



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 Octubre de 2020

OFICIO N° 086-2020-EF/68.02

Señor

ERICK GARCÍA PORTUGAL

Director General de Hidrocarburos

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Av. Las Artes Sur N° 260, San Borja, Lima

Presente.-

Asunto: Consultas sobre la aplicación de la normatividad de Asociaciones
Público Privadas

Referencias: a) Oficio N° 906-2020-MINEM/DGH (HR N° 101241-2020)
b) Oficio N° 1032-2020-MINEM/DGH



Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación a los documentos de la referencia a) y b), mediante los cuales solicita la absolución de consultas sobre la aplicación de las normas del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (SNPIP), en el marco de lo establecido 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 Reglamento¹.

Al respecto, sírvase encontrar adjunto al presente documento el Informe N° 176-2020-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
JOAQUÍN VÁSQUEZ CÓRDOVA

Director General (e)²

Dirección General de Política de
Promoción de la Inversión Privada

¹ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

² Mediante Resolución Directoral N° 294-2020-EF/43.01, se encargó al señor Joaquín Vásquez C órdova, Director de la Dirección de Promoción de Inversión Privada, las funciones del cargo de Director General de la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada, a partir del 24 de octubre de 2020 y mientras dure la ausencia del titular.



**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"**

INFORME N° 176-2020-EF/68.02

Para: Señor
JOAQUÍN VÁSQUEZ CÓRDOVA
Director General (e)¹
Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada

Asunto: Consultas sobre la aplicación de la normatividad de Asociaciones Público Privadas

Referencias: a) Oficio N° 906-2020-MINEM/DGH (HR N° 101241-2020)
b) Oficio N° 1032-2020-MINEM/DGH

Fecha: Lima, 26 de octubre de 2020

Me dirijo a usted en atención a los documentos de la referencia a) y b), mediante los cuales la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas (MINEM) solicita a la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (DGPPIP) la absolución de consultas sobre la aplicación de las normas del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (SNPIP), en el marco de lo establecido 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 Reglamento².

Al respecto, en el marco de competencias de esta Dirección General, contenidas en los artículos 227 y siguientes del Texto Integrado actualizado del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Ministerio de Economía y Finanzas³ (MEF), se emite el presente informe.

I. ANTECEDENTES

- 1.1. Mediante el documento de la referencia a), de fecha 08 de setiembre de 2020, la Dirección General de Hidrocarburos del MINEM solicita a esta Dirección General la absolución de consultas sobre el alcance e interpretación de las normas del SNPIP, en el marco de lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1362 y su Reglamento.

¹ Mediante Resolución Directoral N° 294-2020-EF/43.01, se encargó al señor Joaquín Vásquez Córdova, Director de la Dirección de Promoción de Inversión Privada, las funciones del cargo de Director General de la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada, a partir del 24 de octubre de 2020 y mientras dure la ausencia del titular.

² Aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

³ Aprobado mediante Resolución Ministerial N° 213-2020-EF/41.



**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"**

- 1.2. Mediante el documento de la referencia b), de fecha 14 de octubre de 2020, la Dirección General de Hidrocarburos del MINEM reitera lo solicitado mediante el documento de la referencia a); y adjunta el Informe Técnico-Legal N° 034-2020-MINEM/DGH-DNH-DGGN, como sustento de las referidas consultas.

II. ANÁLISIS

A. Sobre la absolución de consultas por parte de la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada

- 2.1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 227 del Texto Integrado actualizado del ROF del MEF, la DGPIP es el órgano de línea, rector del SNPIP, encargado de emitir opinión sobre los proyectos de Asociaciones Público Privadas (APP), de acuerdo con sus competencias y el marco normativo vigente. Asimismo, respecto del mecanismo de Obras por Impuestos (Oxi), establece los lineamientos y formatos, realiza el seguimiento de todas las fases de los proyectos, y emite opinión vinculante, exclusiva y excluyente, con relación a la interpretación y aplicación de la normativa Oxi. La DGPIP depende del Despacho Viceministerial de Economía.
- 2.2. Adicionalmente, el literal d) del artículo 231 del citado Texto Integrado actualizado del ROF añade que la Dirección de Política de Inversión Privada, en su calidad de unidad orgánica de la DGPIP, tiene como función emitir opinión técnica, en el ámbito administrativo, sobre la interpretación y aplicación de la normativa de APP y Proyectos en Activos (PA), de conformidad con la normativa vigente, en relación a los temas de competencia de la DGPIP.
- 2.3. Por su parte, el numeral 2 del párrafo 5.4 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1362 señala que la DGPIP es competente para emitir opinión vinculante exclusiva y excluyente, en el ámbito administrativo, sobre la interpretación y la aplicación de las normas del SNPIP.
- 2.4. De igual forma, el numeral 4 del párrafo 9.1 del artículo 9 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 establece que la DGPIP, 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 PA; siendo que dicha disposición no limita la potestad interpretativa de los órganos jurisdiccionales ni del Congreso de la República.
- 2.5. En línea con ello, según los Criterios Generales para la atención de Consultas Técnico Normativas en materia de Asociaciones Público Privadas y Proyectos en



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”

Activos⁴, las consultas formuladas a la DGPIP en materia técnico normativa deben cumplir los siguientes criterios generales:

- a) Estar vinculadas a determinar el alcance e interpretación de las normas del SNPIP en materia de APP y PA y, en ese sentido, referirse a asuntos generales, sin hacer alusión a asuntos, casos, proyectos o contratos específicos.
 - b) 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 PA, respecto del cual se solicita absolver la consulta, precisando claramente la posición del área consultante y su sustento respectivo.
- 2.6. Cabe especificar que las opiniones que se emitan en ejercicio de la función interpretativa de la DGPIP, 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 actos administrativos o jurisdiccionales.
- 2.7. Respecto al plazo para su atención, los referidos Criterios Generales señalan que la DGPIP cuenta con un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, contados desde el día siguiente de su presentación, para absolver las consultas formuladas sobre el alcance e interpretación de las normas del SNPIP.
- B. **Sobre las consultas formuladas por la Dirección General de Hidrocarburos del MINEM**
- 2.8. Bajo el marco normativo antes expuesto, mediante los documentos de la referencia a) y b), la Dirección General de Hidrocarburos del MINEM formula las consultas detalladas a continuación:

“1. ¿Cuál es el alcance del numeral 58.1 del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 y cuáles son los supuestos para su aplicación?

2. En caso que un contrato de Asociación Público Privada regule los supuestos bajo los cuales el Concedente asume la administración directa de la Concesión ¿el numeral 58.1 del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 puede ser aplicable de manera independiente a las cláusulas específicas del contrato?

⁴ 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 UNIVERSALIZACIÓN DE LA SALUD"**

3. ¿Qué actividades se encuentra habilitada a efectuar la entidad titular del proyecto dentro del régimen de administración directa previsto por el numeral 58.1 del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362?
4. Durante la etapa de administración directa ¿el concedente está habilitado a efectuar inversiones para ampliar o mejorar la infraestructura para la prestación del servicio público? ¿El concedente está obligado a brindar servicio a nuevos usuarios o solo debe mantener la prestación a los existentes al momento de asumir la concesión?
5. En el supuesto que el Concedente asuma la administración directa de la concesión, sea por los supuestos previstos en el Contrato o en el numeral 58.1 del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 ¿es posible que se efectúe un encargo a una empresa del Estado para asumir la operación de la Concesión en representación del Estado?
6. En el marco del numeral 58.1 del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 ¿la entidad titular del proyecto que asuma la administración directa debe sustituir al concesionario en los contratos suscritos con sus clientes, proveedores de bienes y/o servicios para la operación técnica, comercial y de mantenimiento para la prestación del servicio público o puede contratar a otros proveedores?
7. En el marco del numeral 58.1 del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 ¿la entidad titular del proyecto que asuma la administración directa debe sustituir al concesionario en las relaciones laborales con sus trabajadores o se encuentra facultado a contratar libremente al personal necesario a discreción?
8. En el supuesto que la entidad titular asuma la administración directa del proyecto por aplicación del numeral 58.1 del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 y el contrato de Asociación Público Privada establezca un plazo para contar con un nuevo concesionario mediante la subasta de la concesión que resulte menor al plazo máximo de tres (3) años previsto por la norma citada ¿la entidad podría ejercer la administración directa por el plazo máximo previsto por la referida norma?
9. Durante el régimen de administración directa ¿el Concedente puede realizar modificaciones al Contrato de Concesión con el fin de viabilizar la futura subasta de la concesión? Particularmente ¿el concedente se encuentra habilitado a modificar el régimen tarifario del Contrato?"
- 2.9. De la revisión de los términos de las consultas, así como de los documentos alcanzados, se desprende que las mismas hacen alusión a casos específicos, que reales⁵ o hipotéticos, no se condicen con la función interpretativa de esta Dirección General. Esto, en la medida que las consultas se refieren a supuestos que no

⁵ Es preciso indicar que el MEF únicamente se pronuncia sobre proyectos en específico cuando la normativa del SNIP 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 UNIVERSALIZACIÓN DE LA SALUD"**

derivan de la normativa del SNPIP, sino de un conjunto de posibilidades (independientemente de su viabilidad legal o contrafactual), que deben ser evaluadas por las partes observando los alcances del contrato de APP correspondiente y el marco normativo aplicable. Además, el Informe Técnico-Legal N° 034-2020-MINEM/DGH-DNH-DGGN, que se adjunta al documento de la referencia b), no cumple con incluir en su contenido la posición del área consultante ni el sustento respectivo.

- 2.10. De la revisión de los documentos de la referencia se aprecia que, entre las consultas que exceden las competencias interpretativas de la DGPIP, se encuentran aspectos vinculados con el futuro de las relaciones laborales, el alcance o incorporación de nuevos servicios, el destino de los contratos firmados por los concesionarios con terceros, el cumplimiento de obligaciones, plazos o procedimientos contractuales, o la posibilidad de realizar modificaciones contractuales.
- 2.11. Frente a ello, es importante reafirmar que la opinión vinculante, exclusiva y excluyente de la DGPIP, se limita a la interpretación y aplicación de la normativa del SNPIP, siendo evidente que las consultas mencionadas en el párrafo anterior se refieren a la aplicación de normas que no forman parte del SNPIP o a las reglas, procedimientos u obligaciones derivadas del contrato de concesión.
- 2.12. Por lo tanto, las consultas formuladas por la Dirección General de Hidrocarburos del MINEM no se adecúan a lo establecido por los Criterios Generales para la atención de Consultas Técnico Normativas en materia de Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. En consecuencia, no corresponde que las presentes consultas sean objeto de una interpretación técnica normativa por parte de la DGPIP, en el marco de lo dispuesto en el numeral 2 del párrafo 5.4 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1362.
- 2.13. Sin perjuicio de lo antes mencionado, y en razón del principio de colaboración entre entidades⁶, se procede a brindar precisiones de carácter general relacionadas con las materias consultadas. Sin embargo, como ya se mencionó anteriormente, el presente informe no constituye criterio interpretativo de las disposiciones contractuales específicas, correspondiendo a las partes interpretar los alcances del texto contractual, pudiendo recurrir a los mecanismos de solución de controversias en caso de discrepancia.

C. Sobre la caducidad de un contrato de APP

⁶ 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 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”**

- 2.14. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto Legislativo N° 1362, los proyectos ejecutados bajo la modalidad de APP, independientemente de su clasificación y origen, se desarrollan en las siguientes fases: i) Planeamiento y Programación, ii) Formulación, iii) Estructuración, iv) Transacción, y v) Ejecución Contractual.
- 2.15. Respecto a la fase de Ejecución Contractual, el artículo 35 del Decreto Legislativo N° 1362 indica que esta abarca el periodo de vigencia del contrato de APP, bajo responsabilidad de la entidad pública titular del proyecto, comprendiendo el seguimiento y supervisión de las obligaciones contractuales. Dicho artículo precisa que la fase de Ejecución Contractual culmina con la caducidad del contrato, la cual debe ser declarada por la entidad pública titular del proyecto cuando concurren las causales previstas en el mismo⁷.
- 2.16. Al respecto, según el artículo 112 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, la caducidad o terminación de un contrato de APP representa la extinción de la APP por las causales previstas en la normativa aplicable o acordadas por las partes en el mismo marco contractual.
- 2.17. Así, el referido artículo 112 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 señala las siguientes causales para la terminación de un contrato de APP:
 - a) Cumplimiento del plazo del contrato.
 - b) Incumplimiento grave del concesionario, según lo establecido en el contrato⁸.
 - c) Incumplimiento grave del Estado, según lo establecido en el contrato.
 - d) Acuerdo de las partes.
 - e) Resolución por parte del Estado por razones de interés público.
 - f) Destrucción total de la infraestructura pública.
 - g) Otras que se estipulen en el contrato.
- 2.18. Sobre el particular, los Lineamientos para el diseño de contratos de Asociación Público Privada⁹ disponen, en términos generales, que los contratos de APP deben especificar claramente las consecuencias y los procedimientos tanto de una terminación anticipada como de una terminación por vencimiento de plazo.

⁷ De acuerdo con el inciso 11 del párrafo 6.1 del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1362, que lista las funciones a cargo de las entidades públicas titulares de proyectos de APP y PA.

⁸ El párrafo 112.3 del artículo 112 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 preceptúa que cuando el contrato termine por causa imputable al concesionario, incluyendo la aplicación de la cláusula anticorrupción contenida en el respectivo contrato, este debe establecer que no procede indemnización a favor del concesionario, por concepto de daños y perjuicios.

⁹ Aprobados mediante Resolución Directoral N° 001-2019-EF/68.01. Los aludidos Lineamientos se constituyen como un instrumento técnico normativo de carácter metodológico para el diseño del contrato a desarrollarse durante el Proceso de Promoción, brindando predictibilidad sobre el alcance y la aplicación de reglas contractuales para la ejecución de proyectos bajo la modalidad de APP.



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”

Asimismo, en un escenario de caducidad, el contrato debe establecer las medidas a tomar en cuenta para resguardar que los activos materia del proyecto sean transferidos del concesionario al concedente, asegurando el buen estado de los mismos, a fin de garantizar la continuidad del servicio, de corresponder.

- 2.19. Si bien los Lineamientos para el diseño de contratos de Asociación Público Privada no pueden ser empleados como criterios interpretativos para los contratos de concesión suscritos, son mencionados en el presente informe a manera de ejemplo, quedando a cargo de las partes la interpretación del respectivo contrato. Bajo esta premisa y en línea con lo desarrollado en los citados Lineamientos, cabe considerar que, tratándose de la terminación del contrato de APP por incumplimiento grave del concesionario, el contrato debe detallar expresamente cuáles son los eventos que configuran tal causal; esta circunstancia suele originar la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento como indemnización, por parte del concedente, sin perjuicio de la imposición de multas y/o penalidades al concesionario. Por su parte, tratándose de la terminación del contrato de APP por acuerdo de las partes, dicho acuerdo escrito entre el concesionario y el concedente debe contener el procedimiento para la liquidación del contrato y podrá requerirse la conformidad de los acreedores permitidos, de acuerdo con lo que disponga el contrato de APP.
- 2.20. Al margen de la causal que origine la caducidad, debe considerarse también que el artículo 22 del Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos¹⁰ (en adelante, TUO de Concesiones) determina que el valor de transferencia de los bienes al Estado al término de un contrato de concesión será el valor contable de los activos que no hubieran sido depreciados. Sobre ello, los Lineamientos para el diseño de contratos de Asociación Público Privada indican que el valor contable de los activos durante la etapa de explotación de la concesión será el valor de las inversiones realizadas necesariamente para la ejecución de las obras, más los costos de adquisición de los bienes necesarios para la explotación, incluidas las reparaciones y las renovaciones, menos los pagos por obra del concedente, en caso de existir; todo ello en función del grado de amortización teórica de tales inversiones. Esto sin perjuicio de las reglas específicas que pudiera establecer el respectivo contrato de concesión.
- 2.21. De lo antes expuesto, se tiene que la caducidad de un contrato de APP representa la extinción del vínculo contractual que une al Estado —en su calidad de concedente— y al inversionista o concesionario. Además, la caducidad puede originarse por distintas causales, previstas en el marco normativo vigente o en el

¹⁰ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM.



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”

contrato de concesión correspondiente, prevaleciendo siempre lo regulado en este último, al contener la voluntad final de las partes sobre el asunto tratado, así como los plazos, consecuencias y procedimientos específicos aplicables al caso concreto. Ante un escenario de caducidad, las partes deben liquidar la concesión considerando el valor contable de los activos que no hubieran sido depreciados, según lo establecido por el artículo 22 del TUO de Concesiones; siendo que, cuando se trate de causales de incumplimiento, a la parte infractora se le imputará el pago de penalidades y/o indemnizaciones, de acuerdo con lo establecido en el contrato de APP.

D. Sobre los efectos de la caducidad y su tratamiento al amparo del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362

- 2.22. Adicionalmente, el artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 señala que cuando se produzca la caducidad de un contrato de APP, la entidad pública titular del proyecto, directamente o a través de terceros, asume el proyecto de manera provisional. Para tal efecto, la entidad pública en cuestión queda facultada para realizar las gestiones y contrataciones necesarias para garantizar la continuidad del proyecto, por un periodo no mayor a los tres (03) años calendario.
- 2.23. En atención a ello, debe indicarse que, la caducidad de un contrato de APP se produce en la oportunidad y en los términos establecidos en el respectivo contrato, observando el procedimiento y las formalidades allí dispuestas.
- 2.24. En ese sentido, el artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 tiene como supuesto, es decir como condición necesaria y habilitante para su aplicación, que se haya producido la caducidad del contrato; esto es, que se haya extinguido el vínculo contractual existente entre el inversionista y la entidad pública titular del proyecto. En consecuencia, el artículo en mención no regula dentro de sus alcances las actuaciones o consideraciones que deben tener en cuenta las partes para acordar, invocar o perfeccionar la caducidad de un contrato; precisamente porque parte de la premisa de que esta ya se ha producido.
- 2.25. Hecha esta precisión, corresponde señalar que el artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 habilita a la entidad pública para asumir la administración del proyecto de manera provisional, luego de producida la caducidad de la concesión, con el objeto de garantizar su continuidad.
- 2.26. Al respecto, cabe destacar que la continuidad de un proyecto de APP resulta trascendental considerando los servicios públicos y la infraestructura pública que se implementan a través de dicha modalidad. En esa línea, el Tribunal



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”

Constitucional¹¹ ha reconocido la “*necesaria continuidad de su prestación en el tiempo*” como un elemento caracterizador de los servicios públicos en el ordenamiento jurídico peruano.

- 2.27. Sobre la característica de continuidad de los servicios públicos, Dromi Casas¹² postula que “*la continuidad del servicio indica que éste debe prestarse toda vez que la necesidad que cubre se haga presente, es decir que se efectúe oportunamente. Hay servicios que por la necesidad colectiva que satisfacen, no pueden ser interrumpidos (...) en estos casos estamos en presencia de continuidad absoluta*”.
- 2.28. En adición a ello, y destacando la necesaria continuidad de la prestación de los servicios públicos por razones de necesidad colectiva e interés público, Aróstegui Hirano¹³ comenta que “*existen servicios que dada su naturaleza se vinculan directamente a criterios de necesidad colectiva e interés público, los mismo que, yendo un poco más allá, escapan del ámbito técnico y estacional y se sustentan en valores del Estado mucho más elevados, cuya protección debe ser asegurada*”.
- 2.29. En consecuencia, garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos prestados a través del proyecto de APP, a fin de no perjudicar el interés público involucrado, es la principal motivación a considerar por la entidad pública titular del proyecto para invocar la aplicación del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362.
- 2.30. Tal posición es compartida por Huapaya Tapia¹⁴, manifestando que “*cuando el concesionario-contratante interrumpe o suspende la ejecución de sus prestaciones (...) la Administración concedente deberá tomar las acciones o*

¹¹ La Sentencia recaída en el Expediente N° 00034-2004-PI/TC consagra en su fundamento 40 lo siguiente:

“40. (...) De esta manera, es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son:

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad.
- b) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.
- c) Su naturaleza regular, es decir, que deben mantener un standar mínimo de calidad.
- d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.” (El énfasis es nuestro).

¹² DROMI CASAS, José Roberto. *Derecho Administrativo. Tomo II*. Gaceta Jurídica. Primera Edición, Lima, 2005. Pág. 69.

¹³ ARÓSTEGUI HIRANO, José. *El acceso a un Servicio Público de calidad, continuidad del servicio y rol del Regulador*. En: Revista de Derecho Administrativo CDA N° 12 - Regulación de Servicios Públicos e Infraestructura, Lima, Círculo de Derecho Administrativo, 2014. Pág. 50.

¹⁴ HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (Con especial referencia al marco jurídico de promoción de la Inversión Privada en el Perú)*. En: Revista Ius Et Veritas, N° 46, Lima. Pág. 321.



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”

medidas necesarias contractuales para que no se encuentre afectando el interés público comprometido en el contrato”.

- 2.31. Por otro lado, respecto a la administración del proyecto de APP por parte de la entidad pública titular del proyecto, es de señalar que, conforme a lo estipulado por el artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362, dicha administración tiene naturaleza provisional; es decir, puede extenderse razonablemente por el periodo necesario para convocar a un nuevo inversionista, siempre que dicho periodo no exceda los tres (03) años calendario contados desde la fecha de caducidad del contrato de concesión.
- 2.32. A ello debe agregarse que, durante el mencionado plazo, la administración del proyecto de APP por parte de la entidad pública titular del proyecto puede comprender la ejecución de todas aquellas actividades necesarias para asegurar la continuidad del proyecto.
- 2.33. Asimismo, cabe apuntar que la administración bajo comentario puede ser realizada de manera directa o indirecta por la entidad pública titular del proyecto. En el primer caso, la misma entidad será la encargada de efectuar todas las gestiones y contrataciones necesarias para garantizar la continuidad del proyecto luego de declarada la caducidad, independientemente de que cuente o no con competencias para la gestión de proyectos. Mientras tanto, en el segundo caso, la entidad en cuestión, contratará los servicios de un tercero especializado que se encargue de operar y mantener la infraestructura.
- 2.34. Complementariamente, resulta importante indicar que la aplicación del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 no libera a las partes de cumplir las obligaciones del respectivo contrato de concesión que no se hubieran visto afectadas por la caducidad.
- 2.35. Nótese que el artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 no establece el título jurídico en virtud del cual la entidad pública titular del proyecto asumirá el proyecto, solo señala que esta deberá hacerlo de manera provisional. Esto se sustenta en las siguientes razones:
 - Las APP en el Perú son modalidades que permiten desarrollar principalmente infraestructuras públicas, servicios públicos y servicios vinculados a estos. Por lo tanto, se trata de proyectos de interés económico general, y por ello, su continuidad debe ser garantizada.
 - La norma no establece, ni pretende hacerlo, el título jurídico de esta administración temporal, debido a que los contratos pueden contener diferentes regímenes de bienes. Por ejemplo, existen contratos en los que se



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”

distingue entre bienes de la concesión y bienes del concesionario, o entre inversiones facultativas, opcionales, discrecionales, adicionales; cada una con un tratamiento específico durante la ejecución del contrato y al momento de la caducidad.

- Si bien la norma bajo análisis establece que la entidad pública puede asumir temporalmente el proyecto, esto no significa que únicamente podrá hacerlo en condición de administrador, depositario o tenedor de los bienes que lo conforman, ya que este artículo no regula (ni pretende hacerlo) la titularidad o el destino de los bienes una vez caducada la concesión. Lo que hace, es habilitar a las entidades públicas titulares de proyectos para gestionar, de manera temporal y extraordinaria, aquellos proyectos en los que se produzca la caducidad de la concesión.
- De no contar con esta habilitación, podría suceder que se produzca la caducidad de la concesión y la entidad pública titular del proyecto (como un Ministerio), no cuente con competencias para gestionar proyectos de manera directa o indirecta.

Consecuentemente, cuando en el artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 se señala que la entidad “asume el proyecto de manera provisional”, sin hacer mayores precisiones, lo hace indistintamente del título jurídico que ostente la entidad pública titular del proyecto sobre los bienes al momento de la caducidad de la concesión. Este título jurídico será determinado por la entidad pública titular del proyecto, sobre la base de lo establecido en cada contrato o en la normativa sectorial, respetando los derechos y obligaciones establecidos en el respectivo contrato de APP.

E. Sobre las contrataciones necesarias para asegurar la continuidad del servicio

- 2.36. Según la Décimo Sexta Disposición Complementaria Final del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, cuando se produzca la caducidad de un contrato de APP, la entidad titular del proyecto puede contratar directamente, bajo el supuesto de desabastecimiento contenido en el literal c) del artículo 27 de la citada norma, a aquellos proveedores necesarios para garantizar la continuidad del proyecto.
- 2.37. En cuanto a ello, el literal c) del artículo 27 comentado preceptúa que, excepcionalmente, las entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor ante una situación de desabastecimiento debidamente comprobada, que afecte o impida a la entidad cumplir con sus actividades u operaciones.



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”

- 2.38. En consecuencia, de una lectura integrada con el artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362, se desprende que las contrataciones realizadas en el marco de la administración provisional de un proyecto de APP, después de producida la caducidad, podrán realizarse a través de la excepción de contratación directa regulada en el artículo 27 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, correspondiendo a la entidad pública titular del proyecto realizar todas las acciones que resulten necesarias para alcanzar ello.
- 2.39. Tomando en cuenta lo anterior, en caso de que la entidad pública titular del proyecto asuma de manera directa la administración del proyecto de APP, esta podrá adquirir los bienes y servicios que considere necesarios para asegurar la continuidad del proyecto, acogiéndose a la excepción de contratación directa prevista en el artículo 27 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225. A su vez, si la entidad pública asume la administración del proyecto de APP de manera indirecta, esta podrá contratar al tercero especializado encargado de operar y mantener la infraestructura —de igual forma— aplicando los alcances del referido artículo 27.
- 2.40. Finalmente, corresponde remarcar que las opiniones vertidas por esta Dirección General, ya sea mediante la absolución de una consulta técnico normativa o cualquier otro medio, de ninguna forma significan la interpretación de un contrato de APP, dado que ello excede las funciones de la DGPIP, así como tampoco convalidan, cuestionan o dejan sin efecto las opiniones de las partes respecto de los términos del contrato correspondiente.

III. CONCLUSIÓN

- 3.1. Por lo antes expuesto, las consultas formuladas por la Dirección General de Hidrocarburos del MINEM no cumplen con los criterios establecidos en la normativa vigente para que la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada emita opinión, en el marco de lo dispuesto en el numeral 2 del párrafo 5.4 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1362.

Es todo cuanto tengo que informar.

Atentamente,

Documento firmado digitalmente
LENIN MAYORGA ELIAS
Director
Dirección de Política de Inversión Privada

12