



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, 04 de noviembre de 2020

OFICIO N° 089-2020-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: Solicitud de opinión en materia de Asociaciones Público Privadas, con relación a la aplicación del Decreto Legislativo N° 1362 y su Reglamento

Referencias: Oficio N° 1030-2020-MINEM/DGH (HR N° 116027-2020)



Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, mediante el cual solicita emitir opinión en materia de Asociaciones Público Privadas (APP), con relación a la aplicación del 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° 181-2020-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

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



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° 181-2020-EF/68.02

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

Asunto: Solicitud de opinión en materia de Asociaciones Público Privadas, con relación a la aplicación del Decreto Legislativo N° 1362 y su Reglamento

Referencias: Oficio N° 1030-2020-MINEM/DGH (HR N° 116027-2020)

Fecha: Lima, 04 de noviembre de 2020

Me dirijo a usted en atención al documento de la referencia, mediante el cual 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) emitir opinión en materia de Asociaciones Público Privadas (APP), con relación a la aplicación del 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.

Sobre el particular, 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 Finanzas² (MEF), se emite el presente informe.

I. ANTECEDENTES

- 1.1. Mediante el Oficio N° 1030-2020-MINEM/DGH, de fecha 14 de octubre de 2020, la Dirección General de Hidrocarburos del MINEM solicita a esta Dirección General emitir opinión en materia de APP, con relación a la aplicación del Decreto Legislativo N° 1362 y su Reglamento.

II. ANÁLISIS

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

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

² 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”

- 2.1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 227 del Texto Integrado actualizado del ROF del MEF, la DGPIIP es el órgano de línea, rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (SNPIP), encargado de emitir opinión sobre los proyectos de 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 DGPIIP 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 DGPIIP, 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 DGPIIP.
- 2.3. Por su parte, el numeral 2 del párrafo 5.4 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1362 señala que la DGPIIP 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 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 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 Activos³, las consultas formuladas a la DGPIIP 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

³ 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”

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 DGPPIP, 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.

B. Sobre las consultas formuladas por la Dirección General de Hidrocarburos del MINEM

- 2.7. Bajo el marco normativo antes expuesto, mediante el documento de la referencia, la Dirección General de Hidrocarburos del MINEM formula la consulta detallada a continuación:

“Teniendo en consideración lo señalado en el numeral 58.1 del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 y el marco de las disposiciones del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 040-2008-EM, ¿Tratándose de un Contrato BOOT, ante la caducidad de un contrato de concesión, la aplicación del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 implicaría la transferencia de la propiedad a la Entidad titular de un proyecto de los bienes de la concesión?”.

- 2.8. De la revisión de los términos de la consulta, así como de los documentos alcanzados, se desprende que las mismas hacen alusión a casos específicos, que reales⁴ o hipotéticos, no se condicen con la función interpretativa de esta Dirección General. Asimismo, la consulta tiene por objeto definir los alcances de la transferencia de los bienes de la concesión ante la caducidad de un contrato de concesión, considerando —además del Decreto Legislativo N° 1362— lo dispuesto por el TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 040-2008-EM; siendo que el citado Reglamento no forma parte de la normativa del SNPIP. Además, el Informe Técnico-Legal N° 033-2020-MINEM/DGH-DNH-DGGN, que se adjunta al documento de la referencia, no cumple con incluir en su contenido la posición del área consultante ni el sustento respectivo.

⁴ Es preciso indicar que el MEF únicamente se pronuncia sobre proyectos en específico cuando la normativa del SNPIP 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”**

- 2.9. Por lo tanto, la consulta formulada por la Dirección General de Hidrocarburos del MINEM no se adecúa 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 la consulta bajo análisis sea objeto de una interpretación técnica normativa por parte de la DGPIIP, en el marco de lo dispuesto en el numeral 2 del párrafo 5.4 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1362.
- 2.10. Sin perjuicio de lo antes mencionado, y en razón del principio de colaboración entre entidades⁵, 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 los alcances del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362

- 2.11. 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 contrato de concesión correspondiente, prevaleciendo siempre lo pactado por las partes en este último, al contener su voluntad final sobre el asunto tratado, así como los plazos, consecuencias y procedimientos específicos aplicables al caso concreto⁶.
- 2.12. Al respecto, 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.
- 2.13. 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.

⁵ 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.

⁶ Tal como fue desarrollado por esta Dirección General en el Oficio N° 086-2020-EF/68.02, que adjunta el Informe N° 176-2020-EF/68.02, mediante el cual se atiende la solicitud de absolución de consultas presentada por la Dirección General de Hidrocarburos del MINEM a través del Oficio N° 906-2020-MINEM/DGH.



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. En ese sentido, el artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 tiene como presupuesto, 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.
- 2.15. 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. 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.
- 2.16. 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.
- 2.17. 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.
- 2.18. 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.
- 2.19. Complementariamente, resulta importante indicar que la aplicación del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 no libera a las partes de cumplir las obligaciones



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”

del respectivo contrato de concesión que no se hubieran visto afectadas por la caducidad.

2.20. 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 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.

2.21. 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.



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”

D. Sobre la transferencia de los bienes de la concesión ante la caducidad de un contrato de APP

- 2.22. Tal como se ha evidenciado, el artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 busca garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos prestados a través del proyecto de APP, luego de declarada la caducidad del contrato de concesión correspondiente, a fin de no perjudicar el interés público involucrado; lo cual se materializa a través de la administración provisional del proyecto por parte de la entidad pública titular del proyecto. Así, el citado artículo 58 no incluye dentro de sus alcances ninguna disposición vinculada a la transferencia de los bienes de la concesión.
- 2.23. En consecuencia, la transferencia de los bienes de la concesión, después de declarada la caducidad de un contrato de APP, debe regularse de acuerdo a los términos contractuales pactados por las partes, observando los plazos, consecuencias y procedimientos específicos aplicables al caso concreto.
- 2.24. 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 DGPIIP, 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