



PERÚ

Ministerio
de Economía y FinanzasDespacho Viceministerial
de EconomíaDirección General
de Política de Promoción
de la Inversión Privada

**"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES"
"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"**

Lima, 20 MAYO 2019

OFICIO N° D16 -2019-EF/68.02

Señor
DAVID MIRANDA HERRERA
Director General de Electricidad
MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS
Av. Las Artes Sur 260, San Borja
Presente.-

Asunto: Consulta técnico normativa

Referencia: Oficio N° 283-2019-MEM/DGE (HR N° 036394-2019)

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con relación al documento de la referencia, mediante el cual solicita a esta Dirección General su opinión legal sobre el alcance e interpretación de las normas del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, en el marco de lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1362 y su Reglamento, respecto de las modificaciones de contratos de Asociación Pública Privada.

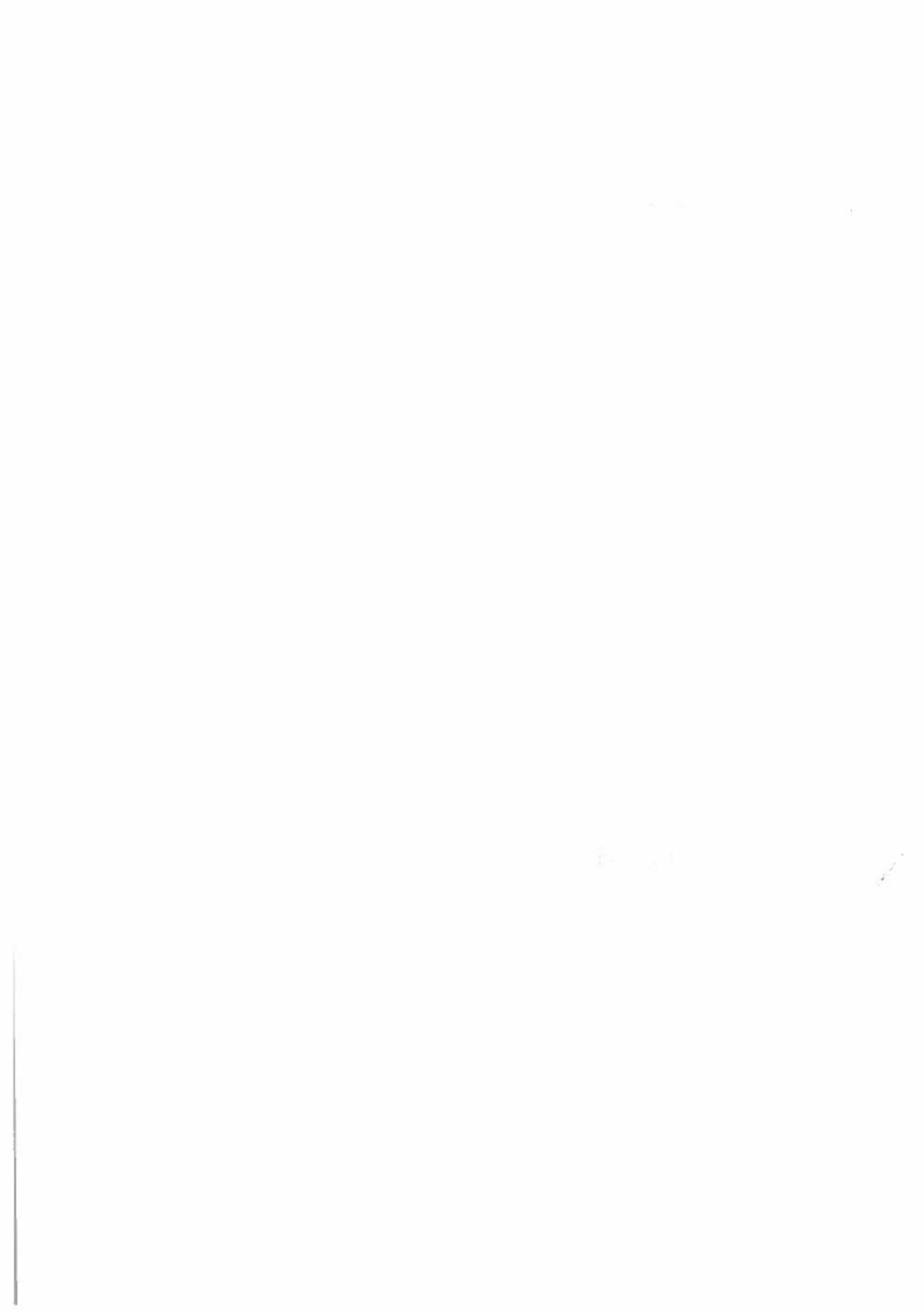
Al respecto, sírvase encontrar adjunto al presente documento, el Informe N° 152 -2019-EF/68.02, elaborado por la Dirección de Política de Inversión Privada de esta Dirección General, que el suscrito hace suyo en toda su extensión.

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

Atentamente,


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

cca-lme/GDT





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

"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES"
"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

INFORME N° 152 -2019-EF/68.02

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

Asunto: Consulta técnico normativa presentada por el Ministerio de Energía y Minas.

Referencia: Oficio N° 283-2019-MEM/DGE (HR N° 036394-2019)

Fecha: Lima, 20 MAYO 2019

Me dirijo a usted en atención al documento de la referencia, mediante el cual la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas (MINEM), formula consulta sobre el alcance e interpretación de normas del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (SNPIP) en el marco de lo dispuesto en 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 mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

Sobre el particular, en el marco de las competencias de esta Dirección General, establecido en el numeral 2 del párrafo 5.4 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1362 y el numeral 4 del párrafo 9.1 del artículo 9 de su Reglamento, se emite el presente informe.

I. ANTECEDENTE

- 1.1. Mediante el Oficio de la referencia, la Dirección General de Electricidad del MINEM formuló a esta Dirección General una solicitud de opinión sobre el alcance e interpretación de las normas del SNPIP.

II. ANÁLISIS

- **SOBRE LAS CONSULTAS TÉCNICO NORMATIVAS EN MATERIA DE APP**
 - 2.1 Sobre el particular, cabe señalar que la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (DGPIP), en su calidad de ente rector del SNPIP, se encuentra facultada 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.



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

"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES"
"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

- 2.2 En esa misma línea, el numeral 4 del inciso 9.1 del artículo 9 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 establece que la DGPPN, como ente rector del SNPIP, tiene, entre otras funciones, la de emitir opinión, exclusiva y excluyente, con carácter vinculante en el ámbito administrativo, sobre el alcance e interpretación de las normas del SNPIP en materia de Asociaciones Público Privadas (APP) y Proyectos en Activos.
- 2.3 Al respecto, de acuerdo con los Criterios Generales para la atención de Consultas Técnico Normativas en materia de APP y Proyectos en Activos¹, las consultas formuladas a la DGPPN deben estar vinculadas a determinar el alcance e interpretación de las normas del SNPIP en materia de APP y Proyectos en Activos, y deben referirse a asuntos generales, sin hacer alusión a asuntos, casos, proyectos o contratos específicos. Asimismo, dichas consultas deben adjuntar los respectivos informes técnico y legal de las áreas competentes, en los que se indique la duda interpretativa o el alcance respecto de un determinado dispositivo legal del SNPIP en materia de APP y Proyectos en Activos, precisando claramente la posición del área consultante y su sustento respectivo.

SOBRE LA CONSULTA EFECTUADA POR EL MINEM

- 2.4 La Dirección General de Electricidad del MINEM formula la siguiente consulta:

"¿Es aplicable el procedimiento de modificaciones contractuales establecido en la ley y su Reglamento, respecto a la variación de las especificaciones técnicas establecidas en los Contratos de Concesión, aun cuando estos han previsto los mecanismos para su modificación?"

• SOBRE LAS COMPETENCIAS DE LA DGPPN

- 2.5 Como punto de partida, es importante precisar que el marco normativo vigente está conformado por el Decreto Legislativo N° 1362, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF; así como las demás normas complementarias.
- 2.6 El numeral 5.4 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1362, establece que el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) es el ente rector y máxima autoridad técnica normativa del SNPIP. Además, tiene como función asegurar el cumplimiento de la política de promoción y desarrollo de las APP y Proyectos en Activos, con la participación de todas las entidades del Estado, en los distintos niveles de gobierno, en el marco de sus competencias.
- 2.7 En la misma línea, el Decreto Legislativo N° 1362 y su Reglamento, disponen expresamente los supuestos en los cuales el MEF, a través de la DGPPN, es competente para emitir opinión. Así, de acuerdo con el numeral 5.4 del artículo 5

¹ Aprobados mediante Resolución Directoral N° 001-2016-EF/68.01.



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

"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES"
"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

del Decreto Legislativo N° 1362 y el numeral 9.1 del artículo y de su Reglamento; la DGPIP es competente para emitir opinión vinculante, exclusiva y excluyente, en el ámbito administrativo, sobre la interpretación y aplicación de las normas del SNPIP, en relación con los temas de su competencia. Esta función debe diferenciarse de la emisión de opiniones previas por parte del MEF, en cada una de las fases de los proyectos APP, conforme a la normativa vigente².

• **SOBRE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL DE UN PROYECTO DE APP**

2.8 Durante la ejecución contractual suelen surgir circunstancias que requieren modificar, adecuar o actualizar las condiciones inicialmente pactadas, pudiendo encontrarse en las siguientes situaciones:

- Actos de ejecución contractual cuyos supuestos y consecuencias se encuentran expresamente regulados en el texto del contrato.
- Circunstancias o supuestos no regulados en el texto contractual.

Para el primer supuesto, los contratos de APP pueden establecer mecanismos para la actualización de las tarifas previstas en el contrato, modificación del costo del proyecto por aplicación de fórmulas polinómicas, suspensiones o ampliaciones del plazo de cumplimiento de obligaciones contractuales, entre otros. Estos supuestos son cambios ya programados en el propio contrato, por lo que no constituyen modificaciones contractuales conforme a lo regulado en el artículo 55 del Decreto Legislativo N° 1362, pues es el propio contrato el que regula las condiciones, procedimientos y reglas aplicables a cada uno de estos supuestos. En estos casos, no corresponderá optar por la suscripción de una adenda, sino únicamente por la aplicación del mecanismo contractual ya regulado, siendo los más usuales el mecanismo de aprobación previa y el acuerdo entre partes.

2.10 Por otro lado, si se tratara del segundo supuesto, serán de aplicación las disposiciones contenidas en la normativa de APP para las modificaciones contractuales. Así, de acuerdo con el numeral 55.4 del artículo 55 del Decreto Legislativo N° 1362, concordante con el numeral 134.1 del artículo 134 de su Reglamento, las partes pueden convenir en modificar el contrato de APP, manteniendo el equilibrio económico financiero, las condiciones de competencia del proceso de promoción, garantizando el Valor por Dinero del contrato a favor del Estado, y procurando no afectar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto.

² De acuerdo con los artículos 36, 37, 39, 40, 54 y 55 del Decreto Legislativo N° 1362, el MEF emite opinión, en el marco de sus competencias, sobre: i) El Informe Multianual de Inversiones en APP; ii) El Informe de Evaluación elaborado por el Organismo Promotor de la Inversión Privada respectivo; iii) La Versión Inicial del Contrato de APP en la fase de Estructuración; iv) La Versión Final del Contrato de APP en la fase de Transacción; v) La constitución de fideicomisos derivados de los contratos de APP cofinanciadas, y vi) Las modificaciones contractuales a los contratos de APP que involucren materias de competencia del MEF.



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

"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES"
"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

- 2.11 A ello debe agregarse 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 necesidad de las mismas, considerando entre otros aspectos, la naturaleza del proyecto, la asignación original de riesgos, las condiciones de competencia y el equilibrio económico financiero del contrato.
- 2.12 Al respecto, la normativa del SNPIP no ha previsto excepciones al procedimiento de modificación contractual referido en los numerales anteriores, por lo que, de modificarse el contrato de APP, corresponderá llevar a cabo el procedimiento regulado en la normativa vigente.
- 2.13 A razón de lo expuesto, corresponderá a la entidad concedente en su función de gestión y administración de contratos³, identificar para el caso específico, el supuesto aplicable.



III. CONCLUSIONES

Mediante el presente informe, se da por absuelta la consulta efectuada por la Dirección General de Electricidad del MINEM, respecto del procedimiento de modificaciones contractuales, señalándose lo siguiente:

- 3.1 Durante la ejecución contractual suelen surgir circunstancias que requieran modificar, adecuar o actualizar las condiciones inicialmente pactadas; las cuales pueden referirse a i) actos de ejecución contractual cuyos supuestos y consecuencias se encuentran expresamente regulados en el texto del contrato, o ii) supuestos no regulados en el texto contractual.
- 3.2 Para aquellos actos de ejecución contractual que impliquen, por ejemplo, actualización de las tarifas previstas en el contrato, modificación del costo del proyecto por aplicación de fórmulas polinómicas, suspensiones o ampliaciones del plazo de cumplimiento de obligaciones contractuales, entre otros, no se requerirá de una modificación contractual en el marco de la normativa de APP, sino únicamente la aplicación del mecanismo contractual ya regulado, siendo los más usuales el mecanismo de aprobación previa y el acuerdo entre partes.
- 3.3 Si se tratara de circunstancias o supuestos no regulados en el texto contractual, serán de aplicación las disposiciones contenidas en la normativa de APP para las

³ 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".



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

"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES"
"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

modificaciones contractuales, manteniendo el equilibrio económico financiero, las condiciones de competencia del proceso de promoción, garantizando el Valor por Dinero del contrato a favor del Estado, y procurando no afectar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto. Este procedimiento es de cumplimiento obligatorio y la normativa del SNPiP no ha previsto excepciones en su aplicación.

Es todo cuanto tengo que informar.

Atentamente,

Lenin Mayorga Elías
LENIN MAYORGA ELIAS
Director
Dirección de Política de Inversión Privada

cca/lme

