



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 LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

Lima, 18 FEB. 2019

OFICIO N° 005 -2019-EF/68.02

Señorita

VANESSA PAOLA NAVARRO ONTON

Jefe de la Oficina General de Administración

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Calle Scipión Llona N° 350, Miraflores

Presente.-

Asunto: Solicitud de opinión legal en el marco del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Referencia: Oficio N° 163-2019-JUS/OGA (HR 017630-2019)



Tengo el agrado de dirigirme a usted, con relación al documento de la referencia, mediante el cual solicita a esta Dirección General su opinión legal sobre el alcance e interpretación de las normas del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, en el marco de lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1362 y su Reglamento, respecto de las modificaciones de contratos de Asociación Público Privada (APP), que no se encuentren bajo el procedimiento correspondiente establecido en la normativa de APP.

Al respecto, sírvase encontrar adjunto al presente documento, el Informe N° 036 -2019-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.

Hago propicia la ocasión para expresarle los sentimientos de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente,

GABRIEL DALY TURCKE
DIRECTOR GENERAL
Dirección General de Política de Promoción
de la Inversión Privada

cca-lme/GDT



MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS
DIRECCION GENERAL DE POLITICA DE PROMOCION
DE LA INVERSION PRIVADA

"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES"
"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

INFORME N° 036 -2019-EF/68.02

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

Asunto: Solicitud de opinión legal en el marco del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Referencia: Oficio N° 163-2019-JUS/OGA (HR 017630-2019)

Fecha: Lima, 18 FEB. 2019

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante el Oficio de la referencia, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS) efectúa consultas a esta Dirección General, relacionadas con las modificaciones de contratos de Asociación Público Privada (APP), que no se encuentren bajo el procedimiento correspondiente establecido en la normativa de APP.
- 1.2 Al respecto, el MINJUS señala que durante la ejecución contractual de un proyecto de APP, las partes pueden alcanzar acuerdos que no representen una modificación al contrato de APP, los cuales pueden materializarse en un documento suscrito por ambas partes (acta, cartas, etc.).
- 1.3 En ese sentido, MINJUS señala que la consulta efectuada versa sobre la posibilidad que las partes puedan someterse a un acuerdo adoptado entre sí, para posteriormente darle validez a través de una adenda suscrita en el marco de la normativa en APP.

II. ANÁLISIS

- 2.1 De conformidad con el artículo 9 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362¹ Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos (en lo sucesivo, el Reglamento), la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada, en su calidad de Ente Rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, es competente para emitir opinión, exclusiva y excluyente, sobre el alcance e interpretación de las normas de dicho Sistema Nacional, y no sobre contratos en específico.
- 2.2 En esa misma línea, los Criterios Generales para la atención de Consultas Técnico Normativas en materia de Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos², señalan que las consultas efectuadas al Ente Rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada en materia de APP y Proyectos en Activos, deben referirse a

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

² Aprobado mediante Resolución Directoral N° 001-2016-EF/68.01.



MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS
DIRECCION GENERAL DE POLITICA DE PROMOCIÓN
DE LA INVERSIÓN PRIVADA

"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES"
"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

asuntos generales sin hacer referencia a asuntos, casos, proyectos o contratos específicos.

2.3 Sobre el particular, mediante el Oficio de la referencia, el MINJUS efectúa las siguientes consultas a esta Dirección General:

- *¿Las partes pueden modificar los términos del Contrato o de los Anexos a través de un Acta de Trato Directo sin haber seguido el procedimiento establecido en el artículo 55 del Decreto Legislativo N° 1362?*
- *¿En caso de ser negativa la respuesta anterior, existe alguna excepción a la mencionada norma?*
- *¿Cuáles serían los efectos del "acuerdo" adoptado en un documento distinto a una adenda?*
- *¿Las partes pueden suscribir con adendas con efectos retroactivos?*



4 De modo complementario, el MINJUS señala que las referidas consultas se enmarcan en la posibilidad de que las partes puedan someterse a un acuerdo adoptado entre sí, para posteriormente darle validez, a través de una adenda suscrita en el marco de la normativa de APP.

2.5 Al respecto, es de señalar que la normativa vigente del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, establece reglas de **obligatorio cumplimiento para llevar a cabo la evaluación y aprobación de modificaciones a los contratos de APP**. Estas reglas tienen como objetivo analizar la conveniencia o necesidad de las mismas, considerando entre otros aspectos, la naturaleza del proyecto, la asignación original de riesgos, las condiciones de competencia y el equilibrio económico.

2.6 Para ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 136 del Reglamento, la entidad pública titular del proyecto realiza de manera enunciativa, las siguientes actividades:

- Publicar la propuesta de adenda en el portal institucional.
- Convocar a las entidades competentes para emitir opinión previa, al proceso de evaluación conjunta. Para ello debe remitir a las entidades la información correspondiente.
- Participar y conducir las reuniones de evaluación conjunta.
- Dar por concluida la evaluación conjunta.

2.7 Asimismo, el artículo 138 del Reglamento establece que, una vez concluido el proceso de evaluación conjunta, la entidad pública titular del proyecto determina y sustenta las modificaciones contractuales, a efectos de proceder con la solicitud de opiniones e informe previo.

2.8 En ese sentido, respecto a la primera y segunda consulta debe considerarse que el Trato Directo suscrito en el marco de una cláusula de Solución de Controversias de un contrato de APP, responde a una manifestación de la voluntad de las partes de adoptar acuerdos sobre conflictos que pudieran surgir durante su ejecución, **sin poder modificar el respectivo contrato de APP**.



MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS
DIRECCION GENERAL DE POLITICA DE PROMOCIÓN
DE LA INVERSIÓN PRIVADA

“DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES”
“AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD”

- 2.9 En ese sentido, en caso de requerir realizar modificaciones al contrato, incluso para solucionar controversias derivadas de su ejecución, deben seguirse las reglas establecidas en los artículos 134 al 138 del Reglamento; toda vez que la normativa vigente no establece supuestos en los cuales las modificaciones contractuales puedan excluirse o exonerarse del procedimiento antes mencionado.
- 2.10 Respecto a la tercera consulta cabe precisar que, el párrafo 5 del artículo 138 del Reglamento, los acuerdos, indistintamente de la denominación que adopten, que contengan modificaciones al Contrato de APP, que regulen aspectos de competencia del MEF y que no cuenten con opinión previa favorable de éste, no surten efectos y son nulos de pleno derecho.
- 2.11 Finalmente, respecto a la cuarta consulta y en línea con lo anteriormente señalado, no es posible que las partes puedan acordar que las disposiciones pactadas en el proceso de modificación contractual tengan efectos retroactivos, pues como ya se mencionó anteriormente, las modificaciones contractuales tienen un proceso establecido en la normativa vigente de APP, el mismo que es de cumplimiento obligatorio.
- 2.12 De esta manera, en atención al Principio de Legalidad, no es posible pretender que las actividades realizadas por las partes sin marco contractual, puedan ser convalidadas través de una modificación contractual posterior.
- 2.13 Esto a su vez es consistente con la denominada teoría de los hechos cumplidos, en razón de la cual, la ley es obligatoria desde su entrada en vigencia, y se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

III. CONCLUSIONES

- 3.1. Las disposiciones normativas contenidas en los artículos 134 al 138 del Reglamento, deben ser aplicadas a toda modificación contractual, sin excepción. Esto incluye aquellas modificaciones necesarias para solucionar una controversia surgida durante la ejecución contractual.
- 3.2. En atención al Principio de Legalidad, las actividades realizadas por las partes sin marco contractual, no pueden ser convalidadas a través de una modificación contractual posterior.

Es todo cuanto tengo que informar.

Atentamente,

.....
LENIN MAYORGA ELÍAS
Director
Dirección de Política de Inversión Privada



**MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS
DIRECCION GENERAL DE POLITICA DE PROMOCIÓN
DE LA INVERSIÓN PRIVADA**

**"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES"
"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"**

cca-lme