



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 UNIDAD, LA PAZ Y EL DESARROLLO”

Lima, 01 de marzo de 2023

OFICIO N° 004-2023-EF/68.02

Señor

JUAN CARLOS VILLALOBOS CHUMPITAZ

Director de la Dirección General de Programas y Proyectos de Comunicaciones

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

Jr. Zorritos 1203 - Lima – Perú

Presente. -

Asunto: Consulta al Ministerio de Economía y Finanzas respecto del alcance del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362

Referencias: a) Oficio N° 2242-2022-MTC/27 (HR N° 169135-2022)
b) Informe N° 0636-2022-MTC/27.01

Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia a), mediante el cual solicita la absolución de consultas en materia de Asociaciones Público Privadas (APP), con relación a la aplicación del numeral 58.1 del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Al respecto, sírvase encontrar adjunto al presente documento el Informe N° 028-2023-EF/68.02, elaborado por la Dirección de Política de Inversión Privada de esta Dirección General.

Sin otro particular, hago propicia la ocasión para expresarle los sentimientos de mi especial consideración.

Atentamente,

Documento firmado digitalmente
ERNESTO LÓPEZ MAREOVICH
Director

Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada





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 UNIDAD, LA PAZ Y EL DESARROLLO”

INFORME N° 028-2023-EF/68.02

Para: Señor
ERNESTO LÓPEZ MAREOVICH
Director
Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada

Asunto: Consulta sobre el alcance del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362

Referencias: a) Oficio N° 2242-2022-MTC/27 (HR N° 169135-2022)
b) Informe N° 0636-2022-MTC/27.01

Fecha: Lima, 01 de marzo de 2023

Me dirijo a usted en atención al documento de la referencia a), mediante el cual la Dirección General de Programas y Proyectos de Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) solicitó 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 numeral 58.1 del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Al respecto, 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 Finanzas¹ (MEF), se emite el presente informe.

I. ANTECEDENTE

1.1. Mediante el documento de la referencia a), que adjuntó el Informe N° 0636-2022-MTC/27.01, la Dirección General de Programas y Proyectos de Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicita a esta Dirección General la absolución de consultas sobre el alcance e interpretación del numeral 58.1 del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362.

II. ANÁLISIS

A. SOBRE LAS COMPETENCIAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA

¹ 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 UNIDAD, LA PAZ Y EL DESARROLLO”

- 2.1. De acuerdo con lo señalado en el artículo 227 del ROF del MEF, la DGPIIP es el órgano de línea, que interviene principalmente: i) como ente rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (SNPIP) y ii) como 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 de Oxi.
- 2.2. Por su parte, el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos², y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF³, señala las competencias del MEF en materias de APP.
- 2.3. En ese sentido, cabe señalar que la opinión de la DGPIIP en el presente informe se ciñe estrictamente a las materias de su competencia.

B. SOBRE LA OPINIÓN DE LA DGPIIP

- 2.4. El numeral 5.4 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1362, establece que la DGPIIP es el ente rector SNPIP, teniendo entre sus funciones el establecer los lineamientos de promoción y desarrollo de la inversión privada en APP y en Proyectos en Activos (PA), y emitir opinión vinculante exclusiva y excluyente, en el ámbito administrativo, sobre la interpretación y la aplicación del Decreto Legislativo N° 1362, en relación con los temas de su competencia, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
- 2.5. En línea con ello, mediante la Resolución Directoral N° 001-2016-EF/68.01⁴ se aprobaron los Criterios Generales para la atención de Consultas Técnico Normativas en materia de APP y PA, precisándose en los numerales 2.1 y 2.2 de su artículo 2 que las consultas que se formulen ante la DGPIIP, en el marco de su función interpretativa, deben cumplir los siguientes criterios generales:

² Modificado mediante el Decreto Legislativo N° 1543, Decreto Legislativo que dicta medidas para mejorar la gestión de proyectos y los procesos de promoción de la inversión privada.

³ Modificado mediante Decreto Supremo N° 211-2022-EF, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1543, Decreto Legislativo que dicta medidas para mejorar la gestión de proyectos y los procesos de promoción de la inversión privada y modifican el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

⁴ De acuerdo con la Segunda Disposición Complementaria Final del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, los lineamientos del SNPIP mantienen su vigencia hasta que éstos sean modificados o sustituidos por norma posterior, emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas.





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 UNIDAD, LA PAZ Y EL DESARROLLO”

- a) 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 temas generales sin hacer referencia a asuntos, casos, proyectos o contratos específicos. Por tanto, las consultas no pueden versar sobre la interpretación de contratos de APP o PA.
- b) 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.
- 2.6. Por lo expuesto, las consultas técnico normativas formuladas a la DGPPIP como ente rector del SNPIP, no pueden referirse a asuntos, casos, proyectos o contratos de APP específicos.
- 2.7. Asimismo, las opiniones que se emitan en ejercicio de la función interpretativa de la DGPPIP de ninguna forma significan la interpretación de un contrato de APP, lo cual corresponde a las entidades públicas titulares de los proyectos; dado que ello excedería las funciones de la DGPPIP; así como tampoco convalidan las opiniones, interpretaciones o decisiones de las partes respecto de los términos contractuales que rigen los proyectos a su cargo.
- 2.8. Cabe precisar que, de acuerdo con los artículos 36, 37, 39, 40, 41, 54 y 55 del Decreto Legislativo N° 1362, el MEF —a través de sus órganos técnicos, incluyendo a la DGPPIP— tiene facultad para opinar en el marco de sus competencias, únicamente respecto a determinados hitos de los proyectos de Asociación Público Privada, según la fase en la que se encuentren los proyectos. Dichas opiniones son las siguientes:
- a) El Informe Multianual de Inversiones en APP (fase de planeamiento y programación);
- b) El Informe de Evaluación de proyectos de APP, elaborado por el Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP) respectivo (fase de formulación);
- c) La Versión inicial del contrato de APP (fase de estructuración);
- d) La Versión final del contrato de APP (fase de transacción);
- e) La constitución de fideicomisos derivados de los contratos de APP cofinanciados (fase de ejecución contractual); y,
- f) Las modificaciones contractuales a los contratos de APP que involucren materias de competencia del MEF (fase de ejecución contractual).
- 2.9. Como puede apreciarse, el MEF -a través de la DGPPIP- ejerce sus competencias como ente rector del SNPIP en materia de APP y PA, y emite opinión –a través de





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 UNIDAD, LA PAZ Y EL DESARROLLO”

sus órganos técnicos- a determinados hitos de los proyectos de APP, no teniendo competencias para administrar, gestionar, modificar u opinar sobre la ejecución de los contratos de APP, siendo la entidad responsable de dichas funciones el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, titular del proyecto de inversión conforme a lo dispuesto en los ítems 6, 7 y 8 del numeral 6.1 del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1362⁵.

C. SOBRE LAS CONSULTAS FORMULADAS POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE PROGRAMAS Y PROYECTOS DE COMUNICACIONES DEL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

2.10. Bajo el marco normativo antes expuesto, mediante el documento de la referencia a), que adjuntó el Informe N° 0636-2022-MTC/27.01, la Dirección General de Programas y Proyectos de Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicita a esta Dirección General la absolución de Consultas sobre el alcance e interpretación del numeral 58.1 del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362, las cuales son detalladas a continuación:

“1. ¿El primer enunciado 1 del numeral 58.1 del artículo 58 del Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, Decreto Legislativo N° 1362, tiene como único propósito o “núcleo” “ordenar” (“asume”) que el titular del proyecto se haga cargo por un periodo provisionalmente (sea directa o indirectamente), luego de ocurrido el hecho (caducidad del contrato)?

2. ¿El mencionado primer enunciado, no establece plazo alguno, ni máximo para el periodo provisional?

3. ¿De confirmarse la respuesta anterior, debido a que el primer enunciado solo refiere a un periodo provisional sin indicar más, el transcurso del tiempo entre la operación por parte del titular y la fecha de otorgamiento de la concesión respectiva del proyecto y/o su entrega al nuevo concesionario, conlleva a que se cumpla lo previsto en dicho enunciado?

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.

7. Hacer efectivas las penalidades por incumplimiento del contrato, salvo que dicha función haya sido asignada o delegada al organismo regulador respectivo.

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





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 UNIDAD, LA PAZ Y EL DESARROLLO”

4. ¿El segundo enunciado del citado numeral 58.1 del artículo 58 (en el que no menciona al periodo provisional) que se encuentra luego de un punto y seguido 2, tiene como núcleo otorga una “**facultad**” al titular del proyecto, esto es facultarlo a realizar las gestiones y contrataciones necesarias “**por**” un periodo no mayor de tres (3) años?

5. ¿La mención al periodo no mayor a tres (3) años, en tanto está en una segunda idea (segundo enunciado) diferente a la primera, es aplicable sólo a dicha segunda idea?

6. ¿En el supuesto que, con las respuestas a las preguntas que anteceden se confirme que el periodo no mayor a tres (3) años a que se refiere el segundo enunciado del numeral 58.1 del artículo 58 es para las gestiones y contrataciones necesarias cuya aplicación se efectúa en concordancia con la Décimo Sexta Disposición Complementaria Final del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado; las contrataciones posteriores a tal periodo corresponden ser efectuadas mediante los procesos habituales de esta ley?

2.11. Asimismo, el citado Informe remitido a través del documento de la referencia a), señala expresamente que:

(...)

3.2. Contexto de la Consulta.

Mediante Resolución Ministerial N° 689-2021-MTC/01, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC) declaró la resolución del Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento, Despliegue, Operación y Mantenimiento del Proyecto “Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro”, por razones de interés público debidamente fundadas, de conformidad con lo dispuesto por el literal j) de la Cláusula 59 del Contrato de Concesión y con el Procedimiento General de Resolución Contractual establecido en el Contrato dispuesto por la Cláusula 60.1 del Contrato de Concesión y en consecuencia, se declaró la caducidad del referido Contrato.

La precitada Resolución Ministerial dispuso que, la caducidad operará a los seis (6) meses de publicada la Resolución, en cumplimiento del plazo mínimo establecido en el literal j) de la Cláusula 59 del Contrato de Concesión. Es decir, la caducidad del Contrato de Concesión se dio el 14 de enero de 2022.

En la misma Resolución Ministerial, se dispuso:

“Disponer que el Programa Nacional de Telecomunicaciones – PRONATEL asuma la operación del proyecto de manera provisional, a partir del vencimiento del plazo dispuesto en el artículo 1 de la presente Resolución Ministerial, la cual podrá efectuar directamente o a través de terceros por un periodo no mayor de tres (03) años, en el marco de lo dispuesto en el numeral 58.1 del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 , Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y





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 UNIDAD, LA PAZ Y EL DESARROLLO”

Proyectos en Activos, hasta la transferencia de los bienes de la concesión al nuevo concesionario.”

*Como se puede observar, a partir de la fecha de caducidad, el MTC dispuso que el PRONATEL **directamente o a través de terceros**, por un periodo de tres años, asuma la **operación** del proyecto, en el marco de lo dispuesto en el artículo 58.1 del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362.*

*En aquel momento, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, dispuso, en el marco del artículo 58.1 del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362, **que la operación que podía realizar el MTC a través de PRONATEL era por un plazo de tres años**. Nótese que, no se dispone el efectuar contrataciones por tres (3) años; sino que, se dispone que se asuma la operación del proyecto; y, se vincula ello con la cita expresa de “e n el marco de lo dispuesto en el artículo 58.1 del artículo 58 ” de la acotada norma.”*

[Énfasis agregado]

- 2.12. De la revisión de los términos de las Consultas, así como del informe adjunto al documento de la referencia que las sustentan, se advierte que las mismas se encuentran orientadas a resolver una situación específica del proyecto Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO), en el marco de la declaración de la caducidad del Contrato de Concesión a través de la Resolución Ministerial N° 689-2021-MTC/01⁶.
- 2.13. Frente a ello, es importante reafirmar que la opinión vinculante, exclusiva y excluyente de la DGPIIP, se limita a la interpretación y aplicación de la normativa del SNPIIP, siendo evidente que las Consultas mencionadas en el párrafo 2.10 del presente Informe se encuentran referidas a un caso en concreto y específico comprendido por el proyecto Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.
- 2.14. De este modo, resulta necesario señalar que las interpretaciones normativas que emita la DGPIIP no pueden atender casos concretos, cuestionar o validar decisiones de gestión adoptadas por los agentes que conforman el SNPIIP, ni determinar responsabilidades. Sobre la base de estas premisas, se procede a emitir el presente informe **en el marco de la función de interpretación normativa regulada en el numeral 5.4 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1362**, sin considerar los aspectos vinculados a casos concretos. Así, como ya se mencionó anteriormente, **el presente informe no constituye criterio interpretativo de las disposiciones contractuales o supuestos específicos, correspondiendo a las partes interpretar los alcances del texto contractual.**

⁶ Resolución Ministerial N° 689-2021-MTC/01, que declara la resolución del Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento, Despliegue, Operación y Mantenimiento del Proyecto “Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro”.





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 UNIDAD, LA PAZ Y EL DESARROLLO”

pudiendo recurrir a los mecanismos de solución de controversias en caso de discrepancia.

D. SOBRE LOS EFECTOS DE LA CADUCIDAD Y SU TRATAMIENTO AL AMPARO DEL ARTÍCULO 58 DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1362

- 2.15. La caducidad de un contrato de APP representa la extinción del vínculo contractual que une al Estado —comúnmente, 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 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 concreto⁷.
- 2.16. 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.
- 2.17. En atención a ello, se debe remarcar 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.
- 2.18. 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.
- 2.19. 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.

⁷ 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 UNIDAD, LA PAZ Y EL DESARROLLO”

- 2.20. 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 Constitucional⁸ ha reconocido la “*necesaria continuidad de su prestación en el tiempo*” como un elemento caracterizador de los servicios públicos en el ordenamiento jurídico peruano, el cual se extiende legislativamente (mediante el Decreto Legislativo N° 1362) a los casos de infraestructura pública desarrollada bajo la modalidad de APP.
- 2.21. Sobre la característica de continuidad de los servicios públicos, Dromi Casas⁹ 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*”.
- 2.22. 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 Hirano¹⁰ 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*”.
- 2.23. 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.

⁸ 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 *standard mínimo de calidad*.
- d) *La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.*” (El énfasis es nuestro).

⁹ DROMI CASAS, José Roberto. *Derecho Administrativo. Tomo II*. Gaceta Jurídica. Primera Edición, Lima, 2005. Pág. 69.

¹⁰ ARÓSTEGUI HIRANO, José. *El acceso a un Servicio Público de calidad, continuidad del servicio y rol del Regulados*. En: Revista de Derecho Administrativo CDA N° 12 - Regulación de Servicios Públicos e Infraestructura, Lima, Círculo de Derecho Administrativo, 2014. Pág. 50.





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 UNIDAD, LA PAZ Y EL DESARROLLO”

- 2.24. Tal posición es compartida por Huapaya Tapia¹¹, al señalar que “*cuando el concesionario-contratante interrumpe o suspende la ejecución de sus prestaciones (...) la Administración concedente deberá tomar las acciones o medidas necesarias contractuales para que no se encuentre afectando el interés público comprometido en el contrato*”.
- 2.25. 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, se caracteriza por comprender una habilitación excepcional, temporal y extraordinaria que puede extenderse razonablemente por el periodo necesario para convocar un nuevo proceso de promoción de la inversión privada o la adopción de una decisión que concrete la forma en la que asumirá la administración transitoria del proyecto, siempre que dicho periodo no exceda los tres (03) años calendario contados desde la fecha de caducidad del contrato de concesión.
- 2.26. 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.
- 2.27. Asimismo, cabe apuntar que la administración provisional bajo comentario puede ser realizada de manera directa o indirecta por la entidad pública titular del proyecto:
- **Administración directa:** En este caso, la misma EPTP 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. Asimismo, las EPTP podrán asumir la administración provisional de modo directo a través de sus diferentes áreas, dentro de su misma estructura organizacional, disponiendo actos de administración interna y de otra naturaleza, cuya definición corresponde exclusivamente a la referida entidad titular.
 - **Administración a través de terceros:** En el segundo caso, la entidad en cuestión podrá contratar los servicios de un tercero especializado que se

¹¹ 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 UNIDAD, LA PAZ Y EL DESARROLLO”

encargue de operar y mantener la infraestructura, indistintamente de que se trate una persona jurídica de derecho público o privado.

2.28. 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.

2.29. 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 excepcional, temporal y extraordinaria, por un periodo que no exceda los tres (03) años calendario contados desde la fecha de caducidad del contrato de concesión, 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.





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 UNIDAD, LA PAZ Y EL DESARROLLO”

- 2.30. 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.
- 2.31. En ese sentido, es importante precisar que el alcance de las gestiones y contrataciones necesarias para garantizar la continuidad del proyecto debe ser determinado por la entidad pública titular del proyecto, sobre la base de lo establecido en cada contrato, en la normativa sectorial y en las particularidades o necesidades asociadas al proyecto, respetando los derechos y obligaciones dispuestos en el respectivo contrato de APP.
- 2.32. Del mismo modo es importante precisar que la regulación contenida en el artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 hace referencia expresa al plazo de tres (03) años para que la entidad pública titular realice directa o indirectamente las gestiones necesarias para garantizar la continuidad del proyecto; por lo que cualquier situación o acción que exceda dicho plazo no se encuentra regulada ni amparada por la normativa del SNPIP. Esto se sustenta, como ya se ha explicado, en que el artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 contiene regulación excepcional, temporal y extraordinaria que tiene como única finalidad evitar la paralización del proyecto (indistintamente de la fase en la que se encuentre).
- 2.33. Resulta importante señalar que la aplicación del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 no libera a las partes del cumplimiento de las obligaciones del respectivo contrato de concesión que no se hubieran visto afectadas por la caducidad.

E. SOBRE LAS CONTRATACIONES NECESARIAS PARA ASEGURAR LA CONTINUIDAD DEL SERVICIO

- 2.34. A modo de orientación y comentario (dado que la DGPIIP no tiene competencias para interpretar la normativa aplicable a las Contrataciones del Estado), cabe señalar que la Décimo Sexta Disposición Complementaria Final del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, refiere que cuando se produzca la caducidad de un contrato de APP en el marco de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1362, la entidad titular del proyecto puede contratar directamente, bajo el supuesto de desabastecimiento contenido en el





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 UNIDAD, LA PAZ Y EL DESARROLLO”

literal c) del artículo 27 de la citada norma, a aquellos proveedores necesarios para garantizar la continuidad del proyecto¹².

- 2.35. En consecuencia, la citada Ley de Contrataciones del Estado hace referencia a la normativa del SNPIP permitiendo la contratación directa en el escenario de caducidad de los contratos de APP.
- 2.36. 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. 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.
- 2.37. Finalmente, como ya se ha adelantado, la mención al TUO de la Ley de Contrataciones contenido en el presente informe no implica la emisión de una opinión o interpretación normativa respecto a dicho instrumento legal dado que esta no forma parte del marco normativo del SNPIP, por lo que no forma parte de las competencias de la DGPPIP. Adicionalmente, 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 DGPPIP, 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, en atención al documento de la referencia a), esta Dirección debe señalar que las Consultas formuladas por la Dirección General de Programas y Proyectos de Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones no cumplen con los criterios establecidos en la normativa vigente para que la DGPPIP emita opinión, en el marco de lo dispuesto en el numeral 2 del numeral 5.4 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1362. Sin perjuicio de ello, en el marco de la función de interpretación normativa regulada en el artículo 5 del

¹² “**Décimo Sexta.** Cuando se produzca la caducidad de un contrato de Asociación Público Privada o Proyecto en Activos, **en el marco de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que Regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos**, la Entidad titular del proyecto, puede contratar directamente bajo el supuesto de desabastecimiento contenido en el literal c) del artículo 27 de la presente norma a aquellos proveedores necesarios para garantizar la continuidad del proyecto.”





**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 UNIDAD, LA PAZ Y EL DESARROLLO”**

Decreto Legislativo N° 1362, el presente informe desarrolla aspectos vinculados a la interpretación del artículo 58 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

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, su Reglamento y modificaciones. La integridad del documento y la autoría de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en: <https://apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml>

