



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, 26 de febrero de 2021

**OFICIO N° 005-2021-EF/68.02**

Señora

**ROXANA ROCHA GALLEGOS**

Gerente Central de Promoción y Gestión de los Contratos de Inversiones

SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD

Jr. Domingo Cueto N° 120, Jesús María, Lima

Presente.-

Asunto: Consulta sobre la aplicación del mecanismo de Trato Directo para controversias relativas a penalidades contractuales dentro de un Contrato de Asociación Público Privada

Referencias: Oficio N° 73-GCPGCI-ESSALUD-2020 (HR N° 135914-2020)

Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, mediante el cual su Despacho solicita a esta Dirección General absolver una consulta sobre la aplicación del mecanismo de Trato Directo para controversias relativas a penalidades contractuales dentro de un Contrato de Asociación Público Privada.

Al respecto, sírvase encontrar adjunto al presente documento el Informe N° 046-2021-EF/68.02, elaborado por la Dirección de Política de Inversión Privada de esta Dirección General, para su conocimiento y fines pertinentes.

Sin otro particular, 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



Firmado Digitalmente por  
MAYORGA ELIAS Lenin  
William FAU  
20131370645 soft  
Fecha: 01/03/2021  
18:26:21 COT  
Motivo: Doy V° B°

Jr. Junín N° 319 Lima 1 Teléfono: 3115930 Web: [www.mef.gob.pe](http://www.mef.gob.pe)

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Economía y Finanzas, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026 -2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web <https://apps4.mineco.gob.pe:443/st/r?ctrln=a80558b1-c9e6-4d21-9e5d-bcc2f0ad6730-648879> ingresando el siguiente código de verificación EFHFJJIK

Sede Central  
Jr. Junín N° 319, Lima 1  
Tel. (511) 311-5930  
[www.mef.gob.pe](http://www.mef.gob.pe)



**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° 046-2021-EF/68.02**

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

Asunto : Consulta sobre la aplicación del mecanismo de Trato Directo para controversias relativas a penalidades contractuales dentro de un Contrato de Asociación Público Privada

Referencia : Oficio N° 73-GCPGCI-ESSALUD-2020 (HR N° 135914-2020)

Fecha : Lima, 26 de febrero de 2021

Me dirijo a usted en atención al documento de la referencia, mediante el cual, la Gerente Central de Promoción y Gestión de los Contratos de Inversiones del Seguro Social de Salud (en adelante, EsSalud), formula una consulta sobre la aplicación del mecanismo de Trato Directo para controversias relativas a penalidades contractuales dentro de un Contrato de Asociación Público Privada.

Sobre el particular, en el marco de las competencias establecidas en los artículos 227 y siguientes del Texto Integrado actualizado del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Economía y Finanzas<sup>1</sup> (en adelante, ROF del MEF) se emite el presente informe.

**I. ANTECEDENTE**

- 1.1. Mediante el Oficio N° 73-GCPGCI-ESSALUD-2020, que adjuntó el Informe N° 366-GGC-GCPGCI-ESSALUD-2020, EsSalud formula una consulta sobre la aplicación del mecanismo de Trato Directo para controversias relativas a penalidades contractuales dentro de un Contrato de Asociación Público Privada.

**II. ANÁLISIS**

**A. Sobre las competencias de la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada**

<sup>1</sup> Aprobado mediante Resolución Ministerial N° 213-2020-EF/41.



**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”**

- 2.1. De acuerdo con lo señalado en el artículo 227 del Texto Integrado actualizado del ROF del MEF, la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (DGPIIP) es el órgano de línea, rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (SNPIP), encargado de emitir opinión sobre los proyectos de Asociaciones Público Privadas (APP), de acuerdo con sus competencias y el marco normativo vigente. Asimismo, respecto del mecanismo de Obras por Impuestos (Oxi), establece los lineamientos y formatos, realiza el seguimiento de todas las fases de los proyectos, y emite opinión vinculante, exclusiva y excluyente, con relación a la interpretación y aplicación de la normativa de Oxi.
- 2.2. Por su parte, el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF, señala las competencias del MEF en materias de Asociación Público Privada.
- 2.3. En ese sentido, cabe señalar que la opinión de la DGPIIP en el presente informe se ciñe estrictamente a las materias de su competencia.

**B. Sobre la opinión de la DGPIIP**

- 2.4. El numeral 5.4 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1362, establece que la DGPIIP es el ente rector SNPIP, teniendo entre sus funciones el establecer los lineamientos de promoción y desarrollo de la inversión privada en APP y en PA, y emitir opinión vinculante exclusiva y excluyente, en el ámbito administrativo, sobre la interpretación y la aplicación del Decreto Legislativo N° 1362, en relación con los temas de su competencia, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
- 2.5. En línea con ello, mediante la Resolución Directoral N° 001-2016-EF/68.01<sup>2</sup> se aprobaron los Criterios Generales para la atención de Consultas Técnico Normativas en materia de APP y PA, precisándose en los numerales 2.1 y 2.2 de su artículo 2 que las consultas que se formulen ante la DGPIIP, en el marco de su función interpretativa, deben cumplir los siguientes criterios generales:

---

<sup>2</sup> 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”**

- a) 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 temas generales sin hacer referencia a asuntos, casos, proyectos o contratos específicos. Por tanto, las consultas no pueden versar sobre la interpretación de Contratos de APP o PA.
  - b) 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.
- 2.6. Por lo expuesto, las consultas técnicas normativas formuladas a la DGPPIP como ente rector del SNPIP, no pueden referirse a asuntos, casos, proyectos o contratos de APP específicos.
- 2.7. Asimismo, las opiniones que se emitan en ejercicio de la función interpretativa de la DGPPIP de ninguna forma significan la interpretación de un contrato de APP, lo cual corresponde a las entidades públicas titulares de los proyectos; dado que ello excedería las funciones de la DGPPIP; así como tampoco convalidan las opiniones, interpretaciones o decisiones de las Partes respecto de los términos contractuales que rigen los proyectos a su cargo.
- 2.8. Cabe precisar que, de acuerdo con los artículos 36, 37, 39, 40, 41, 54 y 55 del Decreto Legislativo N° 1362, el MEF —a través de sus órganos técnicos, incluyendo a la DGPPIP— tiene facultad para opinar en el marco de sus competencias, únicamente respecto a determinados hitos de los proyectos de Asociación Público Privada, según la fase en la que se encuentren los proyectos. Dichas opiniones son las siguientes:
- a) El Informe Multianual de Inversiones en APP (fase de planeamiento y programación);
  - b) El Informe de Evaluación de proyectos de APP, elaborado por el Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP) respectivo (fase de formulación);
  - c) La Versión inicial del contrato de APP (fase de estructuración);
  - d) La Versión final del contrato de APP (fase de transacción);
  - e) La constitución de fideicomisos derivados de los contratos de APP cofinanciados (fase de ejecución contractual); y,



**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”**

- f) Las modificaciones contractuales a los contratos de APP que involucren materias de competencia del MEF (fase de ejecución contractual).
- 2.9. Como puede apreciarse, el MEF -a través de la DGPPIP- ejerce sus competencias como ente rector del SNPIP en materia de APP y PA, y emite opinión –a través de sus órganos técnicos- a determinados hitos de los proyectos de APP, no teniendo competencias para administrar, gestionar, modificar u opinar sobre la ejecución de los contratos de APP, siendo la entidad responsable de dichas funciones el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, titular del proyecto de inversión conforme a lo dispuesto en los ítems 6, 7 y 8 del numeral 6.1 del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1362<sup>3</sup>.

**C. Sobre la consulta formulada**

- 2.10. Sobre el particular, mediante el documento de la referencia, EsSalud consulta sobre la aplicación del mecanismo de Trato Directo para controversias relativas a penalidades contractuales dentro de un Contrato de APP. En específico, EsSalud formula la siguiente consulta:

*“Puede utilizarse el Trato Directo como mecanismo de solución de controversias relativas a la aplicación de penalidades contractuales dentro de un Contrato de APP, incluso cuando el propio contrato no establezca dicha posibilidad”.*

- 2.11. Asimismo, el Informe N° 366-GGC-GCPGCI-ESSALUD-2020 señala que, a consideración de EsSalud “(...) *sí es posible que, en el marco de un Trato Directo, se pueden someter a consideración las controversias relativas a la aplicación de*

---

<sup>3</sup> **Decreto Legislativo N° 1362**

**“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.

7. Hacer efectivas las penalidades por incumplimiento del contrato, salvo que dicha función haya sido asignada o delegada al organismo regulador respectivo.

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”**

*penalidades contractuales dentro de un Contrato de APP, incluso cuando el propio contrato no establezca dicha posibilidad, toda vez que ello se ampara en el principio de enfoque por resultados de la normativa sobre promoción de la inversión privada”.*

- 2.12. De la revisión de los términos de la consulta, así como del análisis desarrollado en el Informe N° 366-GGC-GCPGCI-ESSALUD-2020 adjunto al documento de la referencia, se desprende que las mismas hacen alusión a casos específicos, que reales o hipotéticos, no se condicen con la función interpretativa de esta Dirección General.
- 2.13. Al respecto, se aprecia que la consulta formulada se refiere a supuestos que no derivan de la normativa del SNPIP, sino de un supuesto particular sobre la viabilidad de aplicación del Trato Directo como mecanismo para solucionar controversias vinculadas a la aplicación de penalidades contractuales. Asimismo, cabe señalar que EsSalud adjuntó a la solicitud de opinión normativa, documentación vinculada a aplicación de penalidades producto del Trato Directo en el marco de los Contratos de Asociación Público Privada suscritos con las Sociedades Operadoras Callao Salud S.A.C.<sup>4</sup>, y Villa María del Triunfo Salud S.A.C.<sup>5</sup>
- 2.14. Por lo expuesto, la consulta formulada por EsSalud no se adecúa a lo establecido en los Criterios Generales antes citados, que disponen que la interpretación de las normas del SNPIP deben referirse únicamente a asuntos generales, sin hacer alusión a casos, proyectos, cláusulas o contratos específicos. En consecuencia, no corresponde que las mencionadas referencias sean objeto de una interpretación técnica normativa por parte de la DGPPIP, en el marco de lo dispuesto en el numeral 2 del párrafo 5.4 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1362.

<sup>4</sup> Contrato de APP para la constitución de derecho de superficie, diseño, construcción de infraestructura, dotación de equipamiento, operación y mantenimiento del Nuevo Hospital III Callao y su Centro de Atención Primaria de la Red Asistencial Sabogal de ESSALUD.

<sup>5</sup> Contrato de APP para la constitución de derecho de superficie, diseño, construcción de infraestructura, dotación de equipamiento, operación y mantenimiento del Nuevo Hospital III Villa María del Triunfo de la Red Asistencial Rebagliati – ESSALUD.





**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. Sin perjuicio de lo antes mencionado y, en atención al Principio de Colaboración entre entidades, se procede a brindar precisiones de carácter general relacionadas con las materias consultadas. Sin embargo, como ya se mencionó anteriormente, el presente informe no constituye criterio interpretativo de las disposiciones contractuales específicas, correspondiendo a las Partes interpretar los alcances del texto contractual.

**D. Alcances generales sobre los mecanismos de solución de controversias en el marco de Contratos de APP**

2.16. Debido a la complejidad y el largo plazo de vigencia de los contratos, estos tienden a ser incompletos, lo que genera un espacio para diferencias en la interpretación y el entendimiento sobre las cláusulas del pacto contractual entre el concedente y el concesionario. Por ello, resulta necesario que estos cuenten con mecanismos de resolución de conflictos o de solución de controversias que ayuden a asegurar que las discrepancias o conflictos entre las Partes se resuelvan rápida y eficientemente, con el objetivo de evitar la interrupción de los servicios públicos y la provisión continua de la infraestructura pública<sup>6</sup>.

2.17. Así, la gestión de los conflictos surgidos en el marco de la ejecución contractual, se abordan mediante mecanismos de solución de controversias, pudiendo optar con un catálogo de opciones. De este modo, el mecanismo de solución variará dependiendo del grado de autocomposición o arreglo directo del conflicto entre las Partes, así como de la participación de terceros, cuyo pronunciamiento es no vinculante, hasta mecanismos de heterocomposición, en los que el resultado decidido por un tercero imparcial será obligatorio y definitivo.

2.18. Sobre los mecanismos de solución autocompositivos, se encuentra el Trato Directo, como una etapa intermedia antes de la controversia estrictamente judicial o arbitral. Asimismo, es posible dentro de dicha fase la intervención de terceros como el Amigable Componedor o la Junta de Solución de Disputas, cuya intervención tiene por finalidad coadyuvar por voluntad de las Partes a encontrar una solución satisfactoria para ambos.

---

<sup>6</sup> Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Banco Asiático de Desarrollo (BAsD) y Banco Mundial (WB). (2017). *Guía de Referencia para Asociaciones Público Privadas, Versión 3.0*. Disponible en: <https://www.openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29052>



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”

- 2.19. Por otro lado, cuando los mecanismos alternativos de solución de controversias no adversariales, de gestión directa o Trato Directo son insuficientes para solucionar una diferencia, surge la necesidad de recurrir a medios adversariales o de heterocomposición. Al respecto, Treviño Moreno menciona que, *“cuando las Partes no son capaces por sí mismas de encontrar una solución, porque no encuentran la forma de acercar las posturas o porque las posiciones son irreconciliables, lo más recomendable es acudir a alguno de los métodos adversariales para la solución de controversias”*<sup>7</sup>.
- 2.20. De este modo, el arbitraje es un mecanismo de heterocomposición de solución de controversias, en virtud del cual las Partes se someten a la solución de un tercero imparcial que resuelve de modo definitivo y vinculante la controversia.

**E. Sobre al tratamiento normativo de los mecanismos de solución de controversias en el marco de Contratos de APP**

- 2.21. Al respecto, la normativa del SNPIP desarrolla tres mecanismos de resolución de controversias para los contratos: **dos se enmarcan dentro del denominado Trato Directo, como etapa previa al inicio del procedimiento de arbitraje**, cuyo uso será facultativo (Amigable Componedor y Junta de Resolución de Disputas), y **uno es obligatorio** (arbitraje nacional o internacional)<sup>8</sup>. En atención a lo señalado, los citados mecanismos son los siguientes:

- **ETAPA DE TRATO DIRECTO:**

- i) Amigable Componedor**

Dentro de la etapa de Trato Directo, según el artículo 56.2 del artículo 56 del Decreto Legislativo N° 1362, es posible que los contratos de APP puedan incluir una cláusula que permita la intervención del Amigable Componedor.

<sup>7</sup> Treviño Moreno, Francisco J. (2019). Medios Alternativos para la solución de controversias. Banco Interamericano de Desarrollo. DOI <http://dx.doi.org/10.18235/0001787>

<sup>8</sup> Cabe indicar que las controversias internacionales de inversión se rigen por lo dispuesto en la Ley N° 28933, Ley que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversia Internacional de Inversión.





**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”**

Asimismo, el párrafo 119.1 del artículo 119 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 indica que, en cualquier momento de la etapa de Trato Directo o etapa similar prevista en el Contrato de APP, las Partes pueden acordar la intervención de un tercero neutral, denominado Amigable Componedor.

Debe notarse que el Amigable Componedor, al ser un mediador de las Partes, solo propone soluciones a conflictos que ocurren durante la ejecución del Contrato, por lo que las Partes pueden aceptar o rechazar esas propuestas, las cuales, además, deben ser legamente viables. Cabe señalar que las controversias sometidas al Amigable Componedor pueden ser materia de arbitraje después de culminar dicho procedimiento.

## **ii) Junta de Resolución de Disputas**

Es también conocida en otras legislaciones como Panel de Expertos. Encuentra su referente en la figura anglosajona de los *Dispute Boards* como mecanismo de solución de conflictos usado en el sector construcción.

El Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 dispone que en aquellos contratos con un CTI mayor a 80 000 UIT, puede establecerse que las controversias sean sometidas a una Junta de Resolución de Disputas.

Así, el párrafo 130.2 del artículo 130 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, establece que, en la etapa de Trato Directo, a solicitud de cualquiera de las Partes, pueden someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas, que emite una decisión de carácter vinculante y ejecutable, sin perjuicio de la facultad de recurrir al arbitraje, salvo pacto distinto entre las Partes. En caso se recurra al arbitraje, la decisión adoptada es considerada como un antecedente en la vía arbitral.

## **• ETAPA DE ARBITRAJE:**

### **i) Arbitraje**

Con respecto al arbitraje, el artículo 56 del Decreto Legislativo N° 1362 dispone que los contratos de Asociación Público Privada incluyen una cláusula referida



**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”**

a la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias, con lo cual el arbitraje constituye un mecanismo obligatorio de solución de controversias para toda APP.

El artículo 132 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 dispone diversas reglas a ser consideradas en las cláusulas arbitrales de los contratos, tales como: i) someter a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las Partes, conforme a lo señalado en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, ii) contemplar el arbitraje como mecanismo de solución de controversias, iii) en caso se distinga entre controversias de naturaleza técnica y no técnica, las primeras son sometidas a arbitraje de conciencia y las segundas a arbitraje de derecho, pudiendo estas últimas ser sometidas a arbitraje de conciencia cuando ello resulte conveniente.

**F. Sobre el Trato Directo y su aplicación como mecanismo de solución de controversias en el marco de Contratos de APP**

2.22. Respecto al arreglo directo o Trato Directo, cabe resaltar su particular importancia en los Contratos de APP, en la medida que permite someter las controversias o divergencias que se presentan en la ejecución y desarrollo de la actividad contractual a la solución de manera rápida, inmediata y directa de las Partes.

2.23. Sobre ello, Talavera y Olórtegui, citando un pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-017/05 de fecha 20 de enero del 2005) señalan que:

*“(…) Dada la esencialidad de algunos de los servicios que presta el Estado, y ante la imposibilidad de suspender su cumplimiento y ejecución; las diferencias entre las Partes susceptibles de transacción, se pueden someter a fórmulas de autocomposición, lo que no sólo propende por la prestación continua, regular y eficiente de los servicios públicos, sino también por la efectividad de los derechos y obligaciones de las Partes (…)*<sup>9</sup>.

[Énfasis agregado]

<sup>9</sup> Citado por Talavera Cano, Andrés y Olórtegui Huamán, Julio (2015). ¿El Sistema de Amigable Componedor podría ser el respaldo que necesita el Procurador para poder transar las controversias y no someterlas a arbitraje? Revista Derecho y Sociedad N° 44/ pp.271-278.



**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”**

- 2.24. La negociación preliminar entre las Partes mediante el Trato Directo, no es la de una simple advertencia frente a un hipotético incumplimiento de lo acordado contractualmente, sino un imperativo vital a los efectos de prevenir una futura controversia<sup>10</sup>. En atención a ello, en caso de conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez, eficacia o caducidad del Contrato de APP, estos pueden ser resueltos por las Partes, a través del Trato Directo.
- 2.25. Asimismo, mediante la suscripción de actas de Trato Directo, las Partes pueden dilucidar una incertidumbre jurídica sobre la interpretación del texto contractual. Sobre el particular, Menchola Arana y Chamorro señalan que, con ello *“el Trato Directo no solo resulta aplicable para resolver conflictos entre las Partes – entendido como posiciones contrapuestas sobre la interpretación del Contrato – sino también cuando existan incertidumbres jurídicas, es decir cuando no exista certeza sobre la interpretación del mismo. Dicha interpretación realizada por las Partes y plasmada en un acta de Trato Directo resultará plenamente vinculante y oponible a terceros”*<sup>11</sup>.
- 2.26. Asimismo, es importante señalar que, conforme señala Posner “mientras más completo el contrato, más fácil será para las Partes resolver sus controversias por sí mismas”<sup>12</sup>, y por lo tanto, es recomendable que las cláusulas de solución de controversias sean lo más completas posible, ello no impide que, en virtud de lo pactado por las Partes contractuales, estas sometan sus controversias o incertidumbres jurídicas al Trato Directo incluso si este no se encuentra regulado expresamente en el texto contractual.

<sup>10</sup> Expediente N° 5311-2007-PA/TC – Caso Corporación Distribuidora S.A. – COIDA.

<sup>11</sup> Menchola Arana, M., y Chamorro Vilca, M. (2015). Algunas Reflexiones sobre Ejecución de los Contratos de Concesión: Interpretación, Modificación y Solución de Controversias. *Derecho & Sociedad*, 45, 98. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15228>

<sup>12</sup> En los términos de Posner: «*The more carefully drafted the contract is, the easier it will be for the parties to resolve a dispute over its meaning when the dispute first arises, in other words at the prelitigation stage*» (2005, p. 1614). Posner, R. (2005). *The Law and Economics of Contract Interpretation*. Texas Law Review, 83, 1581-1614.



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”

- 2.27. Por ello, es importante señalar que, los acuerdos adoptados durante la etapa de Trato Directo, derivan de la manifestación de voluntad de las Partes para solucionar sus controversias. Sin embargo, **tratándose de contratos administrativos, cabe precisar que dichos acuerdos deben enmarcarse en las disposiciones del respectivo contrato y en las normas legales vigentes.**
- 2.28. En ese sentido, el marco normativo permite la posibilidad de que las Partes acudan previamente a la fase de arbitraje, al Trato Directo, como una alternativa de solución de controversias o dilucidación de incertidumbres jurídicas.
- 2.29. De lo anterior se desprende que siempre que medie mutuo acuerdo las Partes, **independientemente de que el Contrato lo señale expresamente, pueden iniciar la Fase de Trato Directo como mecanismo previo al arbitraje. De esta manera, cuando el Contrato no lo prevea, las Partes deben hacer constar su voluntad de recurrir al Trato Directo.**
- 2.30. En ese sentido, la normativa del SNPIP reconoce la existencia de distintos mecanismos alternativos de resolución de controversias que permiten a la entidad pública titular del proyecto optimizar sus tiempos y recursos frente a los conflictos que surgen en la ejecución contractual, entre ellos, **el Trato Directo, siendo que tal mecanismo resulta aplicable, (por acuerdo de las Partes y en virtud de su manifestación de voluntad), incluso cuando el propio contrato no lo haya recogido expresamente.**
- 2.31. De este modo, las Partes pueden, de modo directo, eficiente y ágil, solucionar los conflictos o dilucidar las incertidumbres jurídicas surgidas durante la ejecución contractual mediante el Trato Directo, siendo posible asimismo aplicar mecanismos alternativos como el Amigable Componedor y la Junta de Resolución de Disputas, sin la necesidad de llegar a someter las controversias contractuales a un procedimiento arbitral.

**G. Sobre la aplicación del Principio de Enfoque por Resultados**

- 2.32. Lo mencionado en el acápite anterior, es consistente con lo regulado en la normativa del SNPIP sobre el Principio de Enfoque por Resultados, regulado en el numeral 3 del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1362, en virtud del cual se establece que las entidades públicas que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del mencionado Decreto Legislativo, en el desarrollo de sus funciones, adoptan las acciones que permitan la ejecución de la inversión privada dentro de



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”

los respectivos plazos, evitan retrasos derivados de meros formalismos; así como, identifican, informan o implementan acciones orientadas a resolver la problemática que afecta los proyectos.

2.33. Al respecto, la normativa del SNPIP ha establecido reglas para orientar la aplicación práctica de dicho Principio por parte de las entidades públicas durante la toma de sus decisiones, según lo siguiente:

- a) Entre dos o más alternativas legalmente viables, se debe optar por la que permita la ejecución del proyecto en los plazos correspondientes, la que promueva la inversión, la que garantice la disponibilidad del servicio, la que permita alcanzar o mantener los niveles de servicio del proyecto o la que resulte más conveniente en términos de costos, eficiencia o sostenibilidad; ello, cabe precisar, en respeto del marco normativo y el contractual acordado por las Partes.
- b) En todas las fases del proyecto, se da celeridad a las actuaciones, evitando acciones que generen retrasos basados en meros formalismos, entendiéndose estos como actuaciones no relevantes para la toma de decisiones, por lo que en su consideración no se deberá afectar el interés público ni contravenir el marco normativo.
- c) **En el caso de controversias durante la ejecución del proyecto, cuando se cuente con pruebas, evaluaciones o elementos de juicio que permitan determinar que es más conveniente, en términos de costo beneficio, optar por el Trato Directo, en lugar de acudir al arbitraje; se opta por resolver dichas controversias mediante Trato Directo.**

2.34. No obstante, como toda decisión adoptada por una entidad pública en ejercicio de su facultad discrecional, se requerirá que dicha entidad **demuestre también en estos casos la viabilidad técnica, económica, financiera y legal** de la alternativa elegida.

2.35. En consecuencia, **el Principio de Enfoque de Resultados no debe entenderse como:**



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”

- Una autorización para que la entidad pública **opte por cualquier alternativa en virtud de la simple invocación a la pronta ejecución del proyecto** o a la promoción de la inversión.
- **Una habilitación para modificar o dejar de aplicar términos contractuales previamente establecidos por las Partes,**
- **Una habilitación para eximirse de supuestos y/o procedimientos regulados por la normativa vigente.**
- Otras que no resulten compatibles con el marco normativo vigente o las disposiciones contractuales aplicables.

2.36. Por el contrario, este Principio se aplicará siempre que la alternativa escogida por la entidad pública competente **sea legalmente viable, no afecte el interés público, no contravenga la normativa ni el marco contractual respectivo;** consecuentemente, debe contar con la viabilidad técnica, económica, financiera y legal, que exige la normativa y que se encuentra bajo responsabilidad de la entidad pública competente.

2.37. En ese sentido, si ante **una controversia durante la ejecución del proyecto, la entidad titular cuenta con pruebas, evaluaciones o elementos de juicio que permitan determinar que es más conveniente, en términos de costo beneficio, optar por el Trato Directo, en lugar de acudir al arbitraje; se optará por resolver dichas controversias mediante Trato Directo.**

2.38. De modo complementario cabe precisar, la aplicación del Principio de Enfoque de Resultados se sustenta directamente en el ejercicio de la Facultad discrecional reconocida en el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1362, en el que se señala lo siguiente:

**“Artículo 11. Facultad discrecional de las entidades públicas**

*Las entidades públicas que tienen a su cargo la aprobación, opinión, conducción, ejecución, supervisión y fiscalización, en cualquiera de las fases de los proyectos regulados en el presente Decreto Legislativo, están facultadas para actuar discrecionalmente, en el ámbito de sus competencias, con el fin de optar por la decisión administrativa, debidamente sustentada, que se considere más conveniente en el caso concreto, conforme a lo establecido en la Cuarta Disposición*

13 de 15





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”

*Complementaria Final de la Ley N° 29622, Ley que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.”*

- 2.39. Lo antes mencionado ha sido precisado mediante el Oficio N° 065-2020-EF/68.02, que adjuntó el Informe N° 075-2020-EF/68.02, el cual señaló que:

*“Al respecto, Rodríguez-Arana Muñoz<sup>13</sup>, citando a Villar Palasi, reconoce que la **discrecionalidad** no supone una actuación según lo que subjetivamente considere apropiado y justo la administración, sino **la integración de la norma impresa, según los valores inminentes y los objetivos del ordenamiento**. Bajo esta premisa, se reafirma y se exige un especial deber de motivación, por lo que la entidad debe exponer las razones que sustentan la decisión adoptada.*

*En ese mismo sentido, Güechá Medina<sup>14</sup> al evaluar la naturaleza y alcances del concepto de discrecionalidad administrativa, señala que en los actos administrativos la voluntad que se contiene es la de la ley y no la de la Administración, porque en los actos reglados las entidades públicas no se pueden apartar de ninguna forma del precepto legal, y en los denominados discrecionales, aunque existe algún grado de amplitud o autonomía en la decisión, tampoco es posible para que las administraciones se aparten de la ley y en última instancia la voluntad que se evidencia es la de ella (...).”*

- 2.40. En consecuencia, **para la aplicación del Principio de Enfoque de Resultados, ya sea para evitar formalismos, garantizar que se obtenga la finalidad del proyecto o para resolver una controversia privilegiando la aplicación del Trato Directo; se requiere contar en todo momento con una alternativa legalmente viable, es decir, con una alternativa válida derivada de la ley aplicable o en el contrato suscrito por el Estado Peruano. En estos casos se exige un especial deber de motivación.**

- 2.41. De esta manera, el Principio de Enfoque de Resultados, para la adopción de decisiones discrecionales, exige una motivación suficiente y congruente. Suficiente para dar a conocer fácilmente las razones en las que se apoyó la

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo*. En: Derecho PUCP, N° 67, 2011. Pág 208.

<sup>14</sup> GÜECHÁ MEDINA, Ciro. *La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad en la actuación de la Administración*. En: Revista Opinión Jurídica - Universidad de Medellín.



**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”**

administración para decidir, y congruente con el interés general que la administración ha de servir siempre de manera objetiva<sup>15</sup>.

2.42. En dicho supuesto, tal como se explica a lo largo de la presente sección, **la entidad pública competente será la encargada de sustentar que la alternativa escogida sea legalmente viable, no afecte el interés público, no contravenga la normativa ni el marco contractual respectivo.**

2.43. Finalmente, es preciso indicar que, las entidades públicas son las responsables de gestionar y administrar los contratos de APP bajo su titularidad. En consecuencia, corresponde a las entidades públicas verificar los actos de modificación contractuales y los actos de ejecución contractual, en línea con los términos contractuales correspondientes y el marco normativo vigente.

### **III. CONCLUSIÓN**

Por lo antes expuesto, en atención a la presente consulta técnico normativa, esta Dirección General debe señalar que la consulta formulada por la Gerente Central de Promoción y Gestión de los Contratos de Inversiones del Seguro Social de Salud - EsSalud, no cumple con los criterios establecidos en la normativa vigente para que la DGPPIP emita opinión, en el marco de lo dispuesto en el numeral 2 del párrafo 5.4 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1362.

Es todo cuanto tengo que informar.

Atentamente,

Documento firmado digitalmente

**LENIN MAYORGA ELIAS**

Director

Dirección de Política de Inversión Privada

---

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo*. En: Derecho PUCP, N° 67, 2011. Pág 228.