



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, 22 OCT. 2019

**OFICIO N° 041 -2019-EF/68.02**

Señor  
**EMERSON JUNIOR CASTRO HIDALGO**  
Director General de Programas y Proyectos de Transportes  
Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Jirón Zorritos N° 1203, Lima  
Presente.-

Asunto: Consulta sobre interpretación y aplicación de los alcances del artículo 137.1 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF – Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, sobre reglas aplicables para la evaluación de modificaciones contractuales, en particular en lo que se refiere a la introducción de inversiones adicionales al proyecto

Referencia: Oficio N° 4354-2019-MTC/19 (HR N° 132896-2019)

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con relación al documento de la referencia, mediante el cual nos consulta sobre la interpretación y aplicación del artículo 137.1 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF, mediante el cual se aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Al respecto, sírvase encontrar adjunto al presente documento, el Informe N° 324 -2019-EF/68.02, elaborado por la Dirección de Política de Inversión Privada de esta Dirección General, que cual 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

devAmerGDT





MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS  
DIRECCION GENERAL DE POLITICA DE PROMOCION  
DE LA INVERSION PRIVADA

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

INFORME N° 324 -2019-EF/68.02

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

**Asunto** : Interpretación del artículo 137.1 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF – Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362

**Referencia** : Oficio N° 4354-2019-MTC/19 (HR N° 132896-2019)

**Fecha** : Lima, 22 OCT. 2019

Me dirijo a usted en atención al documento de la referencia, mediante el cual la Dirección General de Programas y Proyectos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (DGPPT), solicita a esta Dirección General, la interpretación y aplicación del artículo 137.1 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF, mediante el cual se aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 - Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Sobre el particular, en el marco de las competencias establecidas en el literal c) del artículo 230 del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), aprobado por Resolución Ministerial N° 301-2019-EF/41, se emite el presente informe.

**I. ANTECEDENTES**

- 1.1. Mediante Oficio N° 4354-2019-MTC/19 de fecha 3 de setiembre de 2019, la DGPPT presentó a esta Dirección General una solicitud sobre el alcance e interpretación de las normas del SNPIP.
- 1.2. En específico, la DGPPT consulta lo siguiente:

*"Por lo expuesto, resulta necesario hacer las siguientes consultas a la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada del MEF, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada:*

- i) *¿Cómo debe entenderse que las inversiones adicionales al proyecto requieren de una adenda al contrato de APP, referido en el artículo 137.1 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF?*
- ii) *Aquellas inversiones que se deriven de contingentes contractuales previstos y regulados en el contrato de APP (que implican la ejecución de inversiones de rehabilitación, restitución, reparación, reposición, sustitución, mejoramiento o reemplazo de la infraestructura o equipamiento), así como aquellas inversiones que tienen mecanismos expresamente regulados en los contratos de APP, ¿califican como "inversiones adicionales al proyecto"?*



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

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

- iii) Considerando que el término "inversiones adicionales al proyecto" se encuentra previsto a partir del Decreto Legislativo N° 1012, ¿debería entenderse que los fundamentos o el alcance de este término ("inversiones adicionales al proyecto") no ha variado con la normativa emitida posteriormente (Decreto Legislativo N° 1224 y 1362)?".

## II. ANÁLISIS

### A. Sobre la competencia de la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada

2.1 El numeral 2 del párrafo 5.4 del artículo 5 del Decreto Legislativo y el numeral 4 del párrafo 9.1 del artículo 9 del Reglamento, establecen que la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (DGPPIP) del MEF es competente para emitir opinión exclusiva y excluyente, con carácter vinculante en el ámbito administrativo, sobre el alcance e interpretación de las normas del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (SNPIP), en materia de Asociaciones Público Privadas (APP) y Proyectos en Activos (PA); siendo que las precitadas normas no limitan la potestad interpretativa de los órganos jurisdiccionales ni del Congreso de la República.

2.2 En línea con ello, mediante la Resolución Directoral N° 001-2016-EF/68.01 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 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 referencia 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.

2.3 De la revisión del documento de la referencia, se aprecia que la solicitud formulada por la DGPPPT cumple con los requisitos establecidos en la Resolución Directoral N° 001-2016-EF/68.01. En consecuencia, mediante el presente informe se procede a emitir opinión respecto a la consulta normativa formulada.

### B. Sobre el alcance de la consulta de la DGPPPT

2.4 Tal y como se ha señalado en los antecedentes del presente Informe, la consulta de la DGPPPT se encuentra relacionada con la solicitud de interpretación del artículo 137° del Reglamento, formulando las siguientes interrogantes:

- (i) ¿Cómo debe entenderse que las inversiones adicionales al proyecto requieren de una adenda al contrato de APP, referido en el artículo 137.1 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF?



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

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

- (ii) *Aquellas inversiones que se deriven de contingentes contractuales previstos y regulados en el contrato de APP (que implican la ejecución de inversiones de rehabilitación, restitución, reparación, reposición, sustitución, mejoramiento o reemplazo de la infraestructura o equipamiento), así como aquellas inversiones que tienen mecanismos expresamente regulados en los contratos de APP, ¿califican como "inversiones adicionales al proyecto"?*
- (iii) *Considerando que el término "inversiones adicionales al proyecto" se encuentra previsto a partir del Decreto Legislativo N° 1012, ¿debería entenderse que los fundamentos o el alcance de este término ("inversiones adicionales al proyecto") no ha variado con la normativa emitida posteriormente (Decreto Legislativo N° 1224 y 1362)?*

### Sobre las inversiones adicionales

- 2.5 Como punto de partida es importante señalar que los Lineamientos para el Diseño de Contratos de Asociación Público – Privada, establecen que *"el Contrato puede regular la necesidad de realizar obras correspondientes a inversiones adicionales, entendidas como aquellas inversiones que no fueron comprendidas en el proyecto original, las cuales pueden ser solicitadas por el concedente o propuestas por el concesionario. Esta definición no incluye a las inversiones que se realicen a cuenta y riesgo del concesionario".*



Respecto al alcance de este grupo de intervenciones, los referidos Lineamientos precisan que *"es primordial precisar que las inversiones adicionales no tengan por finalidad la subsanación de errores de cálculo, diseño o constructivos, los cuales deben ser de costo y cargo del concesionario".*

- 2.7 De modo complementario, el numeral 1.10 de los Lineamientos para la asignación de Riesgos en los Contrato de Asociación Público Privada señala, nota al pie, lo siguiente:

*"El concepto de inversión adicional comprende aquellas obras o inversiones – no contempladas en el diseño definitivo del contrato –, aprobadas por el concedente por considerarlas de necesidad e interés público y vinculadas con la concesión. Es potestativo del concedente determinar la ejecución de dicha inversión adicional conforme al marco legal vigente (...)" (énfasis agregado)*

- 2.8 De este modo, para calificar una intervención como Inversión Adicional será necesario que esta:  
i) no haya sido considerada en el proyecto original, ii) se encuentre vinculada al proyecto, iii) que su necesidad sea determinada durante la fase de ejecución contractual y iv) que no tenga por finalidad subsanar errores de cálculo, de diseño o constructivos.
- 2.9 Con ello, se diferencia el concepto de Inversiones Adicionales de otros supuestos como los denominados "adicionales de obra" propios de la Ley de Contrataciones del Estado o, por ejemplo, de las intervenciones de emergencia en contratos APP que suelen contar con un tratamiento específico.
- 2.10 Los Lineamientos para el diseño de Contratos de APP, al desarrollar el supuesto de Intervenciones de Emergencia, señalan lo siguiente:



MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS  
DIRECCION GENERAL DE POLITICA DE PROMOCION  
DE LA INVERSION PRIVADA

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

*"Así, por ejemplo, en contratos de infraestructura vial, el concesionario puede ser responsable por los derrumbes, hasta un límite establecido de metros cúbicos por evento. Asimismo, el concesionario estará obligado a contratar una póliza de seguros, cuya cobertura mínima se establecerá en el Contrato. En este sentido, cuando el evento excede los límites, y siempre que no hayan sido cubiertos por los seguros mencionados, corresponderá al concedente asumir el costo de las mayores intervenciones".*

- 2.11 De esta manera, bajo un esquema contractual en el que el concedente y el concesionario comparten riesgo de desastres naturales (como el referido en el ejemplo planteado en los Lineamientos para el Diseño de Contratos de APP), las intervenciones de emergencia a cargo del Concedente, no serán calificadas como Inversiones Adicionales, sino como compromisos contingentes, en tanto se originan debido a que el Estado retiene parte del riesgo constructivo.
- 2.12 En ese orden de ideas, el artículo 5 del Reglamento define a los Compromisos Contingentes como *"las potenciales obligaciones de pago del Estado a favor de su contraparte contractual estipuladas en el Contrato de APP que se derivan por la ocurrencia de uno o más eventos correspondientes a los riesgos propios del proyecto de APP"*.
- 3 Es decir, si dicho riesgo se materializara, corresponderá al Concedente asumir los compromisos contingentes en los términos que disponga el respectivo contrato, sin que se configure una inversión adicional.
- 2.14 Lo expuesto nos exige precisar que el alcance las obligaciones a ser asumidas por la entidad pública titular del proyecto, derivadas de compromisos contingentes, deben ceñirse a lo dispuesto en el respectivo contrato.
- 2.15 Esta precisión resulta necesaria al considerar que la consulta formulada por la DGPPT enumera, a modo de ejemplo, un conjunto de intervenciones, como rehabilitación, restitución, reparación, reposición, sustitución, mejoramiento o reemplazo de la infraestructura o equipamiento. Sin embargo, no corresponde a la norma, sino al texto contractual, determinar el alcance de los compromisos contingentes asumidos por el Estado peruano en los contratos suscritos con el sector privado.
- 2.16 En línea con lo señalado anteriormente, resulta pertinente recordar lo señalado por esta Dirección General en el Oficio N° 175-2017-EF/68.01 (en adelante, el "Oficio") de fecha 3 de agosto de 2017. Si bien, dicha interpretación se hace sobre la base del Decreto Legislativo N° 1224, este criterio se mantiene en el Decreto Legislativo N° 1362:

*"Sin perjuicio de lo anterior es importante precisar que durante la ejecución contractual suelen surgir circunstancias que requieran modificar, adecuar o actualizar las condiciones inicialmente pactadas, pudiendo encontrarse en las siguientes actuaciones:*

- *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".*



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

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

- 2.17 Sobre el primer supuesto (Actos de Ejecución Contractual), el Oficio referido en el numeral anterior, detalló lo siguiente:

*“Para el primer supuesto usualmente los contratos APP establecen mecanismos para: la actualización de las tarifas previstas en el contrato, modificación del costo del proyecto por aplicación de las fórmulas polinómicas, suspensiones o ampliaciones del plazo de cumplimiento de obligaciones contractuales, entre otros. Estos supuestos son cambios ya programados en el propio contrato y no calzan dentro de las modificaciones contractuales reguladas en el artículo 22 del Decreto Legislativo N° 1224, 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 las partes”.*

- 2.18 Respecto al segundo supuesto (Actos de Modificación Contractual por circunstancias no regulados), el referido Oficio señaló lo siguiente:

*Por otro lado, si se trata del segundo supuesto, serán de aplicación las disposiciones contenidas en la normativa APP's –principalmente del Título VI del Reglamento del DLEG 1224- y las reglas particulares establecidas en cada contrato de APP. En estos casos se deberá: (i) presentar un proyecto de adenda con el debido sustento, (ii) llevar a cabo el procedimiento de Evaluación Conjunta y (iii) solicitar las opiniones de las entidades competentes (MEF, CGR y Organismo Regulador, de corresponder). En consecuencia, la normativa aplicable a los procesos de modificación contractual”.*

- 2.19 Respecto a la incorporación de inversiones adicionales mediante modificaciones contractuales, el Reglamento del Decreto Legislativo señala en el artículo 137º lo siguiente:

**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*

*137.2. Asimismo, si la modificación contractual propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el quince por ciento (15%) del CTP, la entidad pública titular del proyecto evalúa la posibilidad y conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección, como alternativa a negociar una modificación al Contrato de APP en el marco de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley.*

- 2.20 El antecedente inmediato del marco normativo antes citado, se encuentra regulado en el Decreto Legislativo N° 1224, en razón del cual las inversiones adicionales se regulaban de la siguiente forma:

*Decreto Legislativo N° 1224*



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

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

*56.1 Los contratos de Asociación Público Privada 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 Reglamento.*

*56.2 Asimismo, si la modificación contractual propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el quince por ciento (15%) del Costo Total del Proyecto, la entidad, siempre que la naturaleza del proyecto lo permitiera, evalúa la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección como alternativa a negociar una modificación al contrato de Asociación Público Privada en el marco de lo dispuesto en la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley".*

2.21 Considerando los precitados artículos, es correcto afirmar que tanto el Decreto Legislativo N° 1362 como en el Decreto Legislativo N°1224, han mantenido una regulación consistente respecto a los actos necesarios para el desarrollo de inversiones adicionales, precisando en ambos casos, que para la ejecución de Inversiones Adicionales resulta necesaria la suscripción de una adenda, siguiendo el procedimiento de modificación contractual regulado en la normativa vigente.



Esta condición tiene por objetivo garantizar la participación oportuna y el pleno ejercicio de las funciones a cargo de las entidades competentes, entre ellas: la Entidad Pública Titular del Proyecto, el Organismo Regulador, el Ministerio de Economía y Finanzas y la Contraloría General de la República.

2.23 Finalmente, la DGPPT consulta si los fundamentos o el alcance del término Inversiones Adicionales ha variado entre los Decretos Legislativos N° 1012, 1224 y 1362.

2.24 Al respecto corresponde precisar que el Decreto Legislativo N° 1012, no establecía una regla similar a la contenida hoy en día en el artículo 137 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362. Sin embargo, ello no debe entenderse como una habilitación legal para la incorporación irrestricta de Inversiones Adicionales mediante actas de acuerdos. En dichos casos, será de aplicación el criterio desarrollado en los numerales 2.16, 2.17 y 2.18 del presente Informe, debiendo considerar los alcances del respectivo contrato.

2.25 Es decir, para contratos suscritos al amparo del Decreto Legislativo N° 1012, deberá definirse si la necesidad de realizar inversiones adicionales corresponde a: i) un acto de ejecución contractual que cuente con reglas claras establecidas en el respectivo contrato, en cuyo caso las partes podrán suscribir un acta de acuerdos, o ii) a supuestos no regulados en el texto contractual, en cuyo caso se deberá optar por el procedimiento de modificación contractual, y la consecuente suscripción de una adenda.

2.26 En ese sentido, cuando el contrato de APP establezca todas las reglas contractuales y/o procedimentales sobre supuestos ya programados, no será de aplicación el mecanismo normativo de modificación contractual; por tanto, las inversiones que se deriven de compromisos contingentes previstos y regulados en el contrato de APP, así como aquellos compromisos que tengan mecanismos expresos de implementación; no deben ser calificados como inversiones adicionales, en tanto constituyen actos de ejecución contractual.



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

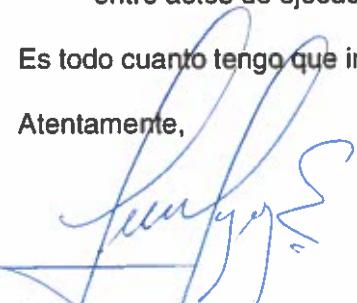
"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES"  
"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

**III. CONCLUSIONES**

- 3.1. Las inversiones adicionales son aquellas intervenciones que no fueron comprendidas en el proyecto original del contrato y que, por tanto, requieren seguir el procedimiento de modificación contractual para su incorporación.
- 3.2. Las intervenciones que se deriven de compromisos contingentes regulados en el contrato de APP, así como aquellas que cuenten con mecanismos expresamente regulados en los contratos de APP, corresponden a actos de ejecución contractual y pueden ser implementados mediante actas de acuerdos suscritas por las partes.
- 3.3. El alcance de las obligaciones a ser asumidas por la entidad pública titular del proyecto, derivadas de compromisos contingentes u otros mecanismos expresamente regulados en el contrato de APP, deben ceñirse a lo dispuesto en el respectivo contrato, de lo contrario podría incurrirse en un supuesto de modificación contractual.
- 3.4. No corresponde a la norma, sino al texto contractual, determinar el alcance de los compromisos contingentes asumidos por el Estado peruano en los contratos de APP que el Estado peruano haya suscrito con el sector privado.
- 3.5. El Decreto Legislativo N° 1012, no contemplaba una regla similar a la contenida hoy en día en el artículo 137 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362. Sin embargo, ello no debe entenderse como una habilitación legal para la incorporación irrestricta de Inversiones Adicionales mediante actas de acuerdos. En dichos casos, será de aplicación el criterio desarrollado en los numerales 2.16, 2.17 y 2.18 del presente Informe, debiendo distinguirse entre actos de ejecución contractual y actos de modificación contractual.

Es todo cuanto tengo que informar.

Atentamente,

  
LENIN MAYORGA ELIAS  
Director  
dpm/LME  
DIRECCION GENERAL DE POLITICA DE INVERSIÓN PRIVADA

