

Las iniciativas privadas cofinanciadas

Milagros Maraví Sumar¹

SUMARIO:

I. Introducción II. Avances y retrocesos en las iniciativas privadas cofinanciadas

PALABRAS CLAVE:

Asociación Público Privada, cofinanciamiento, iniciativa privada

KEY WORDS:

Public-private Partnership, co-financing, private initiatives.

RESUMEN:

Este texto aborda el devenir de las iniciativas privadas cofinanciadas y, considerando la legislación recientemente dictada, formula propuestas para su optimización.

ABSTRACT:

This text intent to explain the future of the coming private financed initiatives in Peru and, considering the most recent legislation, provides suggestions aiming at its optimization.

I. Introducción

Casi todos los artículos respecto de las asociaciones público privadas (APPs) se inician citando las cifras que exhiben el déficit de infraestructura y servicios públicos de nuestro país. Creemos que es suficiente con mirar nuestra realidad imperante para darse cuenta de las carencias y también de la imposibilidad de que sean remontadas con inversión y gestión pública exclusivamente; inclusive en lo que se refiere a la definición de las necesidades y formulación de los proyectos

Ya en Perú la participación privada en el desarrollo de infraestructura pública, servicios públicos y otros proyectos y activos del Estado es una realidad y se ha ido configurando el marco jurídico e institucional para hacer viables las APPs. Asimismo, dado que la iniciativa

¹ Abogada graduada por la Pontificia Universidad Católica del Perú con título de maestría en Administración Pública por el Instituto Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid. Como socia del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados lidera el Área de Derecho Administrativo. Es Profesora de la Maestría de Derecho Administrativo Económico de la Universidad Continental y del Diplomado de Derecho Administrativo Económico de la UPC.

desde el sector privado es por lo general más proficua en la formulación de proyectos de inversión, se ha generado un espacio para las APPs por iniciativa privada (IPs).

Sin embargo, las APPs cofinanciadas y, más aún, las IPs cofinanciadas enfrentan una serie de dificultades debido principalmente al papel que le toca cumplir al Estado en ellas.

II. Devenir de las APPs e IPs cofinanciadas

En nuestro país, ya se desarrollan tanto APPs como IPs cofinanciadas; es decir, que han surgido tanto por iniciativa pública, como por iniciativa privada. “De este modo, proyectos tales como Olmos, los corredores viales de la Carretera Interoceánica, el Primer Grupo de Aeropuertos Regionales y la iniciativa de IRSSA NORTE han sido fruto de la opción por este tipo de modalidad de promoción de la inversión, en la cual se ofreció la oportunidad de una participación estatal para viabilizar las inversiones”². Asimismo, el segundo grupo de aeropuertos y la Línea 1 del Metro de Lima.

Sin embargo, las IPs que incluyen cofinanciamiento del Estado siempre han generado recelo, porque implican i) una evaluación de la IP con la desconfianza propia de quien cree que el proyecto está formulado sólo para ser un buen negocio para el proponente; ii) sólo en un número muy reducido de casos se adjudican luego de un proceso en que concurren postores (no hay concursos); y, ii) en su ejecución conllevan un control más estricto de la gestión del proyecto por parte de las entidades públicas. A la regulación, supervisión y fiscalización, se suma una actividad de verdadera auditoría para reconocer los pagos o garantías que le toca asumir al Estado en una APP cofinanciada.

Como señalan Huapaya y Vergaray “[...] los proyectos de APPs cofinanciadas se caracterizarán por constituir proyectos de baja rentabilidad económica pero de una alta rentabilidad social. Mientras que las autofinanciadas corresponden a proyectos que puedan financiarse a partir de alternativas que contemplen el pago de los usuarios por el uso de la infraestructura o de los servicios asociados a esta y que son gestionados mediante un supuesto de PPP, como por ejemplo acontece en el caso de peaje, entre otras modalidades”³.

Las iniciativas privadas cofinanciadas se enmarcan en las asociaciones público privadas cofinanciadas y tienen su misma caracterización. “[...] se ha llegado a determinar que, si bien es cierto, la inversión privada está atraída a depositar sus intereses en aquellos proyectos que tienen una rentabilidad económica de media a elevada, el problema es qué hacer cuando existen proyectos de infraestructura o de servicios públicos, que requieren una elevada inversión, y que tienen una gran rentabilidad social, más no una rentabilidad económica sostenible. Consiguientemente, surge la preocupación, luego de la denominada *época de las privatizaciones*, ¿Qué hacer con el gasto socialmente rentable pero económicamente no atractivo? Las ideas trazadas en ese norte, permitieron el surgimiento de una nueva filosofía o marco de pensamiento para asociar las fórmulas públicas y privadas de financiamiento y colaboración empresarial para la inversión en

² Ramón Huapaya Tapia y Giuliana Vergaray D’arrigo. “Algunos apuntes en relación con la participación público-privada y su vinculación con el derecho administrativo y la inversión en infraestructura y servicios públicos” en: “Revista de Derecho Administrativo”. Número 3, Año 2007, pg. 116-117.

³ Ramón Huapaya Tapia y Giuliana Vergaray D’arrigo. “Algunos apuntes en relación con la participación público-privada y su vinculación con el derecho administrativo y la inversión en infraestructura y servicios públicos” en: “Revista de Derecho Administrativo”. Número 3, Año 2007, pg. 97-98.

infraestructura y servicios públicos, es decir, la PPP⁴. La misma idea sustenta tanto el desarrollo de las APPs como de las IPs cofinanciadas.

Por supuesto que los procedimientos para sacar adelante una APPs o IPs cofinanciadas son más largos y complejos porque involucran el procedimiento del Sistema Nacional de Inversión Pública, la evaluación de cofinanciamiento y el análisis costo beneficio cuando el proyecto supere las 100,000 UITs y requieran cofinanciamiento mayor al treinta por ciento. Como señalamos en el libro Aspectos teóricos y prácticos de las asociaciones público privadas en el Perú: “Dependiendo de la clasificación que se haya efectuado en la etapa de Diagnóstico, el proyecto pasará a la etapa de Diseño del Proyecto en caso se haya clasificado como APP autosostenible o deberá cumplir con el “Ciclo del Proyecto” previsto en el Sistema Nacional de Inversión Pública, así como observar el las normas del Sistema Nacional de Endeudamiento, antes de pasar a la etapa de Promoción, en el caso de las APP cofinanciadas”⁵. Asimismo, el proceso de promoción de la inversión privada es más complejo porque las evaluaciones del proyecto de contrato por parte de la Contraloría General de la República y el MEF abarcarán más aspectos, conforme al artículo 9° del Decreto Legislativo N° 1012 y el artículo 7 de su reglamento.

A decir de Ramón Huapaya, Sergio Bravo y Hjalmar Marangunich: “Ahora se vienen las iniciativas privadas cofinanciadas, o sea, aquellas que necesitan aportes del Estado en términos de garantía, garantías financieras o cofinanciamientos al usuario, pero para que esto madure, porque recién hoy empieza el procedimiento, empieza a aflorar este mecanismo, lo que necesitamos es mejorar los procesos pues igual vamos a seguir procesos de SNIP (que es cierto que son altamente engorrosos), vamos a seguir los procesos de demostrar a economía de que realmente es una concesión que no genera demasiados pasivos contingentes o firmes dentro del proceso, que significa que se va a medir en función de no comprometer las cuentas públicas. Todo eso es un procedimiento que a veces dura años ni siquiera es un procedimiento del que podemos decir en ocho o diez meses sacamos las cosas, pues son procesos mucho más largo que los que hay respecto a las iniciativas privadas auto sostenibles”⁶.

III. Avances y retrocesos en las iniciativas privadas cofinanciadas

En nuestro país, hemos transitado por etapas favorables y desfavorables para las APPs e IPs que incluyen cofinanciamiento del Estado. Como señala Cecilia O’Neill “El Estado está dando señales, da la sensación de que está reconsiderando algunos temas pero no de raíz, por ejemplo, el problema de cofinanciar por la vía de la iniciativa privada, no se ha solucionado y las soluciones que está dando son temporales, como poniendo parches por la crisis, pero no necesitamos llegar a eso para buscar soluciones estructurales que creo puedan implementarse”.⁷

⁴ Ramón Huapaya Tapia y Giuliana Vergaray D’arrigo. “Algunos apuntes en relación con la participación público-privada y su vinculación con el derecho administrativo y la inversión en infraestructura y servicios públicos” en: “Revista de Derecho Administrativo”. Número 3, Año 2007, pg. 99-100.

⁵ Milagros Maraví Sumar y VVAA. (2012). Aspectos teóricos y prácticos de las asociaciones público-privadas en el Perú. Lima, Ecb ediciones.

⁶ Ramón Huapaya, Sergio Bravo Orellana y Hjalmar Marangunich Rachumi. “Mesa Redonda : Inversión Privada vs. Regulación en Infraestructura. ¿Qué hace y qué no hace el Estado para atraer Capital Privado?” en: Derecho y Sociedad, N°36, Año 2011, pg. 180.

⁷ Mesa redonda con Jean Paul Chabaneix, Alberto Rebaza Torres y Cecilia O’Neill de la Fuente. “Las Asociaciones Público-Privadas y el financiamiento de proyectos en el Perú” en: “Ius et Veritas”. Edición N° 38, Año 2009, pg. 346.

Así, la posibilidad de APPs cofinanciadas está reconocida en Perú desde el Texto Unico 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 públicos, aprobado por el DS 059-96 PCM⁸ y en el caso de las iniciativas privadas en la Ley Marco de Inversión Descentralizada N° 28059.⁹

Luego se dictó el Decreto Legislativo N° 1012 con su Reglamento a través del D.S. 146-2008-EF. En el DL N° 1012 y su reglamento también se reconocen las APPs cofinanciadas¹⁰ pero se estableció que las iniciativas privadas sólo serían autosostenibles¹¹.

En el caso de las Asociaciones Público-Privadas cofinanciadas se precisó que son las requieren del financiamiento directo de parte de la inversión por el Estado o del

⁸ Decreto Supremo N° 059-96-PCM

Artículo 14.- La concesión podrá otorgarse bajo cualquiera de las siguientes modalidades:

a) A título oneroso, imponiendo al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado; b) A título gratuito; c) Cofinanciada por el Estado, con una entrega inicial durante la etapa de construcción o con entregas en la etapa de la explotación, reintegrables o no; o, d) Mixta, cuando concurren más de una de las modalidades antes señaladas.

⁹ Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada LEY N° 28059

“Artículo 7.- Iniciativas privadas en proyectos de inversión sobre recursos estatales

Los distintos niveles de gobierno promoverán la inversión privada en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones y competencias, por iniciativa privada, conforme a los siguientes mecanismos:

a. Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales: De presentarse uno o más interesados en la ejecución del proyecto de inversión objeto de la iniciativa privada dentro del plazo de treinta (30) días calendario contados a partir del día siguiente de la publicación de la iniciativa privada, el órgano competente deberá cursar una comunicación escrita al solicitante, poniendo en su conocimiento la existencia de terceros interesados en el proyecto y procederá a llevar adelante el correspondiente proceso de promoción de la inversión privada de acuerdo a los mecanismos y procedimientos contemplados en la legislación de la materia.”

En este caso, se reconocerán a favor de aquel que presentó la iniciativa privada, los gastos incurridos en la formulación previa de los estudios, siempre que no hubiese favorecido con la adjudicación correspondiente, con arreglo a los lineamientos generales de aplicación obligatoria que se establecerá en el reglamento de la presente Ley. b. Adjudicación o concesión directa: Procederá la adjudicación directa o el otorgamiento de la concesión directa, en caso no se haya presentado cuando menos un interesado en la ejecución del proyecto objeto de la iniciativa privada propuesta, dentro del plazo de treinta (30) días calendario contados a partir del día siguiente de la última publicación de la iniciativa privada. En dicho supuesto, el órgano competente, mediante un acuerdo de su órgano de más alto nivel, aprobará la propuesta de iniciativa privada y procederá la adjudicación o entrega en concesión directamente al solicitante, de la ejecución del proyecto de inversión propuesto, para lo cual se negociará y suscribirá el correspondiente Contrato.

Las iniciativas o propuestas privadas una vez presentadas pasarán a formar parte del Banco Regional de Proyectos a que se refiere el artículo 13 de la presente Ley. (*) (*) Artículo dejado sin efecto por la Segunda Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1012, publicado el 13 mayo 2008.

¹⁰ Decreto Legislativo N° 1012 Artículo 4.- Clasificación de Asociación Público-Privada Las Asociaciones Público - Privadas pueden clasificarse de la siguiente manera: a. Autosostenible: aquella que satisfaga las siguientes condiciones: i. Demanda mínima o nula garantía financiada por parte del Estado, conforme se establezca en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.

ii. Las garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos, conforme se establezca en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.

b. Cofinanciada: aquella que requiera del cofinanciamiento o del otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos.”

¹¹ “Artículo 14.- De la naturaleza de las iniciativas privadas

Las iniciativas privadas se realizan sobre proyectos de inversión en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, las mismas que no podrán demandar garantías financieras y se sujetarán a lo establecido por el acápite ii del literal a del artículo 4 del presente Decreto Legislativo.” Es decir que las garantías no financieras tendrán una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos.

otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos.

Durante los años siguientes se dictaron los Decretos de Urgencia: N° 047-2008 N° 010-2009, 001-2011 y 002-2011 para establecer procedimientos de excepción más simples que los del Decreto Legislativo 1012 a proyectos priorizados, lo que nos llevó a preguntarnos si no sería mejor que las excepciones se convirtieran en la regla¹². Asimismo, por Decreto Supremo 020-2009-EF y Decreto Supremo 040-2011-EF se dispuso la exoneración de la aplicación de la Metodología del Comparador Público-Privado prevista en el D L 1012. Con posterioridad, por Decreto Supremo 106-2011-EF y Decreto Supremo 226-2012 EF se modificó la denominación del comparador público privado por la de análisis costo beneficio y se revisó este concepto, quedando en “comparación del costo neto en valor presente y ajustado por riesgo para el sector público, de proveer un proyecto a través de una obra pública con el costo del mismo proyecto ejecutado a través de una Asociación Público Privada (APP)”; lo cual no incluye lamentablemente la comparación de la operación y mantenimiento por el sector público vis a vis las que realizaría el sector privado, que es a nuestro parecer el más importante aspecto de evaluación.

En el intermedio, se dictó la Ley N° 29771 que modificó el DL 1012, eliminando la limitación de que las IPs sean sólo autosostenibles; sin embargo, a falta de reglamento, éstas no se han desarrollado.

Visto lo anterior y la secuencia de *parches* hay que ser un experto para saber que procedimiento exactamente debe seguir una APP cofinanciada, dado que están vigentes tanto el régimen normativo vigente como el de excepción.

La política de parches continúa. Cuando se aprobó el 27 de julio de 2011 la Ley No. 29771, que eliminaba la limitación de IPS cofinanciadas, el MEF anunció que se dictaría un reglamento para IPs cofinanciadas y no se dio trámite a ninguna IP cofinanciada invocando esa falta de reglamentación.

IV. El “nuevo” reglamento de IPs cofinanciadas

Siguiendo la política parche, se incorporó una nonagésima sexta disposición complementaria final de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, N° 29951 que:

- Prioriza de manera excepcional y con carácter urgente, las iniciativas privadas cofinanciadas destinadas a cubrir el déficit de infraestructura y de servicios públicos.
- Estas IPs deberán ser presentadas ante PROINVERSION, el cual será responsable de su análisis y de la declaratoria de interés, en coordinación con la entidad o sector correspondiente.
- Esas IPs se podrán presentar sobre Proyectos de Inversión Pública (PIPs) viables y que aún no se encuentran en etapa de ejecución, siempre que PROINVERSION no se encuentre reformulándolos.
- Los gobiernos regionales y locales suscribirán los contratos y adendas con el

¹² Milagros Maraví Sumar. “Procesos de selección regulados en el Perú para el otorgamiento de concesiones” en: “Revista de Derecho Administrativo”. Número 7, Año 2008.

adjudicatario, según corresponda, con la intervención de los sectores intervinientes. La administración del referido contrato podrá ser delegada al sector interviniente.

- Asimismo, entiéndase que el literal b) del artículo 4 del Decreto Legislativo No. 1012 (APPs cofinanciadas), comprende a las IPs cofinanciadas. El procedimiento, requisitos y demás medidas complementarias serán adecuadas por Decreto Supremo.

Con alguna rapidez, el 23 de enero de 2013, por DECRETO SUPREMO N° 005-2013-EF se dictó el reglamento del segundo párrafo de la Nonagésima Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, que prioriza de manera excepcional y con carácter de urgente las iniciativas privadas cofinanciadas destinadas a cubrir el déficit de infraestructura y de servicios públicos.

Al inicio, parecía que se había dictado el esperado reglamento para tramitar las IPs cofinanciadas, pero no fue así. Este Decreto Supremo 005-2013, no es una reglamentación de la modificación introducida mediante la Ley No. 29771 al Decreto Legislativo No. 1012, sino que únicamente reglamenta la Nonagésima Disposición Complementaria Final de la Ley de Presupuesto para el Sector Público del Año 2013 la cual prioriza las iniciativas privadas cofinanciadas destinadas a cubrir el déficit en infraestructura y servicios públicos. El reglamento de las IPs cofinanciadas será el que se dicte respecto del penúltimo párrafo de esa misma disposición; la cual precisa que el literal b) del artículo 4 del Decreto Legislativo No. 1012, comprende a las IPs cofinanciadas; es decir, las IPs cofinanciadas son APPs cofinanciadas. El procedimiento, requisitos y demás medidas complementarias serán adecuadas por Decreto Supremo, refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas, dejándose en suspenso las normas que se opongan a esa disposición. Es decir que habrá otro reglamento de IPs cofinanciadas para adecuar las normas sobre APPs cofinanciadas a los supuesto de IPs. Según versiones del MEF estaría publicado antes de la mitad del presente año. A nuestro entender, dicho reglamento no sería necesario, dado que las APPs cofinanciadas ya tienen una regulación completa.

Este DS N° 005-2013 reglamenta sólo las IPs cofinanciadas destinadas a cubrir el déficit de infraestructura y de servicios públicos, conjuntamente. Esto implica una priorización de las IPs respecto de infraestructura para servicios públicos. En efecto, el espectro de las IPs es mucho más amplio e incluye, conforme al DL 1012 (art 14) y antes la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, además de infraestructura pública o servicios públicos, proyectos de inversión en activos, empresas, proyectos, y servicios del Estado.

¿Qué efecto tiene que sólo se haya reglamentado la presentación de IPs cofinanciadas respecto de infraestructura y de servicios públicos? Al disponer el artículo 3° del DS N° 005-2013 que se trata de las IPs cofinanciadas sobre las que el Sector, Gobierno Regional o Gobierno Local y PROINVERSIÓN i) manifiesten su relevancia y prioridad; y ii) estarán destinadas únicamente a cubrir el déficit de infraestructura y de servicios públicos *conjuntamente*; se limitan a IPs cofinanciadas sobre infraestructura pública para servicios públicos, excluyendo, por ejemplo, la infraestructura turística, la infraestructura de tratamiento y procesamiento de desechos, la infraestructura urbana y de recreación, la infraestructura penitenciaria, de educación, entre otras y la prestación de servicios vinculados a la infraestructura antes referida. Las IPs del ámbito de este DS N° 005-2013 pueden comprender entonces la infraestructura de transporte en general, incluyendo redes viales, aeropuertos, puertos y similares, las obras de servicios públicos, como las de telecomunicaciones, de energía y alumbrado, de agua y saneamiento, de salud, etc.

Es conveniente tener presente que una IP cofinanciada es aquella que requiere del financiamiento directo por parte del Estado (además del financiamiento privado) o del otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos¹³. Se considera que hay cofinanciamiento cuando las garantías superan el 5% del Costo Total de Inversión, el que no incluye los costos de operación y mantenimiento o existe la probabilidad del uso de recursos públicos que sea mayor al 10%, para cada uno de los primeros 5 años de ejecución del proyecto. Asimismo, el stock acumulado por los compromisos firmes y contingentes cuantificables, netos de ingresos, asumidos por el Sector Público No Financiero en los contratos de APP (e IPs) calculado a valor presente, no podrá exceder de 7% del Producto Bruto Interno.

Como señala De los Heros, “Conforme con el artículo 11.1 de la Ley Marco de APPs, los compromisos firmes son las obligaciones a cargo del Estado de pagar al privado una contraprestación por la realización de actos previstos en el contrato de APPs, destinados a la ejecución de proyectos de infraestructura y/o servicios públicos que cumplan con los parámetros asociados a la inversión y con los niveles de servicio por parte del privado establecidos en el contrato. Así, la norma considera como compromisos firmes el pago de:

- (i) Cuotas periódicas que tiene como finalidad retribuir la inversión en que incurre el privado, lo que incluye a los certificados que acreditan el pago de esta cuota periódica de manera, directa, general, incondicional e irrevocable del Estado.
- (ii) Cuotas periódicas que tienen como finalidad retribuir la actividad de explotación y conservación en que incurre el inversionista privado para la prestación del servicio.”

Como ejemplo tenemos los PAOs (que retribuyen inversión en obras) o PAMOs (que reconocen pago por operación o mantenimiento) o figuras similares.

En cambio, los compromisos contingentes son garantías del Estado derivadas de los procesos de promoción de la inversión privada y concesiones.

Son financieras, conforme al artículo 10° del DL N° 1012 las que respaldan obligaciones del privado derivadas de préstamos o bonos emitidos para financiar proyectos de APPs o para respaldar obligaciones de pago del mismo Estado. Las mismas, están reguladas en el artículo 54° de la Ley 28563, Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento.¹⁴

¹³ Decreto Legislativo N° 1012:

Artículo 4.- Clasificación de Asociación Público-Privada

Las Asociaciones Público - Privadas pueden clasificarse de la siguiente manera:

b. Cofinanciada: aquella que requiera del cofinanciamiento o del otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos.

Decreto Supremo N° 146-2008-EF. Reglamento del Decreto Legislativo 1012:

Artículo 4°.- Límites de garantías para la clasificación de Asociaciones Público Privadas.

Para efectos de lo señalado en el Artículo 4 de la Ley:

4.3 De excederse los límites indicados en los numerales 4.1 y 4.2 del presente Reglamento se considerará que las garantías tiene probabilidad significativa de demandar recursos públicos.

¹⁴ Ley N° 28563

Artículo 54.- Pasivos generados en el Proceso de Promoción de la Inversión Privada y Concesiones

54.1 El Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección Nacional del Endeudamiento Público, está autorizado para otorgar garantías o a su contratación con entidades financieras nacionales o internacionales, a fin de atender requerimientos derivados de los procesos de promoción de la inversión privada y concesiones.

Finalmente, están las garantías no financieras tales como las garantías de demanda mínima u otras otorgadas conforme a la ley.¹⁵ Asimismo, se denominan garantías a las otorgadas por los convenios de estabilidad jurídica o tributaria de los Decretos Legislativos N°s.662 y 757 o el Régimen de Recuperación Anticipada del Impuesto General del DL 839.

Si bien el DS 005-2013 limita las IPs a infraestructura y servicios públicos *conjuntamente*, al establecer los requisitos de presentación indica: 4.2.c.(i) Nombre y tipo del proyecto, con indicación de *la obra de infraestructura pública y/o de servicios públicos del Estado* sobre el cual se desarrollará el proyecto, así como referencias sobre la entidad titular de los bienes sobre los que recae el proyecto o la situación legal de los mismos.

Sería muy conveniente que no se limite las IPs a infraestructura para servicios públicos, sino a infraestructura pública y servicios públicos, como ha sido siempre entendida esa *y* (disyuntivamente); máxime cuando esa limitación no proviene de la Ley de Presupuesto, sino sólo del DS 005-2013.

El DS 005-2013 ha introducido también otra limitación: señala que las IPs cofinanciadas tendrán por modalidad contractual la concesión, descartando así otras figuras de APPs, tales como la asociación en participación, contratos de gerencia, contratos de riesgo compartido, contratos de especialización, joint ventures, etc.

54.2 El otorgamiento y la contratación de garantías pueden ser realizados a efectos de respaldar las obligaciones del concesionario derivadas de préstamos o bonos emitidos para financiar los proyectos contemplados en el respectivo contrato de concesión. La contratación de dichas garantías sólo podrá realizarse con organismos multilaterales de crédito. Adicionalmente, el otorgamiento de garantías puede ser realizado a efectos de respaldar obligaciones de pago a cargo del concedente, cuando este último sea un gobierno regional o gobierno local."

54.3 Las líneas de garantía que constituyen acuerdos marco para la aplicación de garantías individuales, serán aprobadas mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.

54.4 El otorgamiento o la contratación de las referidas garantías se efectúa a pedido de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN.

54.5 Estas operaciones se deberán sujetar a los límites que para tal fin autoricen las Leyes de Endeudamiento del Sector Público que se aprueban anualmente y serán aprobadas por decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.

54.6 La contratación de las referidas garantías se efectuará por el Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección Nacional del Endeudamiento Público, de acuerdo con los procedimientos que se establezcan mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Sólo en caso de vacío o deficiencia de los mencionados procedimientos, se aplicará supletoriamente lo establecido en las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado.

54.7 Asimismo, las bases para la subasta de un proyecto o programa que será materia de concesión y que contará con las referidas garantías, previamente a su aprobación, requieren la opinión favorable de la Dirección Nacional del Endeudamiento Público sobre la estructura de financiamiento.

¹⁵ Decreto Supremo 146-2008-EF. Reglamento del D.L. 1012.

Artículo 4°.- Límites de garantías para las clasificaciones de Asociaciones Público Privadas

Para efectos de lo señalado en el Artículo 4 de la Ley:

4.1 Se considerará que las garantías a que se refiere el numeral i, literal a del artículo 4° de la Ley, son mínimas si no superan el 5% del Costo Total de Inversión, el que no incluye los costos de operación y mantenimiento. La metodología para los cálculos requeridos será publicada por Resolución Ministerial del Ministerio de Economía y Finanzas;

4.2 Se considerará garantías no financieras con probabilidad mínima o nula cuando la probabilidad del uso de recursos públicos no sea mayor al 10%, para cada uno de los primeros 5 años de ejecución del proyecto. La metodología para los cálculos requeridos será publicada por Resolución Ministerial del Ministerio de Economía y Finanzas.

4.3 De excederse los límites indicados en los numerales 4.1 y 4.2 del presente Reglamento se considerará que las garantías tienen probabilidad significativa de demandar recursos públicos.

También ha precisado el DS 005-2013 que se trata de IPs que tengan un monto de inversión total superior a 15, 000 UIT (+ de 55 millones y medio de soles) y plazos contractuales mayores a cinco (05) años. Esta disposición sería restrictiva de IPs que pudieran desarrollar servicios públicos básicos en zonas pequeñas o alejadas, lo cual podría salvarse con APPs presentadas respecto de mancomunidades municipales y, asimismo, porque el DS 005-2013 permite unir varios PIPs.

A diferencia del esquema general de las IPs en que es competente PROINVERSIÓN en el nivel nacional y cada entidad regional y local, la noagésima sexta disposición complementaria final de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 establece competencia exclusiva de PROINVERSIÓN. Esto es bastante limitante ya que las oportunidades y necesidades de presentar IPs respecto de proyectos de inversión existen a lo largo de todo el país; sin embargo, sólo podrían presentarse ante PROINVERSIÓN, que ya tiene grandes problemas de coordinación para llevar adelante los procesos a su cargo, al no ser el titular de los mismos sino sólo el promotor.

Por ser IPs respecto de proyectos cofinanciados, éstos pasan por el Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP). Sin embargo, de acuerdo al DS 005-2013, pueden ser aquellos i) ya declarados viables en el SNIP u ii) otros que se preparen y que también pasarán por el SNIP. Si bien la noagésima sexta disposición complementaria final indica que “Las IPs se podrán presentar sobre Proyectos de Inversión Pública viables y que aun no se encuentran en etapa de ejecución, siempre que PROINVERSIÓN no se encuentre reformulándolos”; y, asimismo, *el DS 005-2013 señala que “El proponente solo podrá utilizar los proyectos registrados en el Banco de Proyectos, cuando dichos PIP se encuentren declarados viables y siempre que la entidad pública competente no haya realizado las acciones correspondientes para iniciar la ejecución del Proyecto; el mismo DS 005-2013 señala que confirmada por la entidad la prioridad (8.2) PROINVERSIÓN comunicará al proponente para que presente el estudio de preinversión correspondiente, el cual será evaluado para su declaración de viabilidad. Lo anterior indica que puede tratarse de un proyecto del Banco de Proyectos del SNIP o también de uno recién formulado que pasará por el SNIP para su declaración de viabilidad. Una vez declarada la viabilidad del proyecto, PROINVERSIÓN realizará el Análisis Costo Beneficio (según el Decreto Supremo N° 226-2012-EF).*

Si bien no se incluye en el artículo 4° del DS N° 005-2013 el presentar el perfil del proyecto, cuando se trate de uno que no sea del Banco de Proyectos, éste se constituye en un requisito de presentación y así debería haberse consignado.

Una vez que PROINVERSIÓN lo declara admisible y la entidad lo declara prioritario, se presentará el estudio de Factibilidad, porque por el monto mínimo de los proyectos establecido en el DS 005-2013 el estudio de PROINVERSIÓN será a nivel de factibilidad.¹⁶

¹⁶ Resolución Directoral N° 002-2009-EF/68.01 Aprueba Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública.

Artículo 21.- Niveles mínimos de estudios.

Para la declaración de viabilidad de un PIP por la OPI, éste deberá contar, como mínimo, con el nivel de estudios siguiente:

21.3 PREFACTIBILIDAD: Para los PIP cuyos montos de inversión, a precios de mercado, sean mayores a S/. 6'000,000.00 (Seis Millones y 00/100 Nuevos Soles) y hasta S/. 10'000,000.00 (Diez Millones y 00/100 Nuevos Soles).

21.4 FACTIBILIDAD: Para los PIP cuyos montos de inversión, a precios de mercado, sean mayores a S/. 10'000,000.00 (Diez Millones y 00/100 Nuevos Soles).

De acuerdo al artículo 8.2 del DS 005-2013, confirmada la relevancia y prioridad de la IP cofinanciada, previo requerimiento de Proinversión, el proponente deberá presentar el Estudio de Preinversión que corresponda, de acuerdo a los contenidos mínimos específicos vigentes o que se establezcan según las disposiciones del SNIP, en un plazo máximo de diez (10) días hábiles. Este plazo tan breve nos indica que al presentar la IP tenga que tener el estudio de factibilidad previamente listo.

Al formular el privado PIPs y estos ingresar al SNIP, todos los estudios estarán publicados. Uno de los incentivos que tienen los proponentes de acuerdo a la legislación vigente es la reserva de los procesos. De acuerdo al artículo 15° del DL N° 1012 y 17.6° de su reglamento, luego de declarado el interés se publica información del proyecto pero no la totalidad del mismo, lo cual dificulta la presentación de terceros interesados. Ahora, al ser público la integridad del PIP y su estudio de factibilidad, será mucho más fácil que existan terceros interesados y, por consiguiente, un concurso. Esto puede ser un desincentivo para los proponentes.

Además de los requisitos para las IPs ya establecidos en la legislación vigente se requiere: (vi) El Costo Total de Inversión estimado y la estimación del cofinanciamiento del Estado; si el cofinanciamiento incluye los costos de operación y mantenimiento, se deberá presentar un monto estimado para dichos costos. Asimismo, d) El sustento de la importancia y consistencia del proyecto con los Planes de Desarrollo correspondientes, así como su contribución en la reducción de brechas en infraestructura y servicios públicos. Esto para la declaración de prioritario por parte de la entidad.

No se exige en cambio ni Evaluación preliminar del impacto ambiental y de ser el caso plan de mitigación social y ambiental ni Ingeniería preliminar del proyecto, en el que de acuerdo a las características del mismo, se incluya la información técnica necesaria, referida a la iniciativa privada presentada.

Un aspecto negativo de este DS N° 005 2013 es que si las entidades a las que les toca declarar prioritario el proyecto y decidir respecto de su declaratoria de interés no se pronuncian en el plazo establecido, se presume la denegatoria. Esto quiere decir que no es que opere el silencio administrativo negativo (que permite que el proponente presuma la denegatoria o espere) sino que se produce un acto ficto, pero negativo.

Así, (artículo 8°) admitida a trámite la IP cofinanciada, PROINVERSIÓN remite toda la información concerniente a ésta al Sector del Gobierno Nacional, Gobierno Regional o Gobierno Local correspondiente, quienes deberán emitir opinión sobre la relevancia y consistencia de la IP remitida con las prioridades nacionales, regionales o locales, según corresponda, en un plazo de veinte (20) días hábiles contados a partir del día siguiente del requerimiento con la información completa. De no emitirse opinión en el plazo indicado, se entenderá que la opinión es no favorable.

Una vez declarado viable el proyecto, PROINVERSIÓN solicita opinión favorable al Ministerio de Economía y Finanzas sobre el análisis costo beneficio del proyecto, quien deberá emitirla en un plazo improrrogable de veinte (20) días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación del requerimiento. Respecto de las IP cofinanciadas que se financien con tarifas de servicio público, PROINVERSIÓN solicita opinión favorable al Organismo Regulador correspondiente quien deberá emitirla en un plazo improrrogable de veinte (20) días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación del

requerimiento. En caso el MEF no emita opinión sobre el análisis costo beneficio de la IP, ésta se entenderá como no favorable. En cambio, en caso el Organismo Regulador no emita su opinión en el referido plazo, ésta se entenderá favorable.

Conforme al Artículo 13° del DS N° 005-2013 el reembolso de gastos al proponente de la iniciativa privada cofinanciada priorizada procederá siempre que se haya declarado de interés y que los gastos correspondientes hubieran sido debidamente sustentados por el proponente y aprobados por PROINVERSIÓN, y solo si la propuesta económica que presente el proponente en la Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales que se convoque es declarada válida. En el caso que se convoque a un proceso de selección, tales gastos serán asumidos por el postor adjudicatario de la Buena Pro. El reembolso no será procedente en el caso en que no se realice y/o concluya el proceso de selección por causa no imputable al Organismo Promotor de la Inversión Privada. Para el presente caso, el monto total de los gastos a reintegrar para iniciativas privadas cofinanciadas priorizadas no podrá exceder el 2% del monto total de inversión previsto.

Es un escenario muy factible que el proponente asuma los gastos de presentar una IP y las entidades no se pronuncien; en cuyo caso no habrá ni proyecto, ni reembolso. Si tampoco hay reembolso si no se realiza o concluye el proceso de selección por causa no imputable al organismo promotor (PROINVERSIÓN), tampoco hay iniciativa para invertir en la presentación de proyectos. Es predecible que la falta de convocatoria o cancelación de procesos no sea imputable a PROINVERSIÓN sino a los sectores o GR o GL.

Si hay interés en llevar adelante proyectos, debería incentivarse tanto la presentación como la actividad de evaluación de las entidades y esta norma no incentiva ni la presentación ni la actuación estatal. En todo caso, sólo resultaría atractivo presentar IPs respecto de PIPs ya viables en el SNIP.

En el marco de las IP cofinanciadas priorizadas, el concepto de *propuestas alternativas* es distinto al previsto en el Decreto Legislativo N° 1012, puesto que, según lo establecido en el artículo 2° del Decreto Supremo N° 005-2013, se entiende por propuestas alternativas a aquellas que, estando orientadas al mismo objetivo, implican distintas alternativas de solución o distintas alternativas técnicas; mientras que en el marco del Decreto Legislativo N° 1012, se consideran propuestas alternativas aquellas que están destinadas a un objetivo diferente. Como en el SNIP ya se han considerado distintas alternativas con el mismo objetivo, no deberían admitirse como tales a las que ya están previstas en el SNIP, sino sólo a alternativas distintas a éstas.

Al respecto, es difícil que se presenten propuestas alternativas si se dispone que el reembolso de los gastos será a favor del proponente de la iniciativa original.

V. Conclusiones

- El DS N° 005-2013, como reglamento de la nonagésima sexta disposición complementaria final de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, regula las IPs cofinanciadas respecto de infraestructura pública y servicios públicos conjuntamente.

- Sin embargo, debería primar lo establecido en la noagésima sexta disposición complementaria final de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 que, a diferencia del reglamento admite IPs respecto de proyectos de infraestructura pública, infraestructura pública para servicios públicos y de servicios públicos, sin necesidad de que se trate de infraestructura y servicios conjuntamente.
- Debería precisarse en el DS N° 005-2013 que la presentación del perfil del PIP es un requisito de admisibilidad de la IP cofinanciada. Asimismo, exonerarse de la aplicación del análisis costo beneficio, que no considera las ventajas de la evaluación de la operación y mantenimiento por el sector privado.
- Es preciso establecer plazos para pronunciamiento de todas las entidades y no presumirse la denegatoria; lo cual es un incentivo al silencio burocrático, máxime cuando ningún funcionario incurre en responsabilidad por no pronunciarse respecto de proyectos.
- La competencia de la tramitación de las IPs cofinanciadas debería ser de cada Gobierno Regional o Local y sólo en el caso de IPs nacionales de PROINVERSIÓN, lo cual implicaría una modificación de la noagésima sexta disposición complementaria final de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013.
- El DS N° 005-2013 no propicia la presentación de IPs cofinanciadas, principalmente porque i) no mantiene la confidencialidad de las IPs presentadas al hacerlas públicas en su tramitación en el SNIP; ii) no asegura respuesta del Estado y eso limita la posibilidad de llevar adelante un proyecto u obtener reembolso; iii) no exonera de la aplicación de una imperfecta metodología de análisis costo beneficio.
- Se dictaría un Reglamento de las IPs cofinanciadas en general, previsto en la misma noagésima sexta disposición complementaria final de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 (penúltimo párrafo); sin embargo, consideramos que habiendo precisado esa norma que las IPs cofinanciadas son APPs cofinanciadas se puede aplicar la legislación ya vigente para éstas y no se requiere reglamentación adicional.
- Si bien la Ley N° 29771 modificó el DL N° 1012 para permitir las IPs cofinanciadas, no se ha modificado el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 cuyo texto contiene disposiciones que contradicen la Ley N° 29771. Sin embargo, debe considerarse que las disposiciones del reglamento del DL N° 1012 que contradigan la Ley N° 29771 han sido derogadas por esta.

Recibido: 15/03/2013
Aprobado: 30/04/2013