



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Despacho
Viceministerial de
Economía

Dirección General de
Política de Promoción
de la Inversión Privada

**“DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES”
“AÑO DEL BICENTENARIO DEL PERÚ: 200 AÑOS DE INDEPENDENCIA”**

Lima, 12 de febrero de 2021

OFICIO N° 004-2021-EF/68.02

Señora

NADIA VILLEGAS GÁLVEZ

Directora General de Programas y Proyectos de Comunicaciones

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

Jirón Zorritos N° 1203, Lima

Presente.-

Asunto: Solicitud de opinión respecto los Lineamientos para la propuesta del Estado frente a los potenciales impactos generados por la pandemia COVID-19 en Proyectos de Asociación Público Privada, aprobados mediante Resolución Directoral N° 003-2020-EF/68.01

Referencia: Oficio N° 1976-2020-MTC/27 (HR N° 129911-2020)

Tengo el agrado de dirigirme a usted respecto al documento de la referencia, mediante el cual el Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitó a esta Dirección General emitir opinión respecto al alcance y cumplimiento de los Lineamientos para la propuesta del Estado frente a los potenciales impactos generados por la pandemia COVID-19 en Proyectos de Asociación Público Privada, aprobados mediante Resolución Directoral N° 003-2020-EF/68.01.

Al respecto, sírvase encontrar adjunto al presente, el Informe N° 030-2020-EF/68.02, elaborado por la Dirección de Política de Inversión Privada de esta Dirección General, para su conocimiento y fines pertinentes.

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

Atentamente,

Documento firmado digitalmente
GABRIEL DALY TURCKE

Director General
Dirección General de Política de
Promoción de la Inversión Privada



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

"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES"
"AÑO DEL BICENTENARIO DEL PERÚ: 200 AÑOS DE INDEPENDENCIA"

INFORME N° 030-2021-EF/68.02

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

Asunto: Solicitud de opinión respecto los Lineamientos para la propuesta del Estado frente a los potenciales impactos generados por la pandemia COVID-19 en Proyectos de Asociación Público Privada, aprobados mediante Resolución Directoral N° 003-2020-EF/68.01

Referencia: Oficio N° 1976-2020-MTC/27 (HR N° 129911-2020)

Fecha: Lima, 12 de febrero de 2021

Me dirijo a usted en atención al documento de la referencia mediante el cual el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) solicitó a esta Dirección General emitir opinión respecto al alcance y cumplimiento de los Lineamientos para la propuesta del Estado frente a los potenciales impactos generados por la pandemia COVID-19 en Proyectos de Asociación Público Privada, aprobados mediante Resolución Directoral N° 003-2020-EF/68.01.

I. ANTECEDENTES

1.1 Mediante el Oficio N° 1976-2020-MTC/27 de fecha 16 de noviembre de 2020, el MTC solicitó a esta Dirección General emitir opinión respecto al alcance y cumplimiento de los Lineamientos para la propuesta del Estado frente a los potenciales impactos generados por la pandemia COVID-19 en Proyectos de Asociación Público Privada - APP, aprobados mediante Resolución Directoral N° 003-2020-EF/68.01 (en adelante, los Lineamientos).

II. ANÁLISIS

- (i) Sobre la función de DGPIP de emitir opinión vinculante, exclusiva y excluyente
- 2.1 Sobre el particular, cabe señalar que la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (en adelante DGPIP), en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, SNPIP), se encuentra facultado para emitir opinión vinculante, exclusiva y excluyente, en el ámbito administrativo, sobre la interpretación y la aplicación de las normas del SNPIP, de conformidad con el numeral 2 del inciso 5.4 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante APP y Proyectos en Activos - PA (en adelante, el Decreto Legislativo N° 1362).
- 2.2 Asimismo, el numeral 4 del inciso 9.1 del artículo 9 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF (en adelante, el Reglamento) establece que la DGPIP, como ente rector del SNPIP, tiene, entre otras, la competencia de emitir opinión, exclusiva y excluyente, con



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

“DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES”
“AÑO DEL BICENTENARIO DEL PERÚ: 200 AÑOS DE INDEPENDENCIA”

- carácter vinculante en el ámbito administrativo sobre el alcance e interpretación de las normas del SNPIP en materia de APP y PA.
- 2.3 En línea con ello, la Resolución Directoral N° 001-2016-EF/68.01¹, que aprueba los Criterios Generales para la atención de Consultas Técnico Normativas en materia de APP y PA dispone que las consultas que se formulen ante la DGPIP, en el marco de su función interpretativa, deben cumplir los siguientes criterios generales:
1. Estar vinculadas a determinar el alcance e interpretación de una norma del SNPIP en materia de APP y PA y, en este sentido, referirse a asuntos generales sin hacer alusión a asuntos, casos, proyectos o contratos específicos.
 2. Adjuntar los respectivos informes técnico y legal, de las áreas competentes, en los que se indique la duda interpretativa o el alcance de un determinado dispositivo legal del SNPIP en materia de APP y PA, respecto del cual se solicita absolver la consulta, precisando claramente la posición del área consultante y su sustento respectivo.
- 2.4 Cabe precisar que las opiniones que se emitan en ejercicio de la función interpretativa de la DGPIP, no constituyen actos de gestión, no determinan responsabilidades ni pueden asimilarse con las “opiniones o informe previos” a los que se refieren los artículos 36, 37, 39, 40, 41, 54 y 55 del Decreto Legislativo N° 1362. Tampoco resuelven conflictos de competencia entre dos o más entidades de la Administración Pública, ni revisan, convalidan, promueven o sustentan actos administrativos, actos de administración o actuaciones jurisdiccionales.
- (ii) Sobre la consulta efectuada por el MTC
- 2.5 En el presente caso, el MTC solicitó a esta Dirección General absolver la siguiente consulta:
- “En ese sentido, considerando los Lineamientos para la propuesta del Estado frente a los potenciales impactos generados por la pandemia del COVID-19 en Proyectos de APP emitidos por su Despacho, formulamos la siguiente consulta: ¿Es posible que, en el marco de la Emergencia Sanitaria por el COVID-19, este ministerio (MTC) atienda solicitudes de suspensión de plazo de ejecución de obligaciones específicas, relacionadas a la propuesta técnica de un concesionario de un contrato de APP, aún cuando dicho contrato no contemple esta posibilidad o resulta indispensable la suscripción de una adenda contractual?”*
- 2.6 De la revisión de la consulta planteada, se verifica que, si bien el MTC plantea la problemática, se ha podido verificar que se hace referencia a un caso concreto que, hipotético o no, contiene referencias a supuestos específicos de un contrato de APP administrado por el MTC en el contexto de la declaratoria de emergencia nacional a causa del brote del COVID-19.

¹ De acuerdo con la Segunda Disposición Complementaria Final del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, los lineamientos del SNPIP mantienen su vigencia hasta que éstos sean modificados o sustituidos por norma posterior, emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas.



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

“DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES”
“AÑO DEL BICENTENARIO DEL PERÚ: 200 AÑOS DE INDEPENDENCIA”

- 2.7 Asimismo, la consulta del MTC no identifica la norma o disposición cuya interpretación se solicita, ni se precisa su opinión sobre la consulta efectuada ni adjunta el informe técnico legal requerido en el numeral 2.2. del artículo 2 de los Criterios Generales para la atención de Consultas Técnico Normativas.
- 2.8 En este sentido, y en virtud de lo expuesto en los numerales 2.1 a 2.4 del presente informe, no corresponde que la DGPIP, en su calidad de Ente Rector del SNPIP, emita opinión vinculante respecto de la consulta formulada.
- 2.9 Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, y debido al principio de colaboración entre entidades², se procede a brindar las siguientes precisiones de carácter general con relación a las materias consultadas.
 - (iii) Respecto a los Lineamientos para la propuesta del Estado frente a los potenciales impactos generados por la pandemia COVID-19 en Proyectos de APP
- 2.10 Es posible que los contratos de concesión de los proyectos de APP hayan sido impactados por las declaratorias de emergencia decretadas por el Estado Peruano por la propagación del COVID-19 o las demás disposiciones vinculadas. Frente a esta situación, la DGPIP del MEF ha aprobado los Lineamientos para la respuesta del Estado frente a los potenciales impactos generados por la pandemia del COVID-19 en proyectos de Asociación Público Privada.
- 2.11 Así, el objetivo de los referidos Lineamientos es contar con líneas de trabajo claras que permitan, a las entidades públicas y privadas que integran el SNPIP, trabajar articuladamente. Ello con el fin de lograr respuestas ágiles y consistentes para no afectar a los ciudadanos, dentro del marco normativo vigente y los contratos de APP.
- 2.12 Es decir, para garantizar la continuidad de los servicios prestados a través de los contratos de APP, debe tenerse en cuenta la distribución original de riesgos de cada uno de éstos, respetando las condiciones de competencia del proceso de promoción y distribuyendo de manera equitativa los impactos generados por los eventos no previsibles generados por el COVID-19.
- 2.13 En este sentido, los Lineamientos consideran como primer elemento para tener en cuenta para mitigar los efectos de la pandemia, la revisión de las soluciones establecidas en el contrato de concesión de cada proyecto.
- 2.14 Los Lineamientos señalan que los concesionarios de los contratos APP que consideren que han sufrido un impacto negativo como consecuencia de las disposiciones del Estado para combatir el COVID-19 tiene la carga de sustentar ante el Concedente, de manera fehaciente, tanto el impacto como la obligación del Concedente de mitigarlo en el marco del respectivo contrato. Corresponderá al Concedente evaluar la pertinencia y duración de las medidas propuestas para mitigarlo.

² Regulado en los artículos 87 al 90 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.



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

“DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES”
“AÑO DEL BICENTENARIO DEL PERÚ: 200 AÑOS DE INDEPENDENCIA”

- 2.15 Respecto al marco de los contratos, cabe precisar que éstos suelen incluir cláusulas tales como fuerza mayor, casos de emergencia y restablecimiento de equilibrio económico financiero, entre otras, las cuales son alternativas o complementarias entre sí, que pueden aplicarse en casos como la Declaración de Emergencia Sanitaria. En este sentido, corresponderá identificar la base contractual cuyo cumplimiento se invoca, en la que se sustenta la eventual obligación del Concedente de mitigar el impacto negativo generado, respetando la asignación original de los riesgos efectuada en el contrato.
- 2.16 De acuerdo con lo antes señalado, los Lineamientos no habilitan ni restringen que en el marco de la Emergencia Sanitaria por el COVID-19, el Concedente atienda las solicitudes de suspensión de plazo de ejecución de obligaciones específicas, relacionadas a la propuesta técnica de un concesionario de un contrato de APP, dado que esta posibilidad no deriva de la norma sino del respectivo contrato.
- 2.17 En consecuencia, los Lineamientos refieren que cada Concesionario deberá acreditar la afectación generada, señalando la cláusula contractual cuyo cumplimiento se invoca y corresponderá al Concedente evaluarlo.
- 2.18 Esto se reafirma al considerar que las APP son una importante modalidad de inversión privada, por lo que las soluciones que se evalúen no deben contravenir el marco legal o el objeto de los contratos suscritos, generando confianza en los inversionistas en la aplicación de la normativa vigente.
- 2.19 Dicho lo anterior, cabe precisar que las entidades públicas titulares de proyectos son las responsables de la gestión y administración de contratos³, por lo tanto, les corresponde realizar su interpretación, ejecución y cumplimiento, lo que incluye verificar si se encuentran ante actos de ejecución contractual o de actos de modificación contractual.
- 2.20 Cabe precisar que, para el caso específico de contratos de APP del sector transportes, la Ley N° 26917, Ley de Creación del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, le otorga a dicha entidad la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación. Asimismo, el artículo 29 del Reglamento General del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, precisa que la función de interpretar los títulos está

³ Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante APP y PA

Artículo 6. Entidades públicas titulares de proyectos

6.1 El Ministerio, Gobierno Regional, Gobierno Local u otra entidad pública habilitada mediante ley expresa, asume la titularidad del proyecto a desarrollarse mediante las modalidades reguladas en el presente Decreto Legislativo, y ejerce las siguientes funciones:

(...)

6. Gestionar y administrar los contratos derivados de las modalidades reguladas en el presente Decreto Legislativo, y cumplir las obligaciones contractuales a su cargo.

8. Acordar la modificación de los contratos, conforme a las condiciones que establezca el presente Decreto Legislativo y su Reglamento.



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

**“DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES”
“AÑO DEL BICENTENARIO DEL PERÚ: 200 AÑOS DE INDEPENDENCIA”**

orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación.

- 2.21 En este orden de ideas, de estimarlo necesario, el MTC podría requerir al Organismo Regulador la interpretación de alguna cláusula de los contratos que el Concesionario alegue como la base contractual que obliga al Concedente a otorgar una eventual suspensión de plazo alegada por su Concesionario.
- 2.22 Por otro lado, los Lineamientos señalan que solo cuando las partes determinen de común acuerdo que los mecanismos contractuales previstos en un contrato de APP, no permiten solucionar los problemas generados en el contrato por las normas dictadas por el Estado para luchar contra el COVID-19, se podrá evaluar la posibilidad de suscribir una adenda, en el marco del procedimiento establecido en la normativa del SNPIP, manteniendo el equilibrio económico financiero, la asignación de riesgos del contrato y las condiciones de competencia del proceso de promoción.
- 2.23 Finalmente, cabe precisar que la normativa vigente del SNPIP establece reglas de obligatorio cumplimiento para llevar a cabo la evaluación y aprobación de modificaciones a los contratos de APP. Estas reglas tienen como objetivo analizar la conveniencia o su necesidad, considerando entre otros aspectos, la naturaleza del proyecto, la asignación original de riesgos, las condiciones de competencia y el equilibrio económico financiero del contrato. Por ello, en caso de que las partes coincidan en la necesidad de una adenda, deberán seguir el procedimiento señalado en la normativa de APP para ello.

III. CONCLUSIÓN

- 3.1. La presente consulta normativa no cumple con los criterios establecidos en la normativa para que la DGPIP emita opinión en su calidad de Ente Rector. Sin perjuicio de ello, el presente informe analiza aspectos de carácter general respecto a los Lineamientos Lineamientos para la propuesta del Estado frente a los potenciales impactos generados por la pandemia COVID-19 en Proyectos de Asociación Público Privada, aprobados mediante Resolución Directoral N° 003-2020-EF/68.01.

Es todo cuanto tengo que informar.

Atentamente,

Documento firmado digitalmente
LENIN MAYORGA ELIAS
Director
Dirección de Política de Inversión Privada