



Firmado digitalmente por:
MAYORGA ELIAS Lenin
William FAU 20131370645 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 29/05/2020 10:04:50-0500



Ministerio de
Economía
y Finanzas

Firmado digitalmente por:
DALY TURCKE Gabriel FAU
20131370645 hard
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 02/06/2020 16:07:08-0500



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 UNIVERSALIZACIÓN DE LA SALUD”

Lima, 26 de mayo de 2020

OFICIO N° 063-2020-EF/68.02

Señor

JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO

Gerente General

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN
Calle Los Negocios N° 182, piso 2, Surquillo, Lima

Presente.

Asunto: Solicitud de opinión sobre efectos de la “Ley y Disposiciones aplicables” como evento de fuerza mayor, según lo señalado en los “Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas”, en el contexto del brote del COVID-19 y las normas emitidas a fin de evitar su propagación

Referencias: a) Oficio N° 072-2020-GG-OSITRAN (HR N° 047716-2020)
b) Informe Conjunto N° 0051-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF)

Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia a), mediante el cual se solicita a esta Dirección General emitir opinión respecto de los alcances de la restricción de considerar los efectos de la “Ley y Disposiciones aplicables” como evento de fuerza mayor, según lo señalado en los “Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas”, en el contexto del brote del COVID-19 y las normas emitidas a fin de evitar su propagación.

Al respecto, sírvase encontrar adjunto al presente documento el Informe N° 069-2020-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.

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



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 UNIVERSALIZACIÓN DE LA SALUD”

INFORME N° 069-2020-EF/68.02

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

Asunto: Solicitud de opinión sobre efectos de la “Ley y Disposiciones aplicables” como evento de fuerza mayor, según lo señalado en los “Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas”, en el contexto del brote del COVID-19 y las normas emitidas a fin de evitar su propagación

Referencia: a) Oficio N° 072-2020-GG-OSITRAN (HR N° 047716-2020)
b) Informe Conjunto N° 0051-2020-IC-OSITRAN (GAJ-GSF)

Fecha: Lima, 26 de mayo de 2020

Me dirijo a usted en atención al documento de la referencia a), mediante el cual el Gerente General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, OSITRAN), solicitó a esta Dirección General emitir opinión respecto de los alcances de la restricción de considerar los efectos de la “Ley y Disposiciones aplicables” como evento de fuerza mayor, según lo señalado en los “Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas”, en el contexto del brote del COVID-19 y las normas emitidas a fin de evitar su propagación.

I. ANTECEDENTES

1.1 Mediante el Oficio N° 072-2020-GG-OSITRAN, el Gerente General del OSITRAN solicitó a esta Dirección General emitir opinión respecto de los alcances de la restricción de considerar los efectos de la “Ley y Disposiciones aplicables” como evento de fuerza mayor, según lo señalado en los “Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas”, en el contexto del brote del COVID-19 y las normas emitidas a fin de evitar su propagación.

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



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 UNIVERSALIZACIÓN DE LA SALUD”

Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos (en adelante, el Decreto Legislativo 1362).

- 2.2 Asimismo, el numeral 4 del inciso 9.1 del artículo 9 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF (en adelante, el Reglamento) establece que la DGPIIP, como ente rector del SNPIP, tiene, entre otras, la competencia 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 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 DGPIIP, 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 DGPIIP, 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 el documento a) de la referencia, el OSITRAN solicitó a esta Dirección General absolver las siguientes consultas:
- **Consulta N° 1:** *La restricción de considerar los efectos de una “Ley y Disposiciones aplicables” como un evento de fuerza mayor, señalada en los “Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas”*

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.



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 UNIVERSALIZACIÓN DE LA SALUD”

¿resultaría aplicable a las disposiciones normativas emitidas por el Estado peruano en el contexto del brote del COVID-19?

- **Consulta N° 2:** *Considerando que el propósito de los “Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas” se orienta en generar Valor por Dinero en los futuros Contratos de APP, a partir de su estructuración y diseño ¿puede afirmarse que los mismos no resultan aplicables a la etapa de ejecución contractual?*
- 2.6 De la revisión de los términos de las consultas planteadas, así como de los documentos de sustento alcanzados, se ha podido verificar que las mismas hacen referencia a casos concretos, que hipotéticos o no, contienen referencias a supuestos específicos como el de los contratos de concesión de infraestructura de transporte público bajo la competencia del OSITRAN en el contexto de la declaratoria de emergencia nacional a causa del brote del COVID-19.
- 2.7 En este sentido, y en virtud de lo expuesto en los numerales 2.1 a 2.4 del presente informe, no corresponde que la DGPPIP, en su calidad de Ente Rector del SNPIP, emita opinión vinculante respecto de las consultas formuladas.
- 2.8 Sin perjuicio de ello, y en razón del principio de colaboración entre entidades², es posible realizar algunas precisiones de carácter general sobre el marco normativo vigente.
- 2.9 El Decreto Legislativo 1362 establece las reglas, los procedimientos y principios que rigen el desarrollo de los proyectos de inversión bajo las modalidades de APP y PA en el país.

El artículo 4 del Decreto Legislativo 1362 dispone que, específicamente para el caso de las APP, resultan aplicables los principios de **Valor por Dinero** y **Adecuada Distribución de Riesgos**.

Dadas las características propias de una APP, la norma dispone que exista siempre una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de manera que los riesgos sean asignados a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos durante el largo plazo que dura la asociación y considerando el perfil de riesgos del proyecto. Asimismo, las APP deben buscar obtener el mayor Valor por Dinero para el Estado, a través de la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios a lo largo de la vida del proyecto.

Precisamente, el principio de Valor por Dinero tiene en cuenta una Adecuada Distribución de Riesgos en todas las fases de desarrollo del proyecto de APP, de

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



MINISTERIO DE 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 UNIVERSALIZACIÓN DE LA SALUD”

manera que genere Valor por Dinero a través de la identificación de los riesgos y su distribución a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos.

- 2.10 Bajo este marco normativo, y en el ejercicio de su función rectora, el MEF aprobó mediante Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15, los “Lineamientos para la asignación de riesgos en los Contratos de Asociación Público Privada” (en adelante, los Lineamientos),

Los Lineamientos establecen un listado de los riesgos más relevantes del proyecto, dependiendo de la etapa en la que se generen; sin embargo, ello no significa que sean los únicos riesgos que se deban evaluar. Así como la identificación del riesgo depende del tipo de proyecto, la dificultad de ejecución del mismo y los niveles de estudios y desarrollo con los que se cuente sobre dicho proyecto, la asignación de dichos riesgos depende del perfil del proyecto, y si la entidad decide apartarse de la práctica recomendada por los Lineamientos, deberá sustentar su posición en el Informe de Riesgos respectivo.

A modo de ilustración, en la Etapa de Diseño y Construcción, se pueden identificar los siguientes riesgos: de diseño, de construcción, de expropiación de terrenos, geológico, de interferencias, ambiental, arqueológico, de obtención de permisos y licencias, de infraestructura existente transferida al concesionario, entre otros. Por su parte, en la Etapa de Operación y Mantenimiento, se pueden identificar los siguientes riesgos: de ingresos, de sobrecostos de explotación, de infraestimación de costos de mantenimiento extraordinario o mantenimiento mayor, entre otros.

Por otro lado, existen riesgos que pueden presentarse tanto en la Etapa de Diseño y Construcción como en la de Operación y Mantenimiento, diferenciándose en sus efectos por el impacto que tendrán sobre los costos o plazos de la construcción o sobre los flujos operaciones del proyecto; son, por ejemplo, los casos de riesgos derivados de eventos de fuerza mayor y regulatorio o normativo.

- 2.11 El riesgo de fuerza mayor es el riesgo de que ocurran eventos externos inesperados, que están fuera del control de las partes y que impiden u obstaculizan la ejecución de las obligaciones, como, por ejemplo, los desastres naturales, las guerras o los disturbios civiles no asegurables, que afecten el proyecto. Para su definición corresponde remitirse a las normas y conceptos del Código Civil.

De acuerdo con los Lineamientos, en un evento de fuerza mayor, las causas que lo generaron no resultarán imputables a ninguna de las partes, ya que al presentarse el evento, la ejecución de la obligación comprendida se torna imposible, o determina que el cumplimiento de dicha obligación sea parcial, tardío o defectuoso, motivo por el cual, se señala que sea un riesgo compartido por ambas partes del contrato de APP.

Una práctica recomendada por los Lineamientos es la determinación de aquellos eventos que serán considerados como de fuerza mayor, de manera clara y precisa en



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 UNIVERSALIZACIÓN DE LA SALUD”

el contrato de APP, ya que de lo contrario, o en caso de no establecer el procedimiento y/o las condiciones para la aplicación del mecanismo de compensación respectivo, el Estado se verá en la necesidad de llegar a un acuerdo con su contraparte para determinar el monto por compensación que corresponda o incluso a la terminación del contrato por el impacto del evento en la viabilidad del proyecto. Para mitigar parte de este riesgo, el contrato de APP deberá entonces crear incentivos para que el privado, por ejemplo, obtenga las coberturas de seguros contra aquellos riesgos que sí sean asegurables en el mercado, a un costo razonable.

Al respecto, el artículo 111 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362 señala que el contrato de APP se suspende en caso de guerra externa, guerra civil o fuerza mayor, que impidan la ejecución del Contrato o la prestación de los servicios.

- 2.12 Por su parte, el riesgo regulatorio o normativo se refiere al cambio en el marco legal general que afecte la capacidad de desempeño, los ingresos o costos del proyecto, como por ejemplo, el cambio de normas técnicas de edificación, ambientales, del impuesto a la renta o convertibilidad de moneda, entre otros.

Los concesionarios, como cualquier otra persona en el país, deben operar en el marco de la ley y cumplir con la normativa vigente. Al tratarse de contratos de largo plazo, la posibilidad de que durante la vigencia de un contrato de APP se produzcan cambios en la legislación, los cuales no fueron considerados al inicio de la relación contractual, se torna bastante considerable. Siendo que algunos cambios normativos podrían llegar a hacer que la ejecución del contrato resulte siendo más costosa que en sus términos originales, dado que el concesionario deberá implementarlos en la realización de sus actividades, resulta necesario que el contrato de APP prevea un mecanismo, objetivo y equitativo, para los casos en los que el impacto de la aplicación de una norma en el nivel de ingresos o costos del proyecto sea significativo.

En este sentido, los Lineamientos recomiendan que el riesgo sea compartido entre ambas partes del contrato de APP y recomiendan que el contrato de APP establezca un mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico financiero, a fin de compensar, ante la aplicación de ciertos cambios normativos, a la parte afectada, que podrá ser tanto el Concesionario como el Concedente, en tanto que un cambio normativo podría beneficiar al privado, al aumentar su margen de beneficio, y dar derecho al Concedente para obtener una compensación.

La mencionada cláusula deberá señalar el tipo de cambio normativo que dará derecho al restablecimiento, así como un límite mínimo de variación de ingresos o costos para considerar que el equilibrio económico financiero del contrato se ha visto afectado. Este límite mínimo de variación podrá estar representado en una variable porcentual, debidamente sustentada, que tome como referencia proyectos de APP similares. La determinación de este nivel de variación es fundamental para asegurar realmente el equilibrio del contrato, ya que si es un porcentaje muy bajo, podría abarcar cambios



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 UNIVERSALIZACIÓN DE LA SALUD”

pocos significativos de la normativa y liberar al concesionario de riesgos intrínsecos a su actividad.

Al respecto, el artículo 37 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362 dispone que los contratos de APP pueden incluir disposiciones sobre el equilibrio económico financiero en las que se precise que su restablecimiento puede ser invocado por cualquiera de las partes, únicamente cuando éste se vea afectado significativamente debido al cambio de leyes aplicables, y en la medida que dichos cambios tengan impacto directo con aspectos económicos o financieros, vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el inversionista. De acuerdo con la norma, una afectación será significativa cuando hubiese alcanzado los porcentajes que, para tal efecto, ha establecido el contrato de APP; siendo que el equilibrio será restablecido al momento anterior a la afectación producida por el cambio normativo.

Otra manera de mitigar este riesgo es con la suscripción de los Convenios de Estabilidad Jurídica, en los casos que correspondan y de conformidad con el marco legal aplicable.

2.13 A partir de lo antes dicho, el riesgo de fuerza mayor se materializará ante:

- La ocurrencia de un evento externo inesperado.
- Fuera del control de las partes.
- Que impida la ejecución de la obligación, de acuerdo a lo establecido en el contrato de APP.
- Según el Código Civil, además de cumplir las condiciones de extraordinario, imprevisible e irresistible, debe existir un nexo causal entre el evento adverso y la imposibilidad de incumplir una o más obligaciones.

2.14 Por su parte, el riesgo regulatorio o normativo se configura cuando ocurre un tipo de cambio normativo que impacta de manera significativa en el nivel de ingresos o costos del proyecto. El origen de ambos riesgos se encuentra pues en eventos distintos, a los que se les aplican mecanismos distintos de mitigación, por lo que los efectos de la ocurrencia de uno no podrán ser equiparados a los del otro.

2.15 Considerando las particularidades antes reseñadas, los Lineamientos, señalan en su numeral 1.17 que aun cuando estas modificaciones podrían generar un impacto en el costo o plazo de la obra, los efectos de la vigencia y aplicación de una norma no constituyen evento de fuerza mayor que pueda ser alegado por el concesionario.

2.16 No obstante, es importante precisar que los referidos Lineamientos están orientados a que el Organismo Promotor de la Inversión Privada estructure y diseñe los contratos de APP a fin de generar valor por dinero, en consecuencia, no pueden ser empleados como un criterio de interpretación de los contratos de asociación público privada suscritos por el Estado Peruano. Por el contrario, son los propios contratos los que



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 UNIVERSALIZACIÓN DE LA SALUD”

establecen los derechos y obligaciones derivados de las circunstancias en ellos regulados.

III. CONCLUSIONES

3.1. La presente consulta normativa no cumple con los criterios establecidos en la normativa para que la DGPIIP emita opinión en su calidad de Ente Rector.

Es todo cuanto tengo que informar.

Atentamente,

Documento firmado digitalmente

LENIN MAYORGA ELIAS

Director

Dirección de Política de Inversión Privada