



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Despacho Viceministerial
de Economía

Dirección General
de Política de Promoción
de la Inversión Privada

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

Lima, 11 SET. 2019

OFICIO N° 032 -2019-EF/68.02

Señora

PATRICIA PELLA FERNÁNDEZ

Subgerente de Control de Asociaciones Público Privadas y Obras por Impuestos

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Jirón Camilo Carrillo N° 114, Jesús María - Lima

Presente.-

Asunto: Consulta sobre la normativa de Asociaciones Público Privadas.

Referencia: a) Oficio N° 000123-2019-CG/APP (HR N°084093-2019)
b) Oficio N° 000195-2019-CG/APP

Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación a los documentos de la referencia a) y b), mediante los cuales se solicitó a esta Dirección General absolver una consulta vinculada al alcance del artículo 31 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, referida a los recursos de las entidades que califican como cofinanciamiento, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada.

Al respecto, sírvase encontrar adjunto al presente documento, el Informe N° 273 -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

dcd-lme/GDT



MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS
DIRECCION GENERAL DE POLITICA 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° 273 -2019-EF/68.02

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

Asunto: Consulta sobre la normativa de Asociaciones Público Privadas.

Referencia: a) Oficio N° 000123-2019-CG/APP (HR N°084093-2019)
b) Oficio N° 000195-2019-CG/APP

Fecha: Lima, 11 SET. 2019

Me dirijo a usted en atención a los documentos de la referencia a) y b), mediante los cuales se solicitó a esta Dirección General absolver una consulta vinculada al alcance del artículo 31 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, referida a los recursos de las entidades que califican como cofinanciamiento, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada.

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante el Oficio N° 000123-2019-CG/APP de fecha 28 de mayo de 2019, la Contraloría General de la República solicitó a esta Dirección General absolver una consulta vinculada al alcance del artículo 31 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, referida a los recursos de las entidades que califican como cofinanciamiento, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada.
- 1.2 Mediante el Oficio N° 000195-2019-CG/APP de fecha 19 de agosto de 2019, la Contraloría General de la República solicitó a esta Dirección General absolver la consulta formulada mediante el Oficio N° 000123-2019-CG/APP.

II. ANÁLISIS

- 2.1 Sobre el particular, cabe señalar que la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (DGPIIP), en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (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 Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos (en adelante, el Decreto Legislativo).
- 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 DGPIIP, como ente rector del SNPIP, tiene, entre otras, la competencia de emitir opinión, exclusiva y excluyente, con carácter



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"

vinculante en el ámbito administrativo sobre el alcance e interpretación de las normas del SNPIP en materia de APP y Proyectos en Activos.

- 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 Proyectos en Activos, dispone que las consultas que se formulen ante la DGPPIP, 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 DGPPIP, 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 o convalidan actos administrativos, actos de administración o actuaciones jurisdiccionales.

- 2.5 En ese sentido, mediante la consulta de la referencia, la Contraloría General de la República solicitó a esta Dirección General que determine lo siguiente:

"(...)

¿En caso ESSALUD requiera modificar sus contratos de concesión autofinanciados y ello genere la realización de pagos por parte de ESSALUD con recursos provenientes de contribuciones, en aplicación de la normativa vigente, dicha modificación implicaría la incorporación de cofinanciamiento en tales contratos?"

- 2.6 Bajo estas premisas, y de la revisión de los documentos de la referencia, se advierte que la solicitud no cumple con los requisitos establecidos en la Resolución Directoral N° 001-2016-EF/68.01, debido a que hace referencia a un caso concreto², dado que contiene referencias a supuestos específicos al mencionar la modificación de contratos suscritos por ESSALUD.

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

² El Ministerio de Economía y Finanzas únicamente se pronuncia sobre contratos en específico en las oportunidades en los que la propia normativa así lo establece de manera expresa (artículos 36, 37, 39, 40, 41, 54 y 55 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"

2.7 Por lo expuesto, es menester dejar expresa constancia de que las mencionadas referencias no pueden ser objeto de una interpretación normativa, conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del párrafo 5.4 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1362.

2.8 No obstante, en aras de brindar un adecuado servicio al ciudadano, se formulan las siguientes precisiones de carácter general, vinculadas al documento de la referencia:

• **SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LAS APP: AUTOFINANCIADAS Y COFINANCIADAS**

2.9 El artículo 22 del Decreto Legislativo N° 1362 establece que las APP están clasificadas en cofinanciadas y autofinanciadas, según lo siguiente:

a. **Asociación Público Privada Autofinanciada:** Se consideran proyectos de APP autofinanciados aquellos que tienen capacidad propia de generación de ingresos, que no requieren cofinanciamiento del sector público y cumplen con las siguientes condiciones:

- i. Demanda mínima o nula de garantía financiera por parte del Estado.- En este sentido, las garantías financieras son consideradas como mínimas si no superan el 5% del Costo Total de Inversión (CTI) y, en caso de proyectos que no tengan componente de inversión, dichas garantías no superan el 5% del Costo Total del Proyecto (CTP).
- ii. Las garantías no financieras tienen una probabilidad nula o mínima de demandar cofinanciamiento.- Ello ocurre cuando la probabilidad de demandar cofinanciamiento no sea mayor a 10% para cada uno de los primeros cinco años de vigencia de la cobertura de la garantía prevista en el contrato.

b. **Asociación Público Privada Cofinanciada:** Son aquellos proyectos que requieren cofinanciamiento, u otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tienen probabilidad significativa de demanda de cofinanciamiento³.

2.10 En línea con ello, el cofinanciamiento se encuentra definido en el artículo 31 del Reglamento como cualquier pago que utiliza fondos públicos, total o parcialmente, a cargo de la entidad pública titular del proyecto para cubrir las obligaciones establecidas en el respectivo Contrato de APP. Esto incluye, sin limitarse, a los recursos ordinarios,

³ Artículo 23. Garantías del Estado

23.1 Las garantías otorgadas para los proyectos de Asociación Público Privada se clasifican en:

1. **Garantías Financieras:** son aquellos aseguramientos de carácter incondicional y de ejecución inmediata, otorgados y contratados por el Estado, con el fin de respaldar las obligaciones de la contraparte de la entidad pública titular del proyecto, derivadas de préstamos o bonos emitidos para financiar los proyectos o para respaldar obligaciones de pago del Estado, en el marco del Texto Único Ordenado de la Ley N° 28563, Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 130-2017-EF.

2. **Garantías No Financieras:** son aquellos aseguramientos estipulados en el contrato de Asociación Público Privada que potencialmente pueden generar obligaciones de pago a cargo del Estado, por la ocurrencia de uno o más eventos de riesgos propios del proyecto.



MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS
DIRECCION GENERAL DE POLITICA 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"

recursos provenientes de operaciones oficiales de crédito, recursos determinados, así como los recursos directamente recaudados, tales como los arbitrios, tasas, **contribuciones** o multas.

2.11 El mismo artículo establece que **no constituye cofinanciamiento**, lo siguiente:

1. La cesión en uso, en usufructo o bajo cualquier figura similar, de la infraestructura o inmuebles pre-existentes, siempre que no exista transferencia de propiedad y estén directamente vinculados al proyecto.
2. Los gastos y costos derivados de las adquisiciones y expropiaciones de inmuebles para la ejecución de infraestructura pública, reubicaciones o reasentamientos, liberación de interferencias y/o saneamiento de predios, incluso cuando dichas labores sean encargadas al Inversionista conforme a lo dispuesto en el respectivo Contrato.
3. Los pagos por concepto de peajes, precios, tarifas cobrados directamente a los usuarios o indirectamente a través de empresas, incluyendo aquellas de titularidad del Estado o entidades del mismo, para su posterior entrega al Inversionista, en el marco del Contrato de APP.



2.12 En ese sentido, cabe señalar que constituyen cofinanciamiento todos aquellos pagos a ser realizados por el Concedente para cubrir las obligaciones establecidas en el Contrato de APP, distintos a los establecidos en el párrafo anterior.

2.13 Consecuentemente, el concepto de cofinanciamiento incluye a los pagos a ser realizados por el Concedente empleando fondos públicos, así como a aquellas garantías financieras y no financieras que cumplan con las condiciones antes descritas, independientemente de que se deriven del cumplimiento de compromisos firmes o contingentes, **dado que dicha precisión no se desprende de la norma bajo análisis.**

• **SOBRE LAS APP AUTOFINANCIADAS CON COMPONENTE DE COFINANCIAMIENTO**

2.14 Como se ha indicado, los proyectos de APP autofinanciados son aquellos que requieren una demanda mínima o nula de garantía financiera por parte del Estado, o, las garantías no financieras tienen una probabilidad nula o mínima de demandar cofinanciamiento. Cabe señalar que **las APP autofinanciadas no incluyen cofinanciamiento.**

2.15 Sin perjuicio de lo anterior, es posible que por tratarse de contratos de largo plazo (máximo 60 años), se requiera implementar nuevos acuerdos durante la fase de ejecución contractual que involucren pagos por parte de la entidad pública titular del proyecto, incluso en APP autofinanciadas. Esto se evidencia claramente en la realización de **inversiones adicionales**, que suelen definirse como aquellas

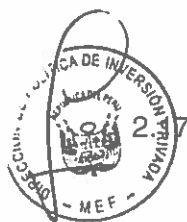


MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS
DIRECCION GENERAL DE POLITICA DE PROMOCIÓN
DE LA INVERSIÓN PRIVADA

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

inversiones que no fueron comprendidas en el proyecto original, las cuales pueden ser solicitadas por el concedente o propuestas por el concesionario⁴.

- 2.16 De este modo, según los Lineamientos para el diseño de contratos de Asociación Público Privada⁵, si durante la vigencia de la Concesión, el concedente necesita realizar obras por inversiones adicionales, deberá asumir el costo de su implementación, sin perjuicio de que su ejecución se realice por el concesionario o por un tercero, para lo cual se deberá seguir el procedimiento de modificación contractual, conforme a lo dispuesto en el párrafo 137.1 del artículo 137 del Reglamento⁶.



Continuando con el ejemplo antes planteado, el pago que realice el concedente para la ejecución de inversiones adicionales califica como "cofinanciamiento" (según lo desarrollado en la sección anterior), sin que ello implique modificar la clasificación original del proyecto de autofinanciado a cofinanciado.

- 2.18 De esta manera, es posible que un proyecto autofinanciado incluya, a raíz de hechos generados o identificados durante su ejecución, un componente de cofinanciamiento manteniendo la clasificación de autofinanciado.

- **SOBRE LOS CONTRATOS DE APP SUSCRITOS ANTES DE LA VIGENCIA DE LA OCTAVA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL DE LA LEY N° 30264**

- 2.19 Sobre el particular, en el documento de la referencia, la Contraloría General de la República señala lo siguiente:

"(...) Durante la vigencia del Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, los aportes al ESSALUD no se consideraron como recursos públicos y a su vez, tampoco eran catalogados como cofinanciamiento. No obstante, la normativa vigente a la fecha (Decreto Legislativo N° 1362 y su Reglamento) sí considera a las contribuciones dentro de la definición de cofinanciamiento.

De otro lado, la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30264 dispone que los contratos de APP suscritos por ESSALUD bajo el marco del Decreto Legislativo N° 1012, deberán continuar su ejecución en el marco de lo dispuesto en los respectivos contratos, cuyo financiamiento fue clasificado como autofinanciado (...)

- 2.20 Al respecto, es importante mencionar que desde su entrada en vigencia, el Decreto Legislativo N° 1012⁷ disponía que las Asociaciones Público Privadas Cofinanciadas son aquellas que usan recursos públicos y por ende, requerían contar con la declaratoria de

⁴ Esta definición no incluye a las inversiones que se realicen a cuenta y riesgo del concesionario.

⁵ https://www.mef.gob.pe/contenidos/archivos-descarga/Lineamientos_diseño_contratos_APP.pdf

⁶ "(...)"

Artículo 137. Reglas aplicables para la evaluación de modificaciones contractuales

137.1 Los Contratos de APP que prevean la introducción de inversiones adicionales al proyecto, deben incluir las disposiciones necesarias para que dichas inversiones se aprueben de acuerdo al procedimiento de modificación contractual previsto en el presente Reglamento."

⁷ Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Legislativo que aprueba la ley marco de asociaciones público privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, tuvo vigencia entre el 14 de mayo del 2008 y el 27 de diciembre del 2015



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"

viabilidad en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública. Asimismo, para los proyectos desarrollados al amparo del Decreto Legislativo N° 1012, la definición de recursos públicos aplicable es aquella contenida en el numeral 2.3 del artículo 2 del Reglamento del Sistema Nacional de Inversión Pública, aprobado mediante Decreto Supremo N° 102-2007-EF. Éste último define como Recursos Públicos a todos los recursos financieros y no financieros de propiedad del Estado o que administran las Entidades del Sector Público.

- 2.21 Este criterio ya ha sido reconocido en la interpretación normativa emitida por la DGPPIP mediante Oficio N° 065-2016-EF/68.01, señalando que aquellas Asociaciones Público Privadas, de origen estatal u origen privado, que se financien con Recursos Públicos, conforme la definición que se encuentra establecida en el Decreto Legislativo N° 1012 desde su promulgación (concordado con el Reglamento del Sistema Nacional de Inversión Pública, aprobado mediante Decreto Supremo N° 102-2007-EF), se clasifican como Asociaciones Público Privadas Cofinanciadas.



- 2.22 En atención a lo expuesto en el presente informe no corresponde evaluar los efectos de un cambio normativo respecto a contratos ya suscritos por el Estado Peruano, dado que, como ya se ha mencionado el uso de recursos públicos para el pago de obligaciones de la entidad pública titular en el marco de un contrato de APP, califican al contrato como cofinanciado, incluso al amparo del Decreto Legislativo N° 1012.
- 2.23 Sin perjuicio de lo anterior, es oportuno mencionar que la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30264, Ley que establece medidas para promover el crecimiento económico, establece lo siguiente:
- "(...) *OCTAVA. Los contratos de Asociación Público-Privada en el marco de la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 10128, Ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, se sujetan a los requisitos y procedimientos establecidos en el citado Decreto Legislativo y sus modificatorias. Los contratos a los que se refiere la citada Disposición Complementaria Final suscritos antes de la entrada en vigencia de la presente Ley, deberán continuar su ejecución en el marco de lo dispuesto en los respectivos contratos.*"
- 2.24 Como puede apreciarse, la precitada norma no modifica o regula los criterios de clasificación aplicables a los contratos de APP para determinar si son autofinanciados o cofinanciados, sino que dispone la continuidad de los contratos suscritos por ESSALUD antes de la entrada en vigor de la Ley N° 30264, en los términos originalmente pactados.
- 2.25 A ello debe agregarse que, a la fecha las modificaciones contractuales se rigen por lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1362 y sus disposiciones reglamentarias y

⁸ Decreto Legislativo N° 1012:

"QUINTA.- El Seguro Social de Salud - ESSALUD, en el marco de la autonomía que la ley le confiere, se encuentra facultado a promover, tramitar y suscribir contratos de Asociación Público-Privada con el objeto de incorporar inversión y gestión privada en los servicios que presta a los asegurados, dentro de los mecanismos establecidos en la presente norma."



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"

complementarias. En razón de dicho marco normativo, el concepto de cofinanciamiento incluye a cualquier pago a ser realizado por el Concedente empleando fondos públicos, así como a aquellas garantías financieras y no financieras que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo 30 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362.

- 2.26 Finalmente, cabe remarcar que las opiniones vertidas por esta Dirección General, ya sea mediante la absolución de una consulta técnico normativa u otro medio, de ninguna forma significan la interpretación de un contrato de APP; dado que ello excede las funciones de la DGPPIP; así como tampoco convalidan las opiniones de las partes respecto de los términos contractuales del contrato correspondiente.

III. CONCLUSIONES

Por lo antes expuesto, se concluye:

- 3.1. La definición de APP cofinanciada bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 1012 es consistente con lo estipulado en el vigente Decreto Legislativo N° 1362, en la medida que ambos cuerpos normativos regulan a las APP cofinanciadas como aquellas que utilizan recursos públicos para cubrir las obligaciones establecidas en el respectivo Contrato.
- 3.2. La Ley N° 30264 no modifica o regula los criterios de clasificación aplicables a los contratos de APP para determinar si son autofinanciados o cofinanciados, sino que dispone la continuidad de los contratos suscritos por ESSALUD antes de su entrada en vigencia, en los términos originalmente pactados.
- 3.3. A la fecha, las modificaciones contractuales se rigen por lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1362 y sus disposiciones reglamentarias y complementarias. En razón de dicho marco normativo, el concepto de cofinanciamiento incluye a cualquier pago a ser realizado por el Concedente empleando fondos públicos, así como a aquellas garantías financieras y no financieras que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo 30 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362.

Es todo cuanto tengo que informar.

Atentamente,


.....
LENIN MAYORGA ELÍAS
Director
Dirección de Política de Inversión Privada
dcg/LME

