



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, 20 DIC. 2019

OFICIO N° 049 -2019-EF/68.02

Señor

EMERSON JUNIOR CASTRO HIDALGO

Director General de Programas y Proyectos de Transportes

Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Jirón Zorritos N° 1203, Lima

Presente.-

Asunto: Consulta sobre la interpretación normativa del artículo 31 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF, referida a si los gastos de supervisión de diseño y obra establecidos como obligaciones contractuales del Estado en un proyecto APP califican como cofinanciamiento

Referencia: a) Oficio N° 0046-2019-MTC/19.02 (HR N° 140778-2019)
b) Oficio N° 6128-2019-MTC/19

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con relación al documento a) de la referencia, mediante el cual nos consulta sobre la interpretación normativa del artículo 31 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF, referida a si los gastos de supervisión de diseño y obra establecidos como obligaciones contractuales del Estado en un proyecto APP califican como cofinanciamiento.

Al respecto, sírvase encontrar adjunto al presente documento, el Informe N° 063 -2019-EF/68.02, elaborado por la Dirección de Política de Inversión Privada de esta Dirección General, que cual 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

d/m/m/GDT



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 LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD”

INFORME N° 36b -2019-EF/68.02

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

Asunto : Consulta sobre la interpretación normativa del artículo 31 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF, referida a si los gastos de supervisión de diseño y obra establecidos como obligaciones contractuales del Estado en un proyecto APP califican como cofinanciamiento

Referencia : Oficio N° 0046-2019-MTC/19.02 (HR 140778-2019)

Fecha : Lima, 20 DIC. 2019



Me dirijo a usted en atención al documento de la referencia, mediante el cual consulta a esta Dirección General acerca de la interpretación que se debe dar a la definición de cofinanciamiento, contenida en el artículo 31 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF, mediante el cual se aprueba el Reglamento (en adelante, el “Reglamento”)¹ del Decreto Legislativo N° 1362, que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Sobre el particular, en el marco de las competencias establecidas en el literal c) del artículo 230 del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), aprobado por Resolución Ministerial N° 301-2019-EF/41, se emite el presente informe.

I. ANTECEDENTES

1.1. Mediante Oficio N° 0046-2019-MTC/19.02, de fecha 16 de septiembre, el Director General de Programas y Proyectos de Transportes (en adelante, “DGPP-MTC”) del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, presentó a esta Dirección General una solicitud de opinión sobre el alcance e interpretación de las normas del SNPIP.

1.2. En específico, la DGPP consulta lo siguiente:

“En tal sentido, en vista de la comunicación remitida por la Contraloría General de la República, consideramos pertinente solicitar a la DGPP del MEF, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, se sirva absolver la duda interpretativa referida a si los gastos en supervisión de diseño y de obra contemplados como obligaciones contractuales del Estado

¹ 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 LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

dentro de los Contratos APP califican como cofinanciamiento en el marco de los regulado por el artículo 31° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362".

II. ANÁLISIS

A. Sobre la competencia de la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada

2.1 El numeral 2 del párrafo 5.4 del artículo 5 del Decreto Legislativo y el numeral 4 del párrafo 9.1 del artículo 9 del Reglamento, establecen que la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (DGPPIP) del MEF, es competente para emitir opinión exclusiva y excluyente, con carácter vinculante en el ámbito administrativo, sobre el alcance e interpretación de las normas del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (SNPIP), en materia de Asociaciones Público Privadas (APP) y Proyectos en Activos (PA); siendo que las precitadas normas no limitan la potestad interpretativa de los órganos jurisdiccionales ni del Congreso de la República.

2.2 En línea con ello, mediante la Resolución Directoral N° 001-2016-EF/68.01, 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 DGPPIP, en el marco de su función interpretativa, deben cumplir los siguientes criterios generales:

1. Estar vinculadas a determinar el alcance e interpretación de una norma del SNPIP en materia de APP y PA y, en este sentido, referirse a asuntos generales sin hacer referencia a asuntos, casos, proyectos o contratos específicos.
2. Adjuntar los respectivos informes técnico y legal, de las áreas competentes, en los que se indique la duda interpretativa o el alcance de un determinado dispositivo legal del SNPIP en materia de APP y PA, respecto del cual se solicita absolver la consulta, precisando claramente la posición del área consultante y su sustento respectivo.

B. Sobre la Consulta de la DGPP – MTC

2.3 De la revisión de la documentación alcanzada, se aprecia que la solicitud formulada por la DGPP-MTC está referida a circunstancias particulares, debido a que hace referencia al Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.

C.

2.4 Considerando ello, se deja constancia de que la mencionada **consulta no puede ser objeto de una interpretación normativa**, conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del párrafo 5.4 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1362. En consecuencia, la solicitud formulada por la DGPP-MTC incumple lo dispuesto en la Resolución Directoral N° 001-2016-EF/68.01, por lo que no corresponde emitir opinión vinculante, exclusiva y excluyente sobre los aspectos desarrollados en el documento de la referencia.





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"

2.5 No obstante ello, en atención al principio de colaboración entre entidades², esta Dirección General procederá a desarrollar algunos criterios normativos de alcance general, no sin antes mencionar que la presente opinión no sustituye las decisiones de gestión que deba adoptar cada entidad pública en el marco de sus competencias.

D. Sobre la Definición de Cofinanciamiento

2.6 Sin perjuicio de lo anterior, resulta pertinente hacer énfasis en algunos conceptos básicos. El artículo 22 del Decreto Legislativo N° 1362 establece que las APP pueden ser clasificadas en cofinanciadas y autofinanciadas, según lo siguiente:

- **Asociación Público Privada Autofinanciada:** Se consideran proyectos de APP autofinanciados aquellos que tienen capacidad propia de generación de ingresos, que no requieren cofinanciamiento del sector público y que cumplen con las siguientes condiciones:
 - i. **Demanda mínima o nula de garantía financiera por parte del Estado.**- Según el marco legal vigente, las garantías financieras son consideradas como mínimas si no superan el 5% del Costo Total de Inversión (CTI) y, en caso de proyectos que no tengan componente de inversión, dichas garantías no superan el 5% del Costo Total del Proyecto (CTP).
 - ii. **Las garantías no financieras tienen una probabilidad nula o mínima de demandar cofinanciamiento.**- Se presenta cuando la probabilidad de demandar cofinanciamiento no sea mayor a 10% para cada uno de los primeros cinco años de vigencia de la cobertura de la garantía
- **Asociación Público Privada Cofinanciada:** Se consideran proyectos de APP cofinanciados, aquellos que requieren cofinanciamiento, otorgamiento u contratación de garantías financieras en proporciones mayores a las indicadas en el párrafo anterior o garantías no financieras que tiene probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento³.

² Regulado en los artículos 97 al 90 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

³ Artículo 23. Garantías del Estado

23.1 Las garantías otorgadas para los proyectos de Asociación Público Privada se clasifican en:

1. **Garantías Financieras:** son aquellos aseguramientos de carácter incondicional y de ejecución inmediata, otorgados y contratados por el Estado, con el fin de respaldar las obligaciones de la contraparte de la entidad pública titular del proyecto, derivadas de préstamos o bonos emitidos para financiar los proyectos o para respaldar obligaciones de pago del Estado, en el marco del Texto Único Ordenado de la Ley N° 28563, Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 130-2017-EF.
2. **Garantías No Financieras:** son aquellos aseguramientos estipulados en el contrato de Asociación Público Privada que potencialmente pueden generar obligaciones de pago a cargo del Estado, por la ocurrencia de uno o más eventos de riesgos propios 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 LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

- 2.7 Teniendo clara la diferencia entre una APP Autofinanciada de una Cofinanciada, el artículo 31 del Reglamento detalla lo siguiente:

"31.1. Cofinanciamiento es cualquier pago que utiliza fondos públicos, total o parcialmente, a cargo de la entidad pública titular del proyecto para cubrir las obligaciones establecidas en el respectivo Contrato.

31.2. Para efectos del SNPIP el cofinanciamiento incluye sin limitarse, a los recursos ordinarios, recursos provenientes de operaciones oficiales de crédito, recursos determinados así como recursos directamente recaudados, tales como los arbitrios, tasas, contribuciones, multas".

- 2.8 El propio artículo desarrolla aquello que no constituye cofinanciamiento, de la siguiente forma:

"31.3. No es cofinanciamiento

La sesión en uso, en usufructo o bajo cualquier figura similar, de la infraestructura o inmuebles pre-existentes, siempre que no exista transferencia de propiedad y estén directamente vinculados al proyecto.

Los gastos y costos derivados de las adquisiciones y expropiaciones de inmuebles para la ejecución de infraestructura pública, reubicaciones o reasentamientos, liberación de las interferencias y/o saneamiento de predios, incluso cuando dichas labores sean encargadas al Inversor conforme a lo dispuesto al respectivo Contrato.

Los pagos por concepto de peajes, precios, tarifas cobrados directamente a los usuarios o indirectamente a través de empresas, incluyendo aquellas de titularidad del Estado o entidades del mismo, para su posterior entrega al Inversor, en el marco del Contrato de APP".

- 2.9 En consecuencia, constituyen cofinanciamiento todos aquellos pagos (distintos a los previstos en el numeral anterior) que deban ser realizados por la entidad pública titular del proyecto, directa o indirectamente a favor del Concesionario para dar cumplimiento a sus obligaciones conforme a lo establecido en el respectivo contrato de APP.
- 2.10 De esta manera, el concepto de cofinanciamiento incluye a los pagos a ser realizados por el Concedente empleando fondos públicos, así como al cumplimiento de aquellas garantías financieras y no financieras que cumplan con las condiciones antes descritas, independientemente de que se deriven del cumplimiento de compromisos firmes o contingentes, dado que dicha precisión no se desprende de la norma bajo análisis.
- 2.11 Sin perjuicio de lo anterior, a modo de ejemplo, es posible que por tratarse de proyectos a largo plazo, se requiera implementar nuevos acuerdos durante la fase de ejecución contractual que involucren pagos por parte de la entidad pública titular el proyecto, incluso en APP autofinanciadas. Un caso es el de las inversiones adicionales, definidas como





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 LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD”

aquellas que no fueron comprendidas en el proyecto original, las cuales pueden ser solicitadas por el concedente o propuestas por el concesionario.

- 2.12 De este modo, según los Lineamientos para el diseño de contratos de APP, si durante la vigencia de la Concesión, el concedente necesita realizar inversiones adicionales, deberá asumir el costo de su implementación, sin perjuicio de que su ejecución se realice por el concesionario o por un tercero, para lo cual se deberá seguir el procedimiento de modificación contractual, conforme a lo dispuesto en el párrafo 137.1 del artículo 137 del Reglamento.
- 2.13 En línea con el ejemplo planteado, el pago que realice el concedente al concesionario para la ejecución de inversiones adicionales califica como un “componente de cofinanciamiento” (según se ha desarrollado), sin que ello implique una modificación en la clasificación original del proyecto (autofinanciado o cofinanciado).
- 2.14 En ese orden de ideas, el concepto de cofinanciamiento, guarda estrecha relación con las obligaciones contenidas en un Contrato de APP, y además, debe ser entendido como una situación que atañe estrictamente a las partes contractuales.
- 2.15 La Supervisión (de diseño, obra u operación y mantenimiento) que suele incluirse en los Contratos de APP, está referida a actividades que deben ser realizadas por la entidad pública titular del proyecto para dar cumplimiento a obligaciones legales, contractuales y/o técnicas a cargo del Estado. En el caso de la supervisión se suele encargar estas labores a un tercero, distinto a la entidad pública titular del proyecto o al inversionista. Los costos y/o gastos derivados de dichas actividades de supervisión de diseño, suelen ser asumidos por el concedente.
- 2.16 Al respecto, los Lineamientos para el diseño de contratos de APP al establecer que, “*se deben definir la forma y las condiciones de trabajo del supervisor de operación y mantenimiento, según lo dispuesto en el marco normativo aplicable a cada tipo de proyecto, el cual podrá ser el mismo que el establecido en la etapa de ejecución de obras*”.
- 2.17 En consecuencia, la contratación de un supervisor no responde una obligación de la entidad pública titular del proyecto frente al inversionista en el marco de un Contrato de APP, sino al cumplimiento de disposiciones normativas aplicables a todos los contratos de APP. Por lo tanto, la contratación y correspondiente pago del supervisor de diseño, obra u operación y mantenimiento en un contrato de APP, no constituye cofinanciamiento.
- 2.18 Finalmente, cabe remarcar que las opiniones vertidas por esta Dirección General, ya sea mediante la absolución de una consulta técnico normativa u otro medio, de ninguna forma podrá tomarse como la interpretación de un contrato de APP, dado que ello excede las funciones de la DGPIIP; asimismo, tampoco convalidan las opiniones de las partes respecto de los términos contractuales correspondientes





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 LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD”

III. **CONCLUSIÓN**

Por lo antes expuesto, respecto a la consulta de la DGPP, se concluye:

- 3.1. El término cofinanciamiento encuentra regulación en el artículo 31 del Reglamento, describiéndose como cualquier pago que utiliza fondos públicos, total o parcialmente, a cargo de la entidad pública titular del proyecto para cubrir las obligaciones establecidas en el respectivo Contrato.
- 3.2. El concepto de cofinanciamiento, guarda estricta relación con las obligaciones contenidas en un Contrato de APP, y que además, debe ser entendido como una situación que atañe estrictamente a las partes contractuales.
- 3.3. La contratación de un supervisor no responde una obligación de la entidad pública titular del proyecto frente al inversionista en el marco de un Contrato de APP, sino al cumplimiento de disposiciones normativas aplicables a todos los contratos de APP. Por lo tanto, la contratación y correspondiente pago del supervisor de diseño, obra u operación y mantenimiento en un contrato de APP, no constituye cofinanciamiento.

Es todo cuanto tengo que informar.

Atentamente,



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

dím/LME