



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, 09 de junio de 2020

OFICIO N° 064-2020-EF/68.02

Señor

EMERSON CASTRO HIDALGO

Director General de Programas y Proyectos de Transportes

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

Jr. Zorritos N° 1203, Cercado de Lima

Presente.-

Asunto: Solicitud de opinión respecto de los alcances del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociación Público Privadas y Proyectos en Activos.

Referencia: a) Oficio N° 1917-2020-MTC/19 (HR N° 060186-2020)
b) Informe N° 0726-2020-MTC/19.02

Tengo el agrado de dirigirme a usted al documento a) de la referencia, mediante el cual el Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitó a esta Dirección General emitir opinión respecto al alcance y cumplimiento del artículo 138 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, acerca de las reglas aplicables para la evaluación y pertinencia de la suscripción de actas de acuerdo, como instrumento que permite implementar supuestos contractuales previamente pactados en el contrato de Asociación Público Privado (APP).

Al respecto, sírvase encontrar adjunto al presente documento el Informe N° 071-2020-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,

.....

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° 071-2020-EF/68.02

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

Asunto: Solicitud de opinión respecto de los alcances del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociación Público Privadas y Proyectos en Activos.

Referencia: a) Oficio N° 1917-2020-MTC/19 (HR N° 060186-2020)
b) Informe N° 0726-2020-MTC/19.02

Fecha: Lima, 09 de junio de 2020

Me dirijo a usted en atención al documento de la referencia a), mediante el cual el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) solicitó a esta Dirección General emitir opinión respecto al alcance y cumplimiento del artículo 138 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, acerca de las reglas aplicables para la evaluación y pertinencia de la suscripción de actas de acuerdo, como instrumento que permite implementar supuestos contractuales previamente pactados en el contrato de Asociación Público Privado (APP).

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante el Oficio N° 1917-2020-MTC/19 de fecha 29 de mayo de 2020, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitó a esta Dirección General emitir opinión respecto al alcance y cumplimiento del artículo 138 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, acerca de las reglas aplicables para la evaluación y pertinencia de la suscripción de actas de acuerdo, como instrumento que permite implementar supuestos contractuales previamente pactados en el contrato de 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



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 (PA) (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, convalidan, promueven o sustentan actos administrativos, actos de administración o actuaciones jurisdiccionales.
- 2.5 En ese sentido, mediante el documento a) de la referencia, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitó a esta Dirección General absolver las siguientes consultas:

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”**

- En el marco de los contratos de APP donde las partes pueden implementar acciones para mitigar los efectos del evento de fuerza mayor, ¿el aplazamiento de la oportunidad de pago de la retribución hasta mitigar los efectos de fuerza mayor puede estar contraviniendo alguna regla, principio o disposición estipulada en la normativa de APP?
 - En el marco de los contratos de APP y como medida de mitigación de los efectos del evento de fuerza mayor, ¿puede instrumentalizarse el diferimiento de la retribución al concedente a través de un acta de acuerdo, aun cuando esta retribución es un recurso público del estado?
 - Al ser la “retribución” un recurso público del estado y, en consecuencia competencia del MEF, y, en caso pueda instrumentalizarse el diferimiento de la oportunidad de pago de la retribución al concedente a través de un acta de acuerdo, ¿se debe requerir opinión previa favorable al MEF? ¿En el marco de las leyes que regulan el presupuesto público el MEF también debería opinar?
 - ¿Si en efecto son las partes del contrato de APP las facultadas para interpretar en primera instancia el contrato? ¿Cuál es la entidad u órgano competente para determinar si un acta de acuerdo modifica un contrato de APP?
- 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 APP administrados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en el contexto de la declaratoria de emergencia nacional a causa del brote del COVID-19 o pagos de retribución al Estado propios de contratos autofinanciados.
- 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 lo anteriormente mencionado, y en razón del principio de colaboración entre entidades², se procede a brindar las siguientes precisiones de carácter general sobre las materias consultadas.

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”

❖ **SOBRE LA FASE DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL**

- 2.9 Durante la ejecución contractual suelen surgir circunstancias que requieren modificar, adecuar o actualizar las condiciones inicialmente pactadas, por lo que las partes pueden encontrarse en las siguientes situaciones:
- Actos de ejecución contractual cuyos supuestos y consecuencias se encuentren expresamente regulados en el texto del contrato.
 - Circunstancias o supuestos no regulados en el texto contractual.
- 2.10 Para el primer supuesto, **LOS ACTOS DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL** se presentan cuando los supuestos de hecho y sus consecuencias se encuentran expresamente regulados en el texto del contrato, por lo que no constituyen modificaciones contractuales conforme a lo regulado en el artículo 55 del Decreto Legislativo N° 1362. Es el propio contrato el que regula las condiciones, procedimientos y reglas aplicables a cada uno de estos casos.
- 2.11 A modo de ejemplo, algunos contratos de APP pueden establecer los siguientes actos de ejecución contractual: 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, así como la implementación de otros acuerdos posteriores adoptados por las partes siempre que no modifiquen el contrato.
- 2.12 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 de partes a través de la suscripción de actas o documentos equivalentes.
- 2.13 Por otro lado, en el caso de **ACTOS DE MODIFICACION CONTRACTUAL**, 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.
- 2.14 En ese sentido, para mayor detalle del procedimiento de modificación contractual que deberán observar las partes para implementar las modificaciones al contrato de APP, se desarrolla la siguiente sección a continuación.



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 UNIVERSALIZACIÓN DE LA SALUD”

❖ **SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN CONTRACTUAL**

- 2.15 Al respecto, 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.
- 2.16 Sobre el particular, es importante precisar que el procedimiento de modificación contractual es liderado y conducido por la entidad público titular del proyecto³. A ello debe agregarse que, conforme a las reglas previstas en los artículos 134 al 138 del Reglamento, el procedimiento de modificación contractual está conformado por las siguientes etapas:
- i) Evaluación conjunta.
 - ii) Evaluación y sustento a cargo de la entidad pública titular del proyecto.
 - iii) **Solicitud de las opiniones e informe previos correspondientes**.
- 2.17 Respecto a la etapa de solicitud de opiniones e informes previos, cabe señalar que, la entidad pública titular del proyecto debe remitir, para opinión e informe previos, la propuesta de modificación contractual debidamente sustentada, a las siguientes entidades públicas, de conformidad con el artículo 138 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362:
- i) Proinversión: Opinión previa no vinculante de Proinversión, en los proyectos en los que haya participado como OPIP de la entidad titular del proyecto, para lo cual dicha entidad evalúa la asignación original de riesgos, las condiciones de competencia del proceso de promoción, previamente identificados en el Informe de Evaluación Integrado que sustentó la Versión Inicial del Contrato y la estructuración económico financiero del proyecto⁴.
 - ii) Regulador: Opinión previa no vinculante del organismo regulador en los proyectos bajo su competencia.
 - iii) **Ministerio de Economía y Finanzas**: Opinión previa vinculante del Ministerio de Economía y Finanzas, en caso que las modificaciones generen o involucren cambios en:

³ Según el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1362, las entidades públicas titulares de proyectos son los Ministerios, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales u otra entidad pública habilitada mediante ley expresa.

⁴ Cabe precisar que, en el caso de proyectos suscritos antes del p1 de noviembre de 2018, que no cuenten con Informe de Evaluación Integrado, la solicitud de opinión previa a Proinversión es facultativa.



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”

- a) Cofinanciamiento,
 - b) Garantías,
 - c) Parámetros económicos y financieros del contrato de APP,
 - d) Equilibrio económico financiero del contrato de APP, o
 - e) Contingencias fiscales al Estado.
- iv) Contraloría General de la República: El informe previo no vinculante de la Contraloría General de la República, el cual se solicita en la oportunidad y sobre las materias reguladas en los párrafos 138.8 y 138.9 del artículo 138 del Reglamento.
- 2.18 De lo mencionado, la normativa del SNPIP no establece supuestos en los cuales las modificaciones contractuales puedan excluirse o exonerarse del procedimiento referido en los numerales anteriores, por lo que, en caso de requerir realizar modificaciones al contrato de APP, corresponderá llevar a cabo el procedimiento regulado en la normativa vigente.
- 2.19 Dicho lo anterior, cabe precisar que las entidades públicas titulares de proyectos son las responsables de la gestión y administración de contratos⁵, por lo tanto les corresponde realizar su interpretación, ejecución y cumplimiento, lo que incluye verificar si se encuentran ante actos de ejecución contractual o de actos de modificación contractual, respetando los términos contractuales pactados por el Estado peruano y el marco normativo vigente.
- 2.20 Cabe precisar que, para el caso específico de contratos de APP del sector transportes, la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, otorga al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación. Asimismo, el artículo 29 del Reglamento General del OSITRAN⁶ precisa que la función de interpretar los títulos está orientada a determinar

⁵ **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.

8. Acordar la modificación de los contratos, conforme a las condiciones que establezca el presente Decreto Legislativo y su Reglamento”.

⁶ Aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias.



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 sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación.

- 2.21 De este modo, cabe precisar que, tratándose de un acuerdo que contemple o requiera modificaciones al contrato de APP, independientemente de la denominación que adopte, **las partes deben seguir el procedimiento de modificación contractual regulado en la normativa del SNPIP, en cuyo caso deberán solicitarse las opiniones e informe previos previstos, entre los cuales se encuentra la opinión previa del MEF.**
- 2.22 Sobre el particular, el numeral 138.5 del artículo 138 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 dispone que, en caso de que los acuerdos antes mencionados contengan modificaciones al contrato de APP, que regulen aspectos de competencia del Ministerio de Economía y Finanzas y que no cuenten con opinión previa favorable de éste, no surten efectos y son **nulos de pleno derecho.**
- 2.23 Es importante resaltar que, la opinión previa del MEF, así como la consecuencia prevista de sanción de nulidad, será aplicable en el marco del procedimiento de modificación contractual previsto; no siendo así en el caso de actos de ejecución contractual cuyos supuestos y consecuencias se encuentren expresamente regulados en el texto del contrato. **En consecuencia, los actos de ejecución contractual no requerirán opinión previa favorable del MEF, dado que este Ministerio no participa en la administración o ejecución de contratos de APP.**
- 2.24 Sin perjuicio de lo mencionado respecto a la solicitud de opinión al MEF en los procedimientos de modificación contractual, cabe señalar que el párrafo 5.1.4. de la Resolución Ministerial N° 461-2017-EF/15, que aprueba la “Directiva para la atención de solicitudes de evaluación de propuestas de modificaciones contractuales a contratos de Asociaciones Público Privadas”, establece que la participación del MEF en el Proceso de Evaluación Conjunta (la primera etapa del procedimiento de modificación contractual) finaliza cuando: i) la DGPPIP informa a la entidad pública titular del proyecto que la propuesta de modificación al contrato de APP no abarca tema de su competencia, o ii) la entidad pública titular del proyecto comunica que ha finalizado la evaluación conjunta.
- 2.25 Por ello, durante la evaluación conjunta, la DGPPIP del MEF puede informar a la entidad pública titular del proyecto si la propuesta de modificación al contrato de APP, abarca o no temas de competencia del MEF. Además, no corresponde a los alcances del presente informe, emitir pronunciamiento respecto a casos concretos.
- 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, lo cual corresponde a las



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”

entidades públicas titulares de los proyectos (en el sector transportes, dicha competencia corresponde al OSITRAN); 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

- 3.1. La presente consulta normativa no cumple con los criterios establecidos en la normativa para que la DGPPIP emita opinión en su calidad de Ente Rector. Sin perjuicio de ello, el presente informe analiza aspectos de carácter general respecto a los supuestos de ejecución y modificación contractual, en el marco de la normativa del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada.

Es todo cuanto tengo que informar.

Atentamente,

Documento firmado digitalmente

LENIN MAYORGA ELIAS

Director

Dirección de Política de Inversión Privada