona Comprendida en el consorcio, asociación o contrato respectivo referido en el numeral iv) del artículo 2, lo que resulte mayor, los cuales se actualizarán semestralmente.*

6.A.6 En caso que a las Persona Comprendida en el numeral iv) del artículo 2, se les incluya dentro de los alcances de los numerales i) al iii) del artículo 2, se le aplicarán automáticamente las medidas previstas en los artículos 4, 4-A y 5 de la presente norma.

- La propuesta se sustenta al considerar que las Personas Comprendidas en el Decreto de Urgencia N° 003-2017, y las nuevas Personas Comprendidas que serían incorporadas por la Autógrafa de Ley, se encuentran en situaciones jurídicas distintas, dado que mientras las primeras han admitido su culpabilidad por la comisión de actos de corrupción, las segundas se encuentran en investigación en sede fiscal o judicial. En este contexto, resulta razonable establecer medidas proporcionales, sin descuidar la necesidad de garantizar el pago de la reparación civil.
- La propuesta consiste en disponer que dentro de un plazo no mayor a 90 días hábiles, las nuevas Personas Comprendidas que serían incorporadas por la Autógrafa de Ley, constituyan un Fideicomiso en garantía; sustituyendo la obligación establecida en los artículos 4, 4-A y 5 de la Autógrafa de Ley. A ello debe agregarse que los activos, bienes, derechos, acciones o participaciones que sean otorgados en garantía, pueden cubrir el monto de manera individual o conjunta; y no se limitan a aquellos que sean de titularidad de las nuevas Personas Comprendidas. Esto se debe a que el objetivo de la medida es garantizar la disponibilidad de recursos sobre los cuales se aplicará el pago de la reparación civil de corresponder.
- Asimismo, se mantiene la restricción de realizar transferencias al exterior, por lo que, si bien se permite mantener en marcha a la empresa, éstos serán mantenidos dentro del territorio peruano y no sean desviados para cualquier otro fin que no sea para servir en la continuidad de los proyectos, manteniendo el correcto funcionamiento de la cadena de pagos y garantizando la prestación de servicios públicos.
- Al igual que en la propuesta anterior, a fin de brindar mayor imparcialidad a la determinación de los montos a ser depositados en el Fideicomiso de Retención y Reparación, se propone que dicha labor esté a cargo de uno o más expertos de reconocido prestigio e idoneidad seleccionados por el Ministerio de Justicia.
- Asimismo, para dotar de mayor predictibilidad y certidumbre la labor a cargo de dichos expertos, la propuesta establece que el monto a retener debe ser el mayor monto resultante de comparar, el Patrimonio Neto o los Dividendos Percibidos por la Persona Comprendida derivada de la participación que ostenten en el consorcio, asociación o contrato respectivo referido en el numeral iv) del artículo 2, lo que resulte mayor.
- A tal efecto debe considerarse que el Patrimonio Neto de una empresa es el monto resultante de la suma del capital social de la empresa, reserva legal y resultados acumulados, principalmente. Sin embargo, ante la posibilidad de que dicha empresa haya logrado extraer todo o parte del eventual beneficio ilícito que hubiera podido obtener de su participación en el proyecto, se deja abierta la opción de exigir que la garantía cubra el monto de los dividendos percibidos por la persona comprendida.
- De modo complementario, se debe precisar que las medidas dispuesta en la norma, no limitan o restringen las acciones o medidas que pueda interponer la Procuraduría Pública en los procesos a su cargo, los cuales se rigen por las normas del derecho común.

d) Alternativa para optimizar las retenciones de pagos por las entidades del Estado

- El artículo 5 de la Autógrafa de Ley modifica la regulación sobre las retenciones que realiza la entidad pública en los pagos que realice a las Personas Comprendidas derivados de acuerdos contractuales (contratos de obra pública, APP, entre otros). No obstante, es necesario mencionar la problemática que se ha derivado de la implementación de dicho artículo y aquellas que se derivarían del texto propuesto en la Autógrafa:
- El concepto de margen de utilidad neto después de impuestos de los últimos años en proyectos similares no es consistente con el objetivo de la norma, que es retener la utilidad del accionista en el proyecto (y no en aquellos proyectos similares).
 - La propuesta no recoge la distinta situación en la que se encuentran los proyectos, aquellos que estén en fase constructiva o iniciando operación, su margen será negativo, a diferencia de aquellos que llevan un tiempo razonable en operación posiblemente reflejen un margen de utilidad positivo.
 - Dada la configuración de las APP, la integridad de los ingresos del proyecto se encuentra cedida a un fideicomiso en garantía la cual establece sus propios criterios de prelación para el pago, dejado al final de la cadena, los dividendos de los accionistas.
 - El segundo párrafo del numeral 5.1 desnaturaliza el esquema de la contratación pública, al desconocer que las proyecciones de la entidad pública difieren de la oferta económica que se integra al contrato.
- En la práctica, se ha advertido la disimilitud en la aplicación de dicho artículo lo que genera incertidumbre en el mercado, dado que las entidades han establecido márgenes que van desde cero (0) hasta aproximadamente 7% de cada pago. Asimismo, dada la propuesta (que considera los últimos cinco años), anualmente dicho margen se tendría que volver a revisar, generando incertidumbre en su aplicación. A fin de evitar la incertidumbre que genera en la continuidad de los proyectos, se propone lo siguiente:

Artículo 5: Retención de pagos por entidades del Estado

5.1 Las entidades del Estado que deban de efectuar algún pago por cualquier título a favor de los sujetos a los que se refiere el artículo 2, así como a las sociedades o consorcios en los que éstos participen, incluyendo los correspondientes a los contratos de concesión, contratos de construcción o contratos de adquisición de bienes o prestación de servicios, están en la obligación de retener sobre cada pago que realicen conforme al contrato, un monto equivalente al 10% del pago respectivo, después de impuesto.

El margen de retención se aplica en función a la participación que corresponda a los sujetos a los que se refiere el artículo 2, salvo que ostenten garantías financieras otorgadas por el Estado Peruano.

- Cabe señalar que el porcentaje de retención estimado de 10% corresponde a la Tasa Social de Descuento General (8%), la cual se considera como indicador del costo de oportunidad en el que incurre el país cuando utiliza recursos para financiar proyectos, más un margen de inflación dado que los flujos sujetos a la retención son expresados a precios nominales.

- De esta manera, se genera predictibilidad y disminuye la discrecionalidad de las entidades al momento de determinar las retenciones, cautelando el futuro cobro de la reparación civil.

e) Alternativa para operativizar la medida de anotación preventiva

“Artículo 4-A Procedimiento de Anotación Preventiva

(...)

4.A.7 Para efectos de la anotación preventiva, en el Reglamento se establece los mecanismos para que las Personas Comprendidas entreguen la información que permita individualizar los actos inscribibles, a fin de implementar el presente artículo.”

- Conforme señaláramos previamente, el procedimiento de anotación preventiva es entendido como una medida temporal que se orienta a que la población conozca de los bienes cuyos titulares se encuentran comprendidos bajo los alcances del Decreto de Urgencia. De esta forma, la anotación preventiva se mantiene hasta que se efectúe el pago total del monto de la reparación civil a favor del Estado y se haya cumplido con las obligaciones establecidas en el numeral 6.1 del artículo 6, o hasta que se haya emitido una sentencia absolutoria consentida o ejecutoriada a favor de los sujetos comprendidos en el artículo 2.
- Sin embargo, consideramos que, para activar el mecanismo de anotación preventiva, de acuerdo con el procedimiento previsto en el numeral bajo comentario, es necesario que en la Autógrafa se incorpore la propuesta formulada, disponiéndose que las empresas cumplan con entregar previamente la información sobre sus activos, bajo determinadas sanciones en caso de encubrimiento respecto a sus inventarios.

5. Recomendación final

Adicional a las alternativas previstas en el numeral anterior, se sugiere la siguiente mejora:

- Modificar el Artículo 1, con el siguiente texto.

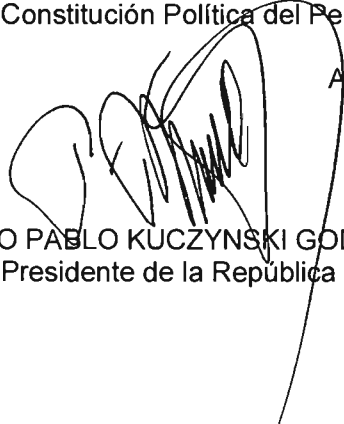
Artículo 1.- Objeto

El presente Decreto de Urgencia tiene por objeto promover la continuidad de la ejecución de obras públicas y de la prestación de servicios públicos; evitar la ruptura de la cadena de pagos que ponen en grave riesgo el desempeño económico del país, como consecuencia de actos de corrupción efectuados por o a través de las empresas concesionarias o contratistas, o de sus socios o partes del consorcio, que hayan sido condenadas o hayan admitido la comisión de delitos contra la administración pública o de lavado de activos, a fin de coadyuvar a la sostenibilidad económica y cautelar los el pago de la reparación civil y los intereses del Estado en el marco de la Constitución y las leyes.

El Decreto de Urgencia tiene carácter preventivo, extraordinario y no sustituye a los remedios y mecanismos de tutela judicial y extrajudicial.

Por las razones expuestas, se observa la mencionada Autógrafa Ley, en aplicación del artículo 108 de la Constitución Política del Perú.

Atentamente,


PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD
Presidente de la República


MERCEDES ARÁOZ FERNÁNDEZ
Presidenta del Consejo de Ministros

24

1410/2016-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 19 de Noviembre de 2016

Pase a las Comisiones de Constitución y Reglamenteo; Fiscalización y Contraloría, con cargo de dar cuenta de este procedimiento al Consejo Directivo.

JOSÉ F. CEVASCO PIEDRA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPUBLICA



EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:



LEY QUE MODIFICA EL DECRETO DE URGENCIA 003-2017, DECRETO DE URGENCIA QUE ASEGURA LA CONTINUIDAD DE PROYECTOS DE INVERSIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y CAUTELA EL PAGO DE LA REPARACIÓN CIVIL A FAVOR DEL ESTADO EN CASOS DE CORRUPCIÓN



Artículo 1. Finalidad de la Ley

La presente ley tiene por finalidad modificar el Decreto de Urgencia 003-2017, Decreto de Urgencia que asegura la continuidad de proyectos de inversión para la prestación de servicios públicos y cautela el pago de la reparación civil a favor del Estado en casos de corrupción. Principalmente, introduce mejoras a la norma, a fin de procurar el cumplimiento en forma eficaz de sus finalidades y objetivos establecidos, incorporando el procedimiento de anotación preventiva en los registros públicos en los que consten inscritos los bienes, derechos, activos, acciones, participaciones u otros valores representativos de derechos de participación de los sujetos comprendidos en su artículo 2, ampliando el plazo de vigencia del Decreto de Urgencia 003-2017, y disponiendo un informe anual sobre sus avances ante el Congreso de la República.

Artículo 2. Modificación de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del Decreto de Urgencia 003-2017, Decreto de Urgencia que asegura la continuidad de proyectos de inversión para la prestación de servicios públicos y cautela el pago de la reparación civil a favor del Estado en casos de corrupción

Modifícanse los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del Decreto de Urgencia 003-2017, Decreto de Urgencia que asegura la continuidad de proyectos de inversión para la prestación de servicios públicos y cautela el pago de la reparación civil a favor del Estado en casos de corrupción, en los términos siguientes:



“Artículo 1. Objeto

El presente decreto de urgencia tiene por objeto promover la continuidad de la ejecución de obras públicas y de la prestación de servicios públicos; evitar la ruptura de la cadena de pagos, como consecuencia de actos de corrupción efectuados por o a través de las empresas concesionarias o contratistas, o de sus socios o partes del consorcio, que hayan sido condenados o admitido la comisión de delitos contra la administración pública o de lavado de activos, a fin de coadyuvar a la sostenibilidad económica; y cautelar el pago de la reparación civil y los intereses del Estado peruano.

Artículo 2. Sujetos comprendidos

El presente decreto de urgencia es aplicable a las personas jurídicas o entes jurídicos siguientes:

- (i) Condenados o cuyos funcionarios o representantes hayan sido condenados, en el país o en el extranjero, mediante sentencia consentida o ejecutoriada por delitos contra la administración pública, o lavado de activos, o delitos equivalentes en caso estos hayan sido cometidos en otros países en agravio del Estado peruano.*
- (ii) Que, directamente o a través de sus representantes, hubiesen admitido o reconocido la comisión de cualquiera de los delitos antes descritos ante alguna autoridad nacional o extranjera competente.*
- (iii) Vinculados a los mencionados en los acápite (i) y (ii) precedentes.*
- (iv) Que, en calidad de socios, consorciados o asociados bajo cualquiera de las formas asociativas o societarias previstas por ley, hayan actuado con una participación mayor al 5% en la adjudicación sobre contratos vigentes suscritos con el Estado, conjuntamente con los sujetos comprendidos en los acápite (i) y (ii) de dicho artículo.*

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos elabora una relación de sujetos comprendidos en el presente artículo. Dicha información se publica



en su portal institucional y es actualizada mensualmente, bajo responsabilidad del titular de la entidad.

Para efectos de lo dispuesto en el presente decreto de urgencia se entiende por:

1. Vinculados:

- (i) Cualquier persona jurídica o ente jurídico que sea propietario de más del diez por ciento (10%) de las acciones representativas del capital social o tenedor de participaciones sociales o que directa o indirectamente participe en dicho porcentaje en la propiedad de esta.
- (ii) Cualquier persona que ejerce un control sobre esta y las otras personas sobre las cuales aquella ejerce también un control.
- (iii) Cualquier persona jurídica o ente jurídico de un mismo grupo económico.

2. Control: es la capacidad de dirigir o determinar las decisiones del directorio, de la junta de accionistas o socios, o de otros órganos de decisión de una persona jurídica o del órgano de administración de un patrimonio autónomo.


3. Entes Jurídicos: son fondos de inversión, patrimonios fideicometidos y otros patrimonios autónomos gestionados por terceros, que carecen de personería jurídica. Para estos efectos, no califican como entes jurídicos los fondos mutuos de inversión en valores ni los fondos de pensiones.


4. Grupo Económico: es el conjunto de entidades, nacionales o extranjeras, conformadas por al menos dos entidades, cuando alguna de ellas ejerce el control sobre la o las demás o cuando el control sobre las entidades corresponde a una o varias personas naturales que actúan como unidad de decisión.

5. Persona: persona natural o jurídica.

28




- 
6. *Subsidiaria: es aquella persona jurídica, cuyas acciones representativas del capital social o participaciones sociales son poseídas, en todo o en más del cincuenta por ciento (50%) por otra persona, directamente o a través de otra subsidiaria o; toda persona jurídica sobre la cual se ejerce control, así como de sus subsidiarias, de ser el caso.*



Artículo 3. Suspensión de transferencias al exterior

Se suspende el derecho de los sujetos comprendidos en el artículo 2, de transferir al exterior bajo cualquier título, total o parcialmente, lo siguiente:

- 
- (i) *Capitales provenientes de las inversiones en el país, incluyendo la venta de activos, acciones, participaciones o derechos, sin importar que impliquen o no reducción de capital o liquidación parcial o total de empresas.*
 - (ii) *Dividendos o utilidades provenientes de su inversión, así como las contraprestaciones por el uso o disfrute de bienes ubicados físicamente en el país, y de las regalías y contraprestaciones por el uso y transferencia de tecnología, incluido cualquier otro elemento constitutivo de propiedad industrial.*

Esta suspensión se mantiene hasta que se efectúe el pago total del monto de la reparación civil a favor del Estado y se haya cumplido con las obligaciones establecidas en los numerales 6.1 y 6.4 del artículo 6, o hasta que se haya emitido una sentencia absolutoria consentida o ejecutoriada a favor de los sujetos comprendidos en el artículo 2.

En los casos en que sea necesario realizar transferencias al exterior por concepto de pago de deuda a acreedores que afecten el valor de las concesiones o de los activos ubicados en el Perú de titularidad de los sujetos a los que se refiere el artículo 2, dichas transferencias deben ser previamente aprobadas, conforme a los lineamientos y disposiciones que determine el



Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, bajo responsabilidad de su titular.

Artículo 4. Procedimiento para la adquisición

4.1 *La persona que pretenda adquirir, bajo cualquier título, algún bien, activo o derecho de cualquiera de los sujetos a los que se refiere el artículo 2, así como acciones, participaciones u otros valores representativos de derechos de participación emitidos por ellos, aun cuando estos bienes, activos, derechos, acciones, participaciones o valores hubieren sido transferidos en fideicomiso o bajo otra modalidad, debe presentar previamente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos una solicitud escrita manifestando su interés. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos puede requerir la información adicional y documentación sustentatoria que considere pertinente.*

4.2 *La adquisición o transferencia de dichos bienes, activos, derechos, acciones, participaciones o valores, sin seguir previamente el procedimiento establecido en el párrafo anterior o sin realizar el depósito previsto en el numeral 6.2 del artículo 6 del presente decreto de urgencia, así como cualquier sucesiva adquisición de dichos bienes, activos, derechos, acciones, participaciones o valores son nulas y generan responsabilidad solidaria para los adquirentes, conjuntamente con los sujetos comprendidos en el artículo 2 por el pago de la reparación civil que corresponda efectuar a favor del Estado. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través de su Procuraduría, inicia las acciones legales ante la autoridad judicial competente para la declaración de la nulidad correspondiente.*

4.3 *Los adquirentes a los que se refiere el párrafo anterior quedan impedidos para contratar con el Estado conforme al artículo 11 de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado.*



4.4 *En caso se realice la adquisición de los bienes, activos, derechos, acciones, participaciones o valores de los sujetos comprendidos en el artículo 2, siguiendo los procedimientos establecidos en el presente artículo y acreditando el depósito de las cifras correspondientes en las respectivas cuentas a que se refiere el numeral 6.2 del artículo 6, la anotación preventiva a la que se refiere el artículo 4-A se levantará de oficio, por lo que los bienes, activos, derechos, acciones, participaciones u otros valores representativos de derechos materia de transferencia, no podrán ser afectados, bajo ningún título, como consecuencia de las acciones u omisiones de los sujetos comprendidos en el artículo 2.*

Artículo 5. Retención de pagos por entidades del Estado

5.1 *Las entidades del Estado que deban efectuar algún pago por cualquier título a favor de los sujetos a los que se refiere el artículo 2, así como a las sociedades o consorcios en los que estos participen, incluyendo los correspondientes a contratos de concesión, contratos de construcción o contratos de adquisición de bienes o prestación de servicios, están en la obligación de retener sobre cada pago que realicen conforme al contrato, un monto estimado equivalente al promedio del margen de utilidad neta después de impuestos de los últimos cinco (5) años en proyectos similares.*

En caso que no se den las condiciones para el cálculo a que se refiere el párrafo anterior, el monto a retener es el equivalente al promedio del margen de utilidad neta después de impuestos proyectada para la suscripción del contrato respectivo y debidamente sustentada en el expediente técnico o documento análogo presentado ante la autoridad competente.

En cualquiera de los supuestos señalados en los párrafos anteriores del presente numeral, el margen de retención se aplica en función a la



participación que corresponda a los sujetos a los que se refiere el artículo 2.



- 5.2 Las entidades del Estado, en el marco de las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado, deben supervisar con el fin de asegurar que los recursos que sean transferidos a los concesionarios o contratistas se destinen exclusivamente a garantizar la continuidad, oportuna ejecución u operatividad de las obras de infraestructura y la prestación de los servicios públicos. Las entidades del Estado dictan los lineamientos y disposiciones correspondientes para fines de la aplicación de lo dispuesto en el presente párrafo.*

- 5.3 Los fondos objeto de retención son abonados por la entidad pública correspondiente en una cuenta del fideicomiso a que se refiere el artículo 6.*

- 5.4 Las medidas cautelares previas dictadas en virtud de la facultad de recaudación de la Administración Tributaria se aplican luego de efectuadas las retenciones a que hace referencia el presente artículo. La ejecución de tales medidas se realiza sobre el exceso de los fondos objeto de retención.*

- 5.5 El contratista que haya contratado con el Estado en el marco de las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado vigentes a la fecha de celebración del contrato respectivo, queda facultado para acordar la sustitución de la persona consorciada incurrida en alguno de los supuestos del artículo 2, manteniendo la relación jurídico-obligacional con la entidad pública en el marco del contrato correspondiente.*

Aquel que sustituya a la persona consorciada comprendida en el artículo 2, conforme a lo previsto en el presente numeral, debe cumplir los mismos requisitos establecidos para esta última en el marco de la convocatoria del procedimiento de selección que dio origen al contrato



suscrito inicialmente con el Estado y no debe encontrarse comprendida en los supuestos del artículo 2 de la presente norma.

En caso se produzca la sustitución, la entidad pública suscribe el acuerdo de modificación correspondiente, a fin de que la composición del contratista sea variada, sin perjuicio de los criterios que las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado vigentes a la fecha de celebración del contrato respectivo, tengan previstos como requisitos para la contratación con entidades públicas.

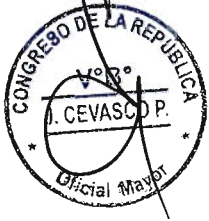
Una vez perfeccionada la modificación del consorcio o contrato asociativo, todo pago que deba efectuar el Estado no estará sujeto a la retención dispuesta en el presente artículo.

La sustitución debe realizarse dentro de los noventa (90) días hábiles siguientes a la fecha en que el sujeto comprendido en el artículo 2 del presente decreto de urgencia aparece en la relación a que se refiere el último párrafo del artículo 2. De no haberse realizado la sustitución dentro de dicho plazo, el contratista queda sujeto a las reglas previstas en los numerales 5.1, 5.2, 5.3 y 5.4 del presente artículo 5.

- 5.6 *No están comprendidos en el ámbito de este artículo los pagos incondicionales e irrevocables que deba efectuar el Estado a favor de terceros, distintos a los señalados en el artículo 2, a quienes se les hubiera cedido los correspondientes derechos de cobro hasta la fecha de entrada en vigencia del presente decreto de urgencia.*
- 5.7 *Los importes remanentes luego de efectuadas las retenciones a las que se refiere el presente artículo son destinados prioritariamente al pago de deudas laborales y de proveedores a cargo de los sujetos comprendidos en el artículo 2.*

Artículo 6. Fideicomiso de Retención

- 6.1 *El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos realiza o celebra los actos y contratos que sean necesarios para el establecimiento de un*





fideicomiso, denominado “Fideicomiso de Retención”, administrado por el Banco de la Nación, en el que se recaudan los fondos a que se refiere el artículo 5 y aquellos que resulten de lo dispuesto en el párrafo 6.2 siguiente.



Para cautelar el pago de la reparación civil a favor del Estado y evitar la ruptura en la cadena de pagos, el íntegro de los fondos se destinará al pago de la reparación civil a favor del Estado y a lo dispuesto en el numeral 6.4 del artículo 6.

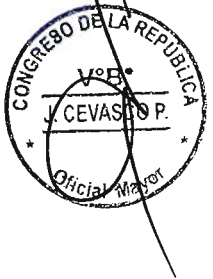


Los fondos del fideicomiso son intangibles e inembargables.

6.2. *En el marco del procedimiento previsto en el artículo 4, recibida la solicitud a que se refiere el numeral 4.1, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos debe requerir al Procurador Público del Estado que corresponda, en un plazo no mayor a quince (15) días hábiles, la cifra estimada, a ese momento, de la reparación civil a favor del Estado por concepto de daños y perjuicios ocasionados por los sujetos comprendidos en el artículo 2. El Procurador Público del Estado correspondiente debe contar con la información previa que le proporcione, a manera de asistencia técnica, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – Perú (PROINVERSIÓN) y el Ministerio de Economía y Finanzas, que le es remitida en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles.*

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos debe notificar al solicitante, como condición previa al perfeccionamiento de la adquisición:

- (i) *Que acredite el depósito de la cifra estimada pendiente de pago por concepto de deudas laborales, de proveedores y deuda tributaria, todas ellas exigibles a la fecha de la presentación de la solicitud escrita a la que se refiere el numeral 4.1 del artículo 4 a cargo de los sujetos transferentes comprendidos en el artículo 2,*



cuyo depósito se debe realizar en la cuenta que para tal efecto habilite el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y;

- (ii) *Que acredite el depósito del monto remanente, luego de atender lo establecido en el acápite (i), para cubrir la cifra a la que se refiere el párrafo precedente en la cuenta del patrimonio fideicometido destinado al pago de la reparación civil.*

6.3 *Los fondos del patrimonio fideicometido se invierten en depósitos bancarios u otros instrumentos financieros de bajo riesgo, de acuerdo con lo que se establezca en el acto constitutivo.*

6.4 *En el caso que los fondos abonados en las cuentas del patrimonio fideicometido que correspondan a cualquiera de los sujetos comprendidos en el artículo 2 excedan la cifra estimada de reparación civil comunicada por la Procuraduría según el párrafo 6.2, dichos fondos se destinan a los pagos de los créditos siguientes de acuerdo al presente orden de prelación: (i) deuda tributaria, incluidos los créditos del Seguro Social de Salud - ESSALUD, exigible a la fecha de dicha comunicación, si la hubiere, (ii) remuneraciones y beneficios sociales adeudados a trabajadores, (iii) aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones y a los diversos regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional - ONP u otros regímenes previsionales creados por ley, (iv) acreencias de proveedores; y en su defecto, los fondos excedentes son transferidos por el fiduciario a favor de la persona correspondiente, previa instrucción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ante la concurrencia de acreedores por deudas referidas en el acápite (i) resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 5 del Código Tributario.*

Lo dispuesto en el párrafo precedente no exime a los sujetos comprendidos en el artículo 2 de cumplir con sus respectivas obligaciones tributarias, laborales, previsionales, contractuales, y las



demás de diversa índole, así como de las responsabilidades correspondientes en caso de incumplimiento.

6.5 El Directorio del Banco de la Nación regula el procedimiento que seguirá el Fideicomiso de Retención para efectuar los pagos referidos en el presente artículo.

Artículo 7. Plazo

El presente decreto de urgencia tiene vigencia de seis (6) años”.



Artículo 3. Incorporación del artículo 4-A al Decreto de Urgencia 003-2017, Decreto de Urgencia que asegura la continuidad de proyectos de inversión para la prestación de servicios públicos y cautela el pago de la reparación civil a favor del Estado en casos de corrupción



Incorpórase el artículo 4-A al Decreto de Urgencia 003-2017, Decreto de Urgencia que asegura la continuidad de proyectos de inversión para la prestación de servicios públicos y cautela el pago de la reparación civil a favor del Estado en casos de corrupción, con el siguiente texto:

“Artículo 4-A. Procedimiento de anotación preventiva

4-A.1 Procede de oficio la inscripción, en mérito a una resolución emitida por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de la anotación preventiva en los registros públicos en los que consten inscritos los bienes, activos, derechos, acciones, participaciones u otros valores representativos de derechos de participación de los sujetos comprendidos en el artículo 2, así como en la partida registral de dichos sujetos, precisando que la adquisición de estos bienes, activos, derechos, acciones, participaciones o valores, bajo cualquier título, está sujeta al procedimiento previo establecido en el artículo 4 y al depósito previsto en el numeral 6.2 del artículo 6.

4-A.2 Para efectos de la inscripción de la anotación preventiva en los registros públicos en los que consten inscritos los sujetos comprendidos en el artículo 2, el Ministerio de Justicia y Derechos



Humanos presenta una solicitud de anotación preventiva precisando la denominación o razón social, así como el número de la partida registral de dichos sujetos, adjuntando copia de la resolución ministerial que ordena la inscripción de la anotación preventiva antes referida.



- 4-A.3 *Para efectos de la inscripción de la anotación preventiva en los registros públicos en los que consten inscritos los bienes, activos, derechos, acciones, participaciones o valores de titularidad de los sujetos comprendidos en el artículo 2, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos presenta una solicitud de anotación preventiva en la que indique el número de la partida registral respectiva, adjuntando copia de la resolución ministerial que ordena la inscripción de la anotación preventiva antes referida.*



Asimismo, en los registros públicos de las administraciones públicas donde estén inscritos aquellos bienes, activos, derechos, acciones, participaciones o valores de titularidad de los sujetos comprendidos en el artículo 2, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos procede a solicitar la anotación preventiva correspondiente, de acuerdo al procedimiento señalado en el párrafo anterior.

- 4-A.4 *El registrador público correspondiente efectúa la inscripción registral en un plazo máximo de tres (3) días hábiles contados desde la presentación de la solicitud de anotación preventiva.*
- 4-A.5 *En el caso de las acciones u otros valores representativos de acciones de las personas jurídicas comprendidas en el artículo 2, el gerente general de estas es responsable de la inscripción en el libro de matrícula de acciones y en los certificados de acciones que se hubieran emitido o se emitan, de la anotación preventiva en virtud a la resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Asimismo, la Institución de Compensación y Liquidación de Valores*

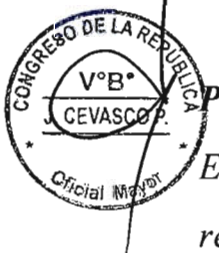


es responsable de consignar la anotación preventiva antes referida en el registro correspondiente.

4-A.6 *La anotación preventiva se mantiene hasta que se efectúe el pago total del monto de la reparación civil a favor del Estado y se haya cumplido con las obligaciones establecidas en el numeral 6.1 del artículo 6, o hasta que se haya emitido una sentencia absolutoria consentida o ejecutoriada a favor de los sujetos comprendidos en el artículo 2”.*



DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES



PRIMERA. Reglamentación de la Ley

El reglamento de la presente ley se aprueba, mediante decreto supremo refrendado por el ministro de Economía y Finanzas y el ministro de Justicia y Derechos Humanos, dentro de treinta (30) días calendario contados a partir del día siguiente de la publicación de la Ley en el diario oficial El Peruano.

SEGUNDA. Facultad de recaudación de la Administración Tributaria

Durante la vigencia de la presente ley, las medidas cautelares previas de embargo en forma de retención a terceros y de fondos de cuentas corrientes del deudor tributario, dictadas al amparo de los artículos 56 al 58 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo 133-2013-EF y normas modificatorias, serán aplicables en tanto el deudor tributario no cuente con otro medio para garantizar el monto por el cual se trabó la medida.

TERCERA. Informe anual sobre los avances del Decreto de Urgencia 003-2017 al Congreso de la República

Dispónese que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos remita anualmente a las Comisiones de Justicia y Derechos Humanos y de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República un informe sobre el impacto y aplicación del Decreto de Urgencia 003-2017. Dicho informe es elaborado sobre la base de la información remitida por el Ministerio de



*Economía y Finanzas y la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - Perú
(PROINVERSIÓN).*

*Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.
En Lima, a los veintitrés días del mes de noviembre de dos mil diecisiete.*



*LUIS GALARRETA VELARDE
Presidente del Congreso de la República*



*MAURICIO MULDER BEDOYA
Tercer Vicepresidente del Congreso de la República*

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA