

Iniciativas Privadas y Proyectos de Inversión¹

Javier Mori Cockburn²

Fomentar la iniciativa privada es una idea que probablemente muy pocas personas cuestionarían hoy en día. Los beneficios en términos de desarrollo económico, incremento de la productividad, generación de puestos de trabajo, mayores ingresos para el Estado por vía de recaudación tributaria y, en general, el bienestar social que se derivan de una activa presencia del sector privado en las actividades económicas, lo convierten en un objetivo de prácticamente cualquier Gobierno, es decir, se ha convertido en una política de Estado.

No obstante las contradicciones y tropiezos en la implementación de tal política en nuestro país, creo no equivocarme al afirmar que en la evaluación general de los últimos veinte años, el Estado ha buscado propiciar e incentivar la inversión privada en diversos sectores de la economía.

La finalidad del presente artículo es exponer y evaluar diversos aspectos vinculados con el marco normativo que regula las denominadas “**iniciativas privadas**” e identificar elementos que pudieran no ser consistentes con la política de fomento antes mencionada.

1. Iniciativa privada e iniciativas privadas

Hablar de iniciativa privada nos lleva, en primer lugar, al texto de la Constitución Política, siendo quizás la referencia más directa el reconocimiento de la libertad en el ejercicio de la iniciativa privada, en el marco de una economía social de mercado.³ Dicha referencia constitucional ha sido objeto de definición por vía legal y jurisprudencial en los siguientes términos:

*“se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las Leyes”.*⁴

“Otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la libre iniciativa privada... [del que se deriva] que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía

¹ A María Paz, por su amor, apoyo y compañía en los últimos cinco años.

² Abogado. Master en Derecho por la Universidad de Texas (Austin).

³ El artículo 58° de la Constitución Política.

⁴ El artículo 3° del Decreto Legislativo N° 757.

plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia materiales.”⁵

En términos generales la iniciativa privada implica la actuación de los particulares en el ámbito económico por decisión propia. Sin perjuicio de ello, en los últimos años se ha empezado a utilizar este término para hacer referencia a propuestas concretas canalizadas a través de procedimientos específicos a través de los cuales dichas propuestas son evaluadas y su ejecución decidida por el Estado.

De esta manera, y a diferencia del concepto general y abstracto mencionado, el término iniciativa privada identifica también acciones concretas, no siendo extraño escuchar su utilización en plural. Son precisamente las **“iniciativas privadas”** y el régimen normativo que las regula lo que es objeto del presente artículo.

2. Descripción del mecanismo y su tramitación

La iniciativa privada constituye un mecanismo de promoción de la inversión privada cuya configuración normativa actual está recogida principalmente por la Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de

la Inversión Descentralizada (en adelante, la Ley),⁶ y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 015-2004-PCM (en adelante, el Reglamento).⁷

Antes de describir los principales aspectos de dicho marco normativo, lo primero que cualquiera podría preguntar es en realidad por qué se necesita regulación estatal en esta materia -esencialmente un procedimiento y con éste la decisión del Estado- si lo que está involucrado en esencia es el desarrollo de proyectos de inversión ejecutados por privados.

Las iniciativas privadas constituyen el mecanismo legalmente previsto para permitir que los particulares puedan proponer a cualquiera de los tres niveles de gobierno (nacional, regional o municipal) proyectos de inversión siempre que involucren algún tipo de recurso, bien o servicio estatal o público. Es esa la razón por la cual los proyectos sobre los que recaen deben ser evaluados por el Estado y no ser implementados directamente por los particulares.

En la línea de lo mencionado, es posible proponer a través de este mecanismo proyectos de inversión relacionados, por ejemplo, con la prestación de servicios públicos (telecomunicaciones, electricidad, saneamiento, limpieza pública, entre otros), o aquellos que deban ser implementados en

⁵ Fundamento N° 17 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de noviembre de 2003 recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC.

⁶ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13 de agosto de 2003.

⁷ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 29 de febrero de 2004.

⁸ Según lo establecido por el artículo 14° del Reglamento, tales requisitos son los siguientes:

- a) Nombre o razón social del solicitante.
- b) Modalidad de participación de la inversión privada.
- c) Descripción del proyecto, incluyendo:
 - (i) Nombre y tipo del proyecto, con indicación del activo, empresa, servicio, obra pública de infraestructura y de servicios públicos del Estado sobre el cual se desarrollará el proyecto, así como referencias sobre el ente o nivel de gobierno titular de éstos.
 - (ii) Objetivos.
 - (iii) Beneficios concretos que la ejecución del proyecto reportará para la localidad donde sea ejecutado.
 - (iv) Ingeniería preliminar del proyecto.
 - (v) Razones por las cuales se escoge el proyecto entre otras alternativas.
- d) Ámbito de influencia del Proyecto.
- e) Evaluación económica y financiera del proyecto, considerando el valor estimado de la inversión, la demanda estimada, los costos estimados, el plan de financiamiento y otros elementos que faciliten su análisis.

terrenos de propiedad estatal o que involucren la utilización de bienes públicos, como puede ser el caso de proyectos inmobiliarios, de regadío, agrícolas, entre otros, que se pretenda ejecutar sobre o en relación con bienes de tal naturaleza.

2.1. Requisitos para la presentación de una iniciativa privada

Los requisitos generales que debe contener el documento en el que se presente la iniciativa privada⁸ están relacionados con la identificación del solicitante y la descripción del proyecto de inversión que se propone.

Sin embargo, algunos de ellos, como es el caso de los beneficios que se generarían por la ejecución del proyecto o las razones para escogerlo entre otras alternativas, están orientados específicamente a demostrar y convencer al Estado sobre la conveniencia de su ejecución.

Asimismo, el requisito vinculado a la descripción sustentada de los gastos incurridos en la elaboración de la iniciativa privada está relacionado con el único derecho que el marco normativo reconoce al proponente de la iniciativa privada y que consiste en la posibilidad de reembolso de éstos.

Existe también un requisito (declaración jurada) relacionado con la naturaleza cofinanciada o autosostenible de la concesión a través de la cual se ejecutaría el proyecto de inversión. De este requisito dependerá, a su vez, la exigencia de un requisito adicional aplicable para el caso de concesiones cofinanciadas: la presentación de un estudio tentativo del perfil del proyecto elaborado de acuerdo con los parámetros y metodologías del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP). Sin embargo, las concesiones cofinanciadas no

suponen únicamente un requisito adicional, sino procedimientos y mecanismos de evaluación relacionados precisamente con las normas del SNIP, es decir, orientados a evaluar y aprobar la utilización de recursos públicos para la ejecución del proyecto.

Se ha previsto también un requisito particular para aquellos proyectos de inversión que involucren servicios públicos. En este supuesto es necesario que el proponente identifique, por vía también de una declaración jurada, la fuente de financiamiento del proyecto, es decir, si la remuneración por inversiones y costos de operación y mantenimiento provendrá de tarifas (pagadas por los usuarios del servicio) o supone aportes del Estado.

Incluso si el proyecto es financiado por medio de tarifas, deberá precisarse si el nivel actual de éstas es suficiente o si se requerirá un incremento tarifario. Este último supuesto agrega un elemento adicional importante como es el hecho que la autoridad competente (el Organismo Regulador correspondiente, en los casos en que éste exista) deba aprobar tal incremento tarifario. En estos casos, no es necesaria la aprobación previa de dicho incremento tarifario para continuar con el procedimiento de evaluación de la iniciativa privada y adjudicarla. No obstante, se ha previsto un plazo de hasta 180 días hábiles a partir de tal adjudicación para que el referido incremento tarifario sea aprobado, de lo contrario, la adjudicación quedará sin efecto.

Finalmente, cuando se establece como requisito la definición de la modalidad de participación de la inversión privada se está haciendo referencia a diferentes mecanismos a través de los cuales se ejecutará la iniciativa privada. Así, la Ley señala con carácter meramente enunciativo a la venta de activos, la asociación en

participación, el contrato de gerencia, el contrato de riesgo compartido (*joint venture*), la especialización de servicios *outsourcing* entre otros. La Ley admite la propuesta de cualquier fórmula en tanto no exista una restricción o prohibición legal que impida su implementación.

2.2 Entidades competentes para evaluar las iniciativas privadas

La entidad competente para evaluar una iniciativa privada depende, en primer término, de la competencia del nivel de gobierno –nacional, regional o local- según el proyecto de inversión propuesto. El artículo 5° del Reglamento ha establecido una serie de criterios para definir el nivel de gobierno competente, los cuales son aplicados en el orden sucesivo y excluyente en el que se presentan a continuación.

El primero de los criterios, como no podía ser de otra manera, es de orden estrictamente legal y está dado por el análisis de las competencias atribuidas a los niveles de gobierno según la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización y otras normas con rango de ley.

El resto de criterios toma en cuenta elementos de hecho como la capacidad de gestión del nivel de gobierno correspondiente para implementar el proyecto. El tercer criterio está dado por el ámbito de influencia del proyecto, el cual es definido en función de los beneficios que genere en la población. Finalmente, el último de los criterios está determinado por el territorio en el cual se ejecutará el proyecto de inversión.

La normativa identifica a la entidad competente para evaluar las iniciativas privadas como el Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP). En el caso del Gobierno Nacional, el OPIP es

PROINVERSIÓN, mientras que en los niveles regional y local el OPIP es el propio Gobierno Regional o Local quienes puede actuar directamente –a través del Consejo Regional o el Concejo Municipal respectivo- o designar a una gerencia u órgano de línea como conductor del proceso de evaluación de la iniciativa privada.

Al margen de la definición del nivel de gobierno y del conductor del procedimiento, se produce la participación de otras entidades o instancias públicas en el análisis de la iniciativa privada.

En el caso del Gobierno Nacional se requiere la participación del o de los Sectores involucrados según el proyecto de inversión propuesto. Asimismo, en caso que el proyecto involucre servicios públicos, como es el caso de telecomunicaciones, electricidad, saneamiento o infraestructura de transporte, se requerirá la opinión del Organismo Regulador correspondiente (OSIPTEL, OSINERGMIN, SUNASS u OSITRAN). En el caso de los niveles regional o local, la evaluación se realiza con la opinión de los órganos de línea o gerencias involucradas según el proyecto de inversión planteado.

Sin perjuicio de lo mencionado, la normativa faculta expresamente la posibilidad de solicitar opinión a otras entidades públicas, como podría ser el caso de empresas públicas, organismos públicos descentralizados u otros que pudieran tener alguna vinculación con el proyecto de inversión.

Una diferencia importante que cabe mencionar es que solamente se ha previsto que sean vinculantes las opiniones de los Sectores para el caso del Gobierno Nacional. Ello quiere decir, por lo tanto, que el resto de opiniones en los tres niveles de gobierno tendrán carácter meramente consultivo.

Cabría preguntarse por qué tal diferencia, es decir, cuál es la razón por la que la opinión de un Regulador no resulta vinculante para PROINVERSIÓN y sí la del Ministerio correspondiente. Ello, estaría motivado en el hecho que la decisión de aprobación o, más propiamente, la declaración de interés respecto de la iniciativa privada es un acto que traduce la voluntad del Estado, un acto en el que se evalúa la conveniencia política de la ejecución del proyecto, y no involucra solamente opinión técnica.

Finalmente, vale la pena mencionar el rol establecido por la normativa al denominado Comité de Promoción de la Inversión Privada (CEPRI). En este punto notamos una clara discordancia entre la normativa de ámbito nacional y algunas directivas que han sido aprobadas en el nivel regional.

La Ley y el Reglamento⁹ establecen que los CEPRI son órganos administrativos de naturaleza temporal encargados de los procedimientos de promoción de la inversión privada para “la implementación de las modalidades de la inversión privada”. El marco normativo es claro también al diferenciar entre el OPIP –instancia de carácter permanente- y el CEPRI, al punto de señalar que este último es creado por aquél.

En consecuencia, el OPIP está a cargo de tramitar y evaluar las iniciativas privadas, mientras que los CEPRI se encargan de los procedimientos de selección (licitaciones o concursos) para la definición

del postor adjudicatario de la modalidad definida para la ejecución del proyecto correspondiente. Tales procedimientos, en el marco de las iniciativas privadas, como veremos más adelante, solamente se llevarán a cabo si existen terceros interesados en ejecutar el proyecto propuesto por el autor de la iniciativa privada, luego que ésta hubiese sido aprobada (declarada de interés).

No obstante lo señalado, una simple lectura de las directivas recientemente aprobadas por el Gobierno Regional de La Libertad,¹⁰ del Callao¹¹ o de Ancash¹² confieren al CEPRI, en adición a la función previamente mencionada, el rol de tramitación y evaluación de la iniciativa privada. En otras palabras, se confunde indebidamente al OPIP y al CEPRI.

Distinto es el caso de la Municipalidad Metropolitana de Lima que aprobó la Ordenanza N° 867¹³ para regular, entre otros aspectos, la tramitación de las iniciativas privadas; en dicha norma se establece una clara diferencia entre el OPIP y el CEPRI, en concordancia con la normativa de nivel nacional.

2.3 Procedimiento para la aprobación de una Iniciativa Privada

La solicitud que contiene la iniciativa privada es considerada por el marco legal como una petición de gracia, es decir, una solicitud para la emisión de un acto (aprobación) sujeto a la discrecionalidad o a

⁹ El artículo 18° de la Ley, concordado con el inciso d) del artículo 4° y artículo 26° del Reglamento.

¹⁰ Directiva N° 001-2007-GR-LL, aprobada por Decreto Regional N° 001-2007-GR-LL/PRE publicado en el Diario Oficial El Peruano el 17 de febrero de 2007.

¹¹ Directiva N° 003-2007-GRC, aprobada por Decreto Regional N° 005 publicado en el Diario Oficial El Peruano el 17 de abril de 2007.

¹² Directiva N° 001-2007-REGION ANCASH/GGR, aprobada por Decreto Regional N° 0005-2007-GRA/PRE publicado en el Diario Oficial El Peruano el 26 de noviembre de 2007.

¹³ Norma que aprobó el Reglamento para la Promoción de la Inversión Privada en Lima Metropolitana, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 26 de noviembre de 2005.

la libre apreciación de la autoridad correspondiente. De lo mencionado se deriva que el titular de la iniciativa privada solamente tenga derecho a obtener el pronunciamiento respectivo sin posibilidad de impugnar tal decisión.

La iniciativa privada es presentada ante el OPIP, teniendo la información presentada carácter confidencial. Una vez admitida a trámite, se procede a dar publicidad restringida sobre ésta a través de la página web del OPIP. La información que se publica se limita a lo siguiente: nombre y tipo de proyecto, objetivos, beneficios y modalidad de promoción de la inversión privada.

Como parte del procedimiento de evaluación, el OPIP está facultado para proponer las modificaciones a la iniciativa privada que estime conveniente, no obstante lo cual tales modificaciones no obligan al proponente, quien podrá rechazarlas. Sin embargo, en caso que las modificaciones no sean aceptadas por el solicitante, la iniciativa privada será rechazada.

El plazo máximo para que se emita el pronunciamiento correspondiente es de 60 días hábiles a partir de su presentación. El OPIP podrá solicitar información complementaria al interesado, supuesto en el cual contará con 30 días hábiles para analizarla. En caso transcurra el plazo máximo sin que el OPIP haya emitido pronunciamiento, el solicitante podrá considerar que la iniciativa privada no es de interés (silencio administrativo negativo), aunque sin posibilidad de impugnación. Asimismo, se faculta al solicitante para que, en este supuesto, pueda presentarse una queja por defecto de tramitación con la finalidad de que, se haga efectiva la responsabilidad de los funcionarios por el retraso incurrido, además de que se emita el pronunciamiento expreso correspondiente.

El marco normativo ha establecido una serie de criterios que deben ser tomados en cuenta por el OPIP para evaluar las iniciativas privadas presentadas. Tales criterios son los siguientes:

(i) Si el proyecto se desarrolla sobre bienes públicos o parte de ellos.

(ii) La situación en que se encuentre el proceso de saneamiento de los bienes y/o activos del Estado involucrados en la ejecución del proyecto.

(iii) La posibilidad de que el proyecto afecte el medio ambiente, áreas naturales protegidas o el patrimonio cultural de la nación.

(iv) Si la implementación o ejecución del proyecto genera puestos de trabajo en el área de influencia y si se facilita la llegada de nueva inversión privada.

(v) Si la iniciativa privada contiene una propuesta innovadora en materia de ejecución y/o explotación de obras públicas de infraestructura y servicios públicos.

(vi) Si la iniciativa privada constituye en forma predominante un proyecto de ejecución futura.

(vii) Si el proyecto posibilita la integración económica regional, provincial o distritalmente.

(viii) Si el proyecto de inversión es económica y socialmente rentable.

(ix) La capacidad financiera y experiencia del titular para la ejecución de proyectos de envergadura similar.

Los criterios antes mencionados ponen en evidencia el ya mencionado carácter de “decisión política” de la declaración de interés sobre el proyecto

propuesto.

Por ello, quizás los criterios más importantes sean los relativos a la rentabilidad económica y social del proyecto y la capacidad financiera y la experiencia del titular para su ejecución. El primero de los mencionados (rentabilidad económica y social), por su amplitud, de alguna manera engloba los diversos aspectos involucrados en el análisis sobre la conveniencia política de desarrollar el proyecto.

El segundo criterio mencionado (capacidad y experiencia del proponente) podría parecer extraño teniendo en cuenta que se trata de la declaración de interés sobre el proyecto y aún no sobre quién lo ejecutará. Sin embargo, como se verá más adelante, cabe la posibilidad de que la iniciativa privada declarada de interés sea adjudicada directamente a su proponente, razón por la cual este criterio resulta fundamental en términos de asegurar una adecuada ejecución del proyecto en dicho supuesto.

Otro criterio interesante de decisión es el relativo a que la iniciativa privada constituya predominantemente un proyecto de ejecución futura. Este criterio está orientado a evaluar favorablemente aquellos proyectos cuya ejecución implique realizar inversiones nuevas (o predominantemente nuevas) y no solo, por ejemplo, el mejoramiento de la infraestructura existente; es lo que se conoce usualmente como *“greenfield investment”*.

Cabe señalar también que algunos de estos criterios son elementos que pueden servir para comparar proyectos de inversión. Ello está relacionado con la posibilidad, como se verá más adelante, que

terceros propongan proyectos (iniciativas privadas) que contengan proyectos alternativos al inicialmente presentado y que, por lo tanto, el OPIP deba elegir o dar preferencia a la ejecución de uno de ellos.

En relación con la decisión (aprobación o declaración de interés) sobre la iniciativa privada, ésta corresponde en el caso del Gobierno Nacional, formalmente, a PROINVERSIÓN. No obstante, ya hemos señalado que la opinión de los Sectores involucrados es vinculante, razón por la cual es la opinión de los Ministerios correspondientes las que son determinantes para que sea aprobada.

En el caso de los niveles regional o local, tal decisión corresponde específicamente al Consejo Regional o al Concejo Municipal respectivo, sin que las opiniones recibidas de parte de sus órganos de línea u otras entidades públicas sean vinculantes.

De ser aprobada, la declaratoria de interés y un resumen ejecutivo serán publicados en el Diario Oficial El Peruano y en otro diario de circulación nacional a costo del solicitante. También se realizará la publicación en la página *web* del OPIP.

Es a partir de este momento en el que las decisiones dejan de estar orientadas primordialmente al proyecto de inversión objeto de la iniciativa privada, para centrarse en la definición de quién procederá a ejecutarlo (su proponente o un tercero). Por ello, en el resumen ejecutivo deben incorporarse -además de algunos elementos relacionados con el proyecto de contrato y la inversión¹⁴- aspectos como los requisitos de precalificación de terceros interesados o el factor de competencia.

¹⁴ Los aspectos esenciales del proyecto de contrato, las garantías de fiel cumplimiento de las obligaciones contractuales, el monto referencial de la inversión, el cronograma tentativo del proceso de inversión, entre otros.

En caso de que a partir de tal publicación no se presenten terceros interesados en la ejecución del proyecto, o aquellos que se presenten no cumplan con los requisitos de precalificación establecidos en el resumen ejecutivo, el proyecto será adjudicado directamente al proponente. Al igual que en el caso de la declaratoria de interés, la adjudicación directa corresponde a PROINVERSIÓN, al Consejo Regional o al Concejo Municipal respectivo.

Luego de dicha adjudicación, deberá procederse a la negociación –y posterior suscripción– de la versión final del contrato, cuyos términos no podrán variar los elementos esenciales contenidos en el resumen ejecutivo antes mencionado.

2.4. Participación de terceros interesados

Durante el procedimiento de tramitación de la iniciativa privada pueden presentarse los siguientes supuestos: (i) que existan terceros interesados en llevar adelante el proyecto de inversión contenido en la iniciativa privada; (ii) que terceros presenten iniciativas privadas respecto del mismo proyecto de inversión; o, (iii) que terceros presenten iniciativas privadas con proyectos de inversión alternativos.

Se consideran proyectos alternativos aquellos que no se encuentran destinados al mismo objetivo y cuya ejecución resulta incompatible con el proyecto originalmente propuesto. Los proyectos con tecnologías diferentes pero que están orientados al mismo objetivo no se consideran alternativos.

2.4.1 Terceros interesados en ejecutar el proyecto objeto de la iniciativa privada

El Resumen Ejecutivo publicado tiene por finalidad que terceros interesados tomen conocimiento del proyecto y puedan

participar en el eventual proceso de selección dirigido a identificar quién lo ejecutará.

Para tal efecto, los terceros deberán manifestar su interés –en un plazo de 30 días calendario de efectuada la publicación–, así como la documentación que permita acreditarlos con suficiencia como potenciales postores para la ejecución del proyecto de inversión.

En caso de que se presenten terceros interesados, se convocará a un proceso de promoción de la inversión privada, pudiendo optar por una licitación pública especial o por un concurso de proyectos integrales.

En estos procesos, al titular de la iniciativa privada presentada no se le atribuye puntaje adicional o algún tipo de beneficio específico. El proponente de la iniciativa y los terceros interesados participan en igualdad de condiciones una vez que la entidad competente ha convocado al proceso correspondiente. La buena pro sobre el proyecto será adjudicada según los términos previstos en las bases del proceso al postor que presente la mejor oferta.

2.4.2 Terceros que presentan iniciativas privadas respecto del mismo proyecto de inversión

En este supuesto, la evaluación de las iniciativas privadas para su aprobación o declaración de interés seguirá el orden en que fueron presentadas. En tal sentido, la iniciativa privada del tercero será evaluada si es que la originalmente presentada no fuese aprobada.

En caso de que la iniciativa originalmente presentada fuera declarada de interés, se procederá a la publicación de tal declaratoria y del Resumen Ejecutivo antes mencionado. En tal sentido, el titular de la iniciativa privada podrá adjudicarse

directamente el proyecto en el supuesto de que no existan terceros interesados o, en caso contrario, se convocará al proceso de promoción correspondiente en los términos previamente señalados.

2.4.3 Terceros que presenten iniciativas privadas respecto de proyectos de inversión alternativos

En este supuesto, y sin perjuicio de que la iniciativa privada original haya sido declarada de interés, el OPIP deberá dar preferencia a una de las iniciativas presentadas. Para tal efecto se tomarán en cuenta los siguientes factores: (i) la cantidad de puestos de trabajo permanentes que se generarán con el proyecto; (ii) la generación neta de divisas; y/o, (iii) un mayor flujo de ingresos e inversión.

Una vez definida la preferencia sobre la iniciativa privada, se procederá a la evaluación y declaración de interés, y a realizar las publicaciones previamente mencionadas. En tal sentido, el titular de la iniciativa privada podrá adjudicarse directamente el proyecto en el supuesto de que no existan terceros interesados o, en caso contrario, se convocará al proceso de promoción correspondiente.

2.5. Reintegro de gastos

Los gastos en los que el proponente de la iniciativa privada ha incurrido para su elaboración son objeto de evaluación de la propia iniciativa privada. El OPIP, al aprobar la iniciativa privada, reconocerá aquellos gastos que se encuentren debidamente sustentados y sean razonables, los

cuales serán reintegrados de la manera en que se señala a continuación.

Si la buena pro es adjudicada a persona distinta del titular de la propuesta original, los gastos incurridos le serán reintegrados por el tercero adjudicatario antes de la fecha de la suscripción del contrato correspondiente. Dicho reintegro no procederá si el titular de la iniciativa privada no concurre en calidad de postor al proceso de selección.

Finalmente, el monto total de los gastos a reintegrar no podrá exceder al 1% del valor total de la obra y/o el valor referencial previsto para el procedimiento de selección en el caso de prestación de servicios públicos, salvo en el supuesto de proyectos cuyo valor referencial de inversión no supere un monto equivalente a 1120 UIT, en cuyo caso el límite no podrá ser mayor del 5% del valor total de la obra o del valor referencial para la prestación del servicio.

3. Un poco de historia

Luego de haber descrito el marco normativo e institucional de las iniciativas privadas, considero importante hacer referencia a algunos antecedentes legales del régimen actual y que muestran que se han producido importantes cambios en varios de los elementos previamente descritos.

La Ley y el Reglamento tienen como antecedente normativo aún vigente al artículo 40° del Decreto Supremo N° 059-96-PCM¹⁵ que aprobó el Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al

¹⁵ "Artículo 40.- Las personas jurídicas, nacionales o extranjeras, podrán presentar únicamente ante la PROMCEPRI, a manera de sugerencias, lineamientos generales de proyectos integrales que permitan a esa Comisión informarse sobre posibles obras públicas de infraestructura o de servicios públicos susceptibles de entregarse en concesión al sector privado, según lo dispuesto en el presente Texto Único Ordenado. Una vez analizadas tales sugerencias, y previa opinión favorable del Comité Especial respectivo, el cual introducirá las ampliaciones o modificaciones que juzgue convenientes, los indicados proyectos podrán eventualmente sujetarse a los procesos de promoción de la inversión privada en el marco del presente Texto Único Ordenado. La recepción, análisis, ampliaciones o modificaciones y decisiones que sobre tales sugerencias pueda adoptar la PROMCEPRI no establecen compromiso alguno de esa Comisión para con las personas que presentaron la sugerencia respectiva, en futuras convocatorias a Licitación o Concurso."

Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos.¹⁶

En dicha norma se caracteriza a las iniciativas privadas como simples **“sugerencias”**, aspecto que es consistente con el carácter de petición de gracia de la solicitud que fuera definido por la normativa posterior. Asimismo, la norma contiene la posibilidad de introducción de ampliaciones o modificaciones a la iniciativa privada, aspecto comentado previamente. De otra parte, la referencia a que las sugerencias **“no establecen compromisos”** en futuras licitaciones o concursos es coherente con el hecho de que la participación del proponente sería en igualdad de condiciones respecto del resto de postores.

Quizás los únicos aspectos en los que dicha norma es distinta de lo establecido por la Ley y el Reglamento, sean, de una parte, el hecho de que las iniciativas privadas se regularon únicamente en relación con una modalidad de promoción de la inversión: la concesión. De otra parte, no se contemplaba el derecho del proponente al reembolso de los gastos en que hubiese incurrido.

El artículo 40° del referido texto único ordenado proviene del artículo 11° del Decreto Legislativo N° 758,¹⁷ a través del cual se dictaron normas para la promoción de las inversiones privadas en la

infraestructura de servicios públicos. Sin embargo, el texto original del artículo 11° no fue el recogido por el citado texto único ordenado, pues fue objeto de modificación por el artículo 12° del Decreto Legislativo N° 839, Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos.¹⁸

La versión original de dicha norma¹⁹ sí contenía un régimen de iniciativas privadas claramente distinto del actual, particularmente en lo relativo a la entidad competente para su evaluación, el procedimiento de selección para la definición del ejecutor del proyecto y los derechos reconocidos al proponente de la iniciativa privada. En efecto, en primer lugar, dicha norma establecía que las iniciativas privadas se presentaban ante el **“organismo concedente”**, es decir, a diferencia del régimen actual en el caso del Gobierno Nacional, no había una entidad como PROINVERSIÓN que centralizara su tramitación.

Adicionalmente, la norma preveía que luego de concluido el procedimiento de selección y en caso un tercero hubiera mejorado la oferta del proponente de la iniciativa privada, ambos postores podrían mejorar sus respectivas propuestas. No obstante ello, si ambas propuestas eran iguales, el proponente de la iniciativa privada tendría la preferencia y sería a quien se otorgue la buena pro.

¹⁶ Decreto Supremo publicado en el Diario Oficial El Peruano el 27 de noviembre de 1996.

¹⁷ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 13 de noviembre de 1991.

¹⁸ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 20 de agosto de 1996.

¹⁹ “Artículo 11.- Las personas jurídicas podrán presentar iniciativas que identifiquen el proyecto a contratar, señalando sus lineamientos generales que contendrán, como mínimo, las bases de su factibilidad económica y técnica. Dichos lineamientos, tienen carácter confidencial y reservado.

Cuando el organismo concedente considere que el proyecto antes indicado y su ejecución se adaptan al procedimiento de concesión, podrá optar entre licitar su ejecución o promover un concurso de proyectos integrales, guardando la confidencialidad de quien tuvo la iniciativa y de los demás participantes.

En cualesquiera de los dos supuestos, concluido el procedimiento respectivo, de existir de una oferta más conveniente que la presentada por quien tuvo la iniciativa, el autor de dicha iniciativa y el de la oferta considerada más conveniente, podrán mejorar sus respectivas propuestas.

En el caso que las propuestas presentadas sean igualmente convenientes, se preferirá la del que tuvo la iniciativa.”

Sin embargo, las diferencias no son solamente las mencionadas, pues dicho artículo fue objeto de reglamentación por los artículos 13° a 17° del Decreto Supremo N° 189-92-EF.²⁰ Este reglamento precisó que las entidades ante quienes se presentarían las iniciativas privadas serían, según el caso, los ministerios, los alcaldes provinciales o distritales, los presidentes de las zonas francas o de tratamiento especial, según el caso.

Asimismo, se estableció que el proponente de la iniciativa privada tendría derecho a un puntaje especial. En el caso de licitaciones públicas especiales tendría derecho a un incremento del 2% en el puntaje final, mientras que en el caso de concursos de proyectos especiales el incremento sería de 5%.

De otra parte, también se preveía expresamente tanto el carácter confidencial de la información objeto de la iniciativa privada, como el silencio administrativo negativo si el organismo ante quien se presentó la iniciativa privada no se pronunciaba en el plazo de 30 días. Sobre este último aspecto, se incluyó un mecanismo de impugnación que, a partir de un texto normativo poco claro, parece orientado a revertir la decisión del organismo concedente por la cual se desaprobó la iniciativa privada.²¹

Puede apreciarse entonces, que existían importantes diferencias entre el régimen normativo derogado y el actual. Aunque la utilización del mecanismo de las iniciativas privadas se ha incrementado en los últimos años, no parece posible afirmar de antemano que ello se haya debido específicamente a problemas o deficiencias relacionadas con el marco normativo anterior, sino probablemente a factores económicos, sociales y políticos que no generaron los incentivos necesarios para tal efecto.

Sin perjuicio de lo mencionado, no creo equivocarme al afirmar que la utilización más intensiva de este mecanismo a partir del año 2005 podría tener como uno de sus factores la mayor definición normativa introducida, en particular, a partir de la aprobación del Reglamento.

4. Algunos efectos generados por la estructura del procedimiento y la regulación sobre iniciativas privadas

Una simple mirada a las diferencias del régimen actual con el que los precedió pone en evidencia que, como ocurre en muchos casos, nuestro esquema no es más que una entre diversas opciones para regular las iniciativas privadas. La opción elegida genera, sin duda, una serie de efectos, algunos de los cuales considero importante comentar.

²⁰ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 17 de noviembre de 1992.

²¹ El tercer y cuarto párrafos del artículo 14° establecían lo siguiente:

“Si transcurridos treinta (30) días, contados a partir del día siguiente al de la presentación de la iniciativa, el titular del organismo no emite pronunciamiento, ésta se considerará desaprobada. El interesado podrá interponer recurso de apelación ante la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI).

La iniciativa que se encuentre pendiente de aprobación así como la que hubiere sido desaprobada por el organismo competente, podrá ser materia de Licitación Pública Especial o de Concurso de Proyectos Integrales, siempre que el autor de la iniciativa mantenga el derecho que le confiere al artículo siguiente, bajo responsabilidad del titular de dicho organismo.”

El artículo 15 contenía únicamente referencias al puntaje adicional al que tenía derecho el proponente de la iniciativa privada.

4.1 Definición del proyecto y del contrato de participación de la inversión privada

A diferencia del régimen anterior, en el que se hacía referencia al contenido de las iniciativas privadas como simples “**lineamientos generales**”, el esquema actual está orientado a que el proyecto objeto de la iniciativa privada sea bastante más que eso. Debe tratarse de una idea de negocio con un importante grado de definición.

Si bien se ha previsto un par de requisitos que implican la presentación de documentación preliminar (ingeniería del proyecto y evaluación de impacto ambiental), lo cierto es que los elementos esenciales y condiciones para la ejecución del proyecto deben estar claramente identificados y definidos. De lo contrario, lo más probable será que el OPIP solicite tal definición durante la tramitación del procedimiento o que rechace la iniciativa privada por falta de concreción. En el primer caso tendremos un procedimiento muy prolongado en el cual se van a exceder largamente los plazos legales establecidos, mientras que en el segundo supuesto se habrá seguido un procedimiento “trunco” (en los hechos) pues tal falta de concreción inicial determinaría que el proyecto ni siquiera sea evaluado.

De otra parte, en relación con el contrato de participación de la inversión privada (de concesión, de adquisición de activos, de *joint venture* o el que corresponda), el marco normativo no ha establecido como requisito la presentación de un proyecto de tal documento. Por dicha razón, es de esperar que la tendencia natural de los titulares de las iniciativas privadas sea no trabajar en un texto contractual de manera previa a su presentación al OPIP.

La situación previamente descrita traerá como consecuencia que éste sea un tema adicional a definir, por lo menos en sus líneas principales, durante el periodo de evaluación de la iniciativa privada. Ello, en la medida que al término de tal evaluación y luego de la declaración de interés se enfrenta la posibilidad de adjudicación o concesión directa del proyecto si no existieran terceros interesados. En esta última etapa procedimental, el marco normativo prevé la negociación contractual pero solamente de aquellos aspectos no esenciales y que no impliquen la modificación de los elementos que fueron objeto de aprobación con la declaración de interés.

Debe recordarse en este punto que el plazo legal establecido para la evaluación y decisión sobre la iniciativa privada es de 60 días hábiles, aspecto que, a la luz de la complejidad que involucran ciertos proyectos de inversión, aparece como insuficiente para definir tanto el proyecto como los elementos principales del contrato a través del cual se materializará. Esta situación, en términos reales, derivará en procedimientos de tramitación bastante más largos que lo previsto.

Cabe señalar que el Reglamento ha previsto un plazo particular para el supuesto en que el OPIP solicite información complementaria. En este caso, se contará con un plazo de 30 días hábiles para emitir el pronunciamiento a partir de la remisión de dicha información complementaria. Esta previsión procedimental probablemente también tendrá como efecto, en la práctica, que el plazo total entre presentación de la iniciativa privada y la decisión sobre ésta sea particularmente prolongado.

4.2 Gastos generados durante el procedimiento

En conexión con lo señalado en el apartado precedente sobre la duración del procedimiento, está también el hecho que el reembolso de gastos ha sido previsto únicamente respecto de aquéllos en los que el autor o titular de la iniciativa privada hubiese incurrido para elaborarla.

Por tal razón no se incluyen como gastos reembolsables todos aquellos costos generados durante la tramitación del procedimiento. Debe recordarse que durante la fase de evaluación va a haber una intensa labor de definición del proyecto, negociación, la posibilidad de que el OPIP plantee modificaciones al proyecto, entre otros. Todo ello supone asumir importantes costos que no serán recuperados bajo el mecanismo de reembolso previsto por el marco normativo.

Adicionalmente, y como consecuencia de lo mencionado, tampoco se incluirán los gastos en los que hubiese incurrido el titular de la iniciativa privada en etapas posteriores como las que corresponden a los procesos de selección correspondientes (licitación o concurso).

Sobre este último punto podría afirmarse que dicho costo es asumido voluntariamente por cualquier postor que desee participar en tal licitación o concurso, es decir, son parte de las **“reglas de juego”**. Ello constituye una verdad a medias, pues la posición del titular de la iniciativa privada es singular en esta materia. Si bien cualquier postor asume por decisión propia y libre el costo de su participación en el proceso de selección, en el caso del titular de la iniciativa privada, incurrir en dichos costos es una condición necesaria para obtener el reembolso de gastos por la iniciativa privada.

En efecto, para que el proponente de la iniciativa privada pueda obtener tal reembolso, debe haber participado en la licitación o concurso y no haber obtenido la buena pro. En consecuencia, para que pueda mantener la posibilidad de obtener el reembolso de los gastos, el titular de la iniciativa privada debe incurrir en gastos adicionales (que en este caso, se suman a los del periodo de evaluación) para poder recuperar **“algo”** de lo gastado. Queda en evidencia entonces la particularidad de su situación y la disyuntiva que enfrenta, esto es, **“si no gasto más, no tendré siquiera posibilidad de recuperar lo gastado inicialmente”**.

4.3 Presentación de iniciativas privadas con proyectos alternativos

El Reglamento prevé la posibilidad que, en términos generales, terceros puedan presentar iniciativas privadas con proyectos similares o alternativos, habiendo establecido como límite temporal para tal efecto el plazo de 30 días para la presentación de terceros interesados luego de la declaración de interés sobre la iniciativa privada presentada en primer lugar.

En el caso de que se trate del mismo proyecto, esta posibilidad no afecta la evaluación realizada respecto de la iniciativa originalmente presentada, ni el interés ya declarado. Así, si la iniciativa original está en proceso de evaluación, la nueva iniciativa será analizada si la primera es desestimada, es decir, según el orden de presentación. En caso de que la iniciativa original hubiese sido declarada de interés no hay nada que impida la presentación de otra iniciativa privada respecto del mismo proyecto, aunque probablemente lo más adecuado sea presentarse como tercero interesado en la ejecución de la iniciativa original antes que presentar una nueva.

Una situación claramente distinta es el de las iniciativas privadas con proyectos alternativos. En este supuesto, el criterio de prelación por la oportunidad en la presentación es dejado de lado y se procede comparlas, de acuerdo a los criterios antes mencionados, a fin de definir a cuál se le dará prioridad.

Si esta situación ocurre durante la fase de evaluación de la iniciativa privada original, la prelación que pudiese obtener un tercero sobre un proyecto alternativo se convierte, conjuntamente con la posibilidad de ver desaprobada su iniciativa, en uno de los riesgos que enfrenta durante el procedimiento.

Sin embargo, esta situación podría presentarse también luego de que el OPIP hubiese declarado el interés sobre la iniciativa privada presentada en primer lugar. En otras palabras, el OPIP declara el interés sobre la iniciativa privada y, luego de ello, podría dar prioridad a un proyecto alternativo. La razón para admitir una situación de esta naturaleza es particularmente clara: buscar la ejecución del “mejor” proyecto.

No obstante ello, lo cierto es que en este caso ya se manifestó formalmente la voluntad del Estado en el sentido de haber declarado que la ejecución del proyecto de inversión presentado es de su interés. Un régimen normativo coherente debería establecer que lo único que resta, en este punto, es identificar quién lo ejecutará, esto es, definir si lo hará el titular de la iniciativa privada por adjudicación o concesión directa o quien obtenga la buena pro en la licitación o concurso correspondiente.

Sin embargo, el Reglamento, al prever esta posibilidad, está admitiendo

también que el OPIP puede dejar sin efecto su declaración de interés (un acto administrativo). El hecho que tal declaración de interés provenga de una solicitud que constituye una petición graciable no justifica que la decisión pueda simplemente dejarse de lado, máxime si se ha previsto que tal decisión es inimpugnable.

En consecuencia, este extremo del Reglamento es claramente cuestionable desde el punto de vista jurídico, pero aún más desde la perspectiva de generar incentivos a la inversión privada. Un inversionista, no obstante ver aprobado su proyecto, aún enfrenta el riesgo de que la ejecución de éste pueda verse truncado.

Aunque no sea una consecuencia directa de lo establecido por el Reglamento, es importante mencionar lo que ocurrió con una iniciativa privada presentada ante la Municipalidad Distrital de San Isidro. En dicho caso, luego de haberse aprobado la iniciativa privada “solución integral del estacionamiento público” y convocado el concurso de proyectos integrales correspondiente, se expidió la Resolución de Alcaldía N° 229-2002-ALC/MSI²² a través de la cual se dejó sin efecto el referido concurso. Entre los considerandos de dicha resolución puede leerse lo siguiente:

“Que la actual administración municipal considera pertinente que dicho proyecto ya no resulta prioritario, existiendo otros proyectos y acciones municipales que requieren de urgente atención para satisfacer las necesidades y requerimientos que más demandan los vecinos de San Isidro”

²² Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15 de noviembre de 2002.

La falta de seguridad y garantías de ejecución de un proyecto de inversión luego de que ha sido aprobado es algo que no debería admitirse a nivel normativo o por decisiones específicas, como en el caso reseñado.

4.4 Rol de los Organismos Reguladores respecto de iniciativas privadas que involucran servicios públicos

Las iniciativas privadas pueden tener por objeto proyectos de inversión relacionados con la prestación de servicios públicos y, como he mencionado, su ejecución podría requerir la aprobación de incrementos tarifarios. Asimismo, debe recordarse que la falta de aprobación de tales incrementos tarifarios dentro del plazo establecido tiene como consecuencia que la adjudicación del proyecto quede sin efecto. Es por tal razón que resulta necesario entender de manera adecuada cuál es el rol de los Organismos Reguladores en esta materia.

Un elemento a considerar es identificar, con carácter general, cuál es la participación prevista por el Reglamento para estas entidades públicas. El Reglamento prevé expresamente la participación de los Organismos Reguladores para el caso de iniciativas privadas con proyectos de inversión de nivel nacional. En este supuesto, cuando la iniciativa privada es presentada, el OPIP debe solicitar opinión tanto al Sector como al Organismo Regulador correspondiente. Según lo mencionado previamente, el Reglamento solamente ha previsto que la opinión del Sector sea la que tenga carácter vinculante, no así la del Regulador.

En consecuencia, para que la ejecución de este tipo de proyectos de inversión sea declarada de interés por el

Estado, se requiere de la opinión del Organismo Regulador, aunque no tenga el carácter de vinculante. Ello quiere decir que cabe la posibilidad que el Regulador objete la iniciativa privada y, no obstante ello, ésta pueda ser aprobada. El Regulador no tiene entonces poder de decisión en esta materia.

Sin perjuicio de ello, y por involucrar el referido incremento tarifario, el Regulador debe asumir nuevamente un rol respecto de la iniciativa privada, con posterioridad a que ésta hubiese sido aprobada. Dicho rol no implica, esta vez, emitir pronunciamiento alguno sobre la iniciativa privada o el proyecto de inversión que ésta contiene, sino específicamente sobre el incremento tarifario necesario para su ejecución. No obstante, esta vez el Reglamento sí otorga una consecuencia a la decisión del Regulador (o en todo caso, a la falta de ésta): que la adjudicación del proyecto pueda quedar sin efecto.

Sobre la base de lo mencionado, y en atención a las competencias de cada entidad pública involucrada, el rol del Regulador en esta materia no debe implicar pronunciarse sobre la conveniencia de la ejecución del proyecto. Esa es una decisión que corresponde al OPIP con la opinión vinculante de los Sectores correspondientes. Por ello, el Regulador no podría, por ejemplo, rechazar el incremento tarifario sobre la base de no estar de acuerdo con las inversiones que se proponen o con la oportunidad en su ejecución.

De otra parte, hay que recordar que la intervención del Regulador, además de limitarse a la materia estrictamente tarifaria, se produce luego de que se ha declarado el interés sobre la iniciativa privada. Ello quiere decir que el Estado ya ha realizado la evaluación del proyecto, ha considerado que será beneficioso y, por lo tanto, que debe procederse a su ejecución.

Los elementos antes mencionados determinan que el rol del Regulador en esta materia sea muy específico, limitado en cuanto a su ámbito y debe ser compatible con la decisión previamente adoptada por el OPIP. Lo mencionado me lleva a la conclusión que el rol que le corresponde al Regulador es el de materializar el incremento tarifario desde un punto de vista técnico, incremento cuya conveniencia general también ha sido materia de evaluación para la aprobación de la iniciativa privada.

Hay que recordar también que el Estado, no obstante las diversas entidades públicas que lo conforman, es uno solo. Por ello, no resulta admisible que haya una decisión de aprobación de la iniciativa privada sobre la base de una evaluación integral del proyecto y, por otro lado, otra decisión que la contradiga e impida su ejecución.

En esta materia, el rol y la decisión del Regulador son análogos a los que correspondería respecto de un contrato de concesión firmado. Si el Estado ha celebrado un contrato de concesión con determinadas reglas tarifarias, que incluso pueden alejarse de las previstas en el marco regulatorio, corresponderá al Regulador aplicarlas no obstante que pudiera estar en desacuerdo con ellas o con diversos elementos del contrato de concesión. En esa misma medida, la aprobación de la fórmula tarifaria necesaria para la ejecución de la iniciativa privada debe ser, como mencioné, la materialización técnica del incremento tarifario que el Estado ha evaluado y aceptado para decidir la aprobación y ejecución del proyecto de inversión.

Asignar un rol diferente del Regulador en el sentido de poder opinar y decidir sobre la base de razones que tengan que ver con la conveniencia del proyecto o su definición, significará exceder la competencia asignada, contradecir decisiones del Estado previamente adoptadas y, por cierto, un supuesto de desviación de poder (otorgar a su opinión, por la vía de la aprobación tarifaria, el carácter vinculante que el marco normativo no le ha conferido).

A cerca de este punto es importante tener en cuenta que el 30 de setiembre de 2007, SUNASS publicó en el Diario Oficial El Peruano un proyecto de norma a través del cual se incorporaría a su Reglamento General de Tarifas un procedimiento de modificación tarifaria de servicios aplicable a iniciativas privadas que requieran de incremento de tarifas para su ejecución.²³

Dicho procedimiento se inicia con una solicitud de reajuste tarifario que debe ser presentada a SUNASS por la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento (correspondiente EPS), en un plazo de 20 días hábiles contados a partir de la adjudicación del proyecto de inversión. En caso venciera el referido plazo sin haberse presentado la solicitud, el proyecto no se incorporará a la estructura tarifaria.

Al respecto, y teniendo en cuenta que se trata de un proyecto de inversión adjudicado por PROINVERSION, no queda claro por qué la solicitud debiera ser presentada por la EPS. Cabe señalar que el Reglamento de Tarifas vigente prevé que en el caso de proyectos de inversión otorgados a través de procesos de promoción de la

²³ Proyecto de norma aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 062-2007-SUNASS-CD que regula el "Procedimiento para la Incorporación de Proyectos de Inversión por Iniciativa Privada Adjudicados por el Organismo Promotor de la Inversión Privada en el Programa de Inversiones y en la Fórmula Tarifaria, Estructuras Tarifarias y Metas de Gestión de la EPS"

inversión privada (concesiones, por ejemplo) es la entidad encargada de conducir dicho proceso (PROINVERSION) quien solicite la aprobación de fórmulas tarifarias que se aplicarán al proyecto. En consecuencia, no parecen haber razones que justifiquen diferenciar de tal supuesto el caso de las iniciativas privadas, en la medida que constituyen también un mecanismo de promoción de la inversión privada y el Estado ha declarado el interés en su ejecución.

De otra parte, el proyecto de norma estableció los siguientes requisitos para la presentación de la referida solicitud: (i) el acuerdo de la EPS por el cual se incluye el proyecto en el programa de inversiones y en la fórmula tarifaria; (ii) el acuerdo de PROINVERSIÓN adjudicando el proyecto; (iii) una declaración jurada acerca de si el proyecto se encuentra o no incluido en el Plan Maestro Optimizado (PMO)²⁴ de la EPS; y, (iv) el documento de iniciativa privada (DIP).

En relación con el requisito relativo al acuerdo de la EPS, se pone en evidencia que la presentación de la solicitud es una decisión que finalmente recae en la EPS y no en el titular de la iniciativa privada. Y, lo que es peor aún, que la negativa de la EPS o la simple falta de adopción del acuerdo implicarían la imposibilidad de presentar la solicitud cumpliendo con todos sus requisitos.

Por su parte, el DIP es un documento elaborado supuestamente por el adjudicatario de la iniciativa privada y cuyo contenido es definido también en el

proyecto de norma. El contenido del DIP es distinto del de la iniciativa privada originalmente presentada, en la medida que debe incluir, por ejemplo, un estudio de prefactibilidad del proyecto, análisis de demanda y oferta con proyecto o sin él, identificación y descripción técnica de alternativas posibles, estimación de costos de inversión, de operación y mantenimiento eficientes para el proyecto y dos alternativas posibles, determinación de metas de gestión del proyecto, entre otros.

Los elementos contenidos en el DIP son particularmente complejos²⁵ y, en algunos casos, incompatibles con el hecho que sea elaborado por el adjudicatario del proyecto. Por ejemplo, el análisis de oferta proyectada debe tener en cuenta los proyectos de saneamiento previstos en el PMO de la EPS, lo que implica que tal evaluación debería ser realizada por la EPS y no por el adjudicatario. Además, se deben determinar “**metas de gestión**” que es un concepto aplicable y exigible a las EPS y no al adjudicatario. En la estimación del flujo de ingresos deben considerarse los ingresos marginales según la distribución de la base comercial de la EPS en categorías y rangos de consumo, aspecto que claramente no corresponde evaluar al adjudicatario sino, en todo caso, a la EPS.

Los elementos previamente mencionados deben ser evaluados a la luz del plazo de 20 días establecidos para la presentación de la solicitud. Lo más probable es que, con dicho plazo, no exista en términos reales la posibilidad de que se adopte del acuerdo de la EPS y se prepare el DIP en los términos previamente

²⁴ El Plan Maestro Optimizado es una herramienta de planeamiento de largo plazo de una EPS con un horizonte de treinta (30) años. Contiene la programación de las inversiones y las proyecciones económico-financieras de las operaciones de la EPS en condiciones de eficiencia.

²⁵ Por ejemplo, se exige que el detalle de la inversión, operación y mantenimiento incluya costos unitarios, desagregando mano de obra según clasificación ocupacional, equipos e insumos.

mencionados. Ello tendría como efecto práctico que la adjudicación del proyecto quede sin efecto, en la medida que se habría cerrado la posibilidad de que se SUNASS apruebe el incremento tarifario requerido.

Otro elemento a comentar es el relativo a las etapas que este procedimiento incluiría.²⁶ La estructura del procedimiento y la documentación que se exige está orientada a que SUNASS evalúe la conveniencia de la ejecución del proyecto (evaluación de montos de inversión, costos de operación y mantenimiento, alternativas posibles, entre otros) no obstante que ello ya fue analizado y se procedió a declarar el interés del Estado y la adjudicación. Ello, según lo señalado, no es consistente y desnaturaliza el procedimiento de la iniciativa privada en el que el proyecto ha sido previa e integralmente evaluado.

Es necesario reiterar que el rol que le corresponde a SUNASS en este procedimiento (o a cualquier Regulador en una situación análoga) debería centrarse en la definición de la fórmula tarifaria bajo los criterios técnicos previstos en el marco regulatorio, sin que ello implique poder cuestionar el proyecto de inversión, sus costos, los aspectos técnicos-operativos que involucra, entre otros. El hecho de que SUNASS pudiera no estar de acuerdo, el Proyecto no debe habilitarlo para impedir su ejecución. Sus objeciones y opiniones deben ser canalizadas durante el procedimiento de evaluación de la iniciativa privada, las cuales podrán o no ser tomadas en cuenta por la autoridad competente.

Asimismo, la aprobación de la fórmula tarifaria no debería dar como resultado tarifas por los servicios de saneamiento inferiores a las requeridas para el proyecto, pues ello implicaría nuevamente que el Regulador esté decidiendo que la iniciativa privada declarada de interés y previamente adjudicada no se ejecute.

Quizás el problema principal con una propuesta normativa como la reseñada sea considerar que la función reguladora de SUNASS en casos de iniciativas privadas declaradas de interés y adjudicadas, es similar a la que ejerce en otros supuestos. Los procedimientos generales de modificación tarifaria en vista a nuevas inversiones por parte de las EPS, suponen que dichas empresas sometan a consideración tales inversiones ante SUNASS y sea el Regulador quien evalúe y decida aprobar o no tales inversiones y, derivado de ello, las modificaciones tarifarias correspondientes.

Es evidente que ello es distinto en el caso de las iniciativas privadas en las que los proyectos de inversión no son ni siquiera planteados por la EPS y la autoridad para decidir su ejecución no recae en SUNASS. Existe entonces una clara desnaturalización en la propuesta, derivada de asimilar a los procedimientos generales de modificación tarifaria a un supuesto como el de las iniciativas privadas ya aprobadas.²⁷

En consecuencia, por los problemas previamente reseñados, la aprobación de

²⁶ Las etapas del procedimiento propuesto son: (i) presentación de la solicitud a SUNASS; (ii) admisión a trámite de la solicitud y publicación en el Diario Oficial; (iii) posibilidad de solicitar la realización de una audiencia pública preliminar; (iv) elaboración del Estudio Tarifario por SUNASS, que contiene la evaluación técnica del proyecto y la propuesta de inversiones y fórmula tarifaria; (v) publicación en el Diario Oficial del Proyecto de Resolución que aprueba la fórmula tarifaria; (vi) realización de una audiencia pública; (vii) periodo de recepción de comentarios; (viii) elaboración de Estudio Tarifario Final; y, (ix) resolución de incorporación del proyecto de inversión en el programa de inversiones y fórmula tarifaria de la EPS.

²⁷ Es posible cuestionar también otros elementos del referido proyecto de norma, como la regulación del fondo exclusivo que prevé para el financiamiento del proyecto, la revisión del incremento tarifario aprobado, o los efectos del incumplimiento de las metas por la EPS, entre otros. No obstante, dichas objeciones exceden la materia tratada en el presente apartado.

dicho proyecto de norma constituiría un claro desincentivo a la presentación de iniciativas privadas relacionadas con servicios públicos, debiendo, en todo caso, ser reformulado con la finalidad de dar el verdadero carácter al rol que le corresponde desempeñar al Regulador en esta materia.

5. Iniciativas privadas sobre proyectos de inversión cofinanciados

Un aspecto central en el ámbito de las iniciativas privadas es definir si involucran o no proyectos de inversión cofinanciados. Ello en la medida que los procedimientos y formas de evaluación aplicables serán claramente distintos, complejos y ciertamente prolongados. Dichos procedimientos y metodología de evaluación se derivan de las normas y procedimientos del SNIP.²⁸

En términos generales se suele entender por cofinanciamiento la asunción por el Estado de parte del riesgo del proyecto; sin embargo, conviene “**aterrizar**” esa idea general por medio de las normas vigentes. Dicho análisis puede ser particularmente complicado en la medida que, hasta el momento, el marco normativo es disperso, no habiendo definido con claridad esta materia.

Es importante tomar como punto de partida que diversas normas hacen referencia a la aplicación de las reglas sobre cofinanciamiento tanto para los casos en los que existe propiamente el cofinanciamiento

del Estado, como en el supuesto en que éste otorgue garantías.²⁹ Por tal razón, a continuación analizo cada uno de tales supuestos.

5.1 Concesión cofinanciada - cofinanciamiento

Respecto de las concesiones cofinanciadas, el inciso c) del artículo 14° del Decreto Supremo N° 059-96-PCM³⁰ establece lo siguiente:

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

(...)

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”

A partir de esta norma puede afirmarse que una concesión será cofinanciada por el Estado cuando éste realice uno o más pagos (“entregas”). Aunque la redacción no es del todo clara, la norma parece aludir a que tales pagos deben ser ciertos y predeterminados. La norma no parece estar haciendo, por ejemplo, referencia a pagos contingentes.

Por su parte, el artículo 2° del Decreto Supremo N° 108-2006-EF³¹ establece que el cofinanciamiento es una forma de

²⁸ Para mayor referencia sobre los procedimientos y metodologías de evaluación del SNIP y su aplicación a iniciativas privadas que involucren concesiones cofinanciadas, consultar la Ley del Sistema de Inversión Pública (Ley N° 27293), el Reglamento del Sistema Nacional de Inversión Pública (aprobado por Decreto Supremo N° 102-2007-EF), la Directiva General del sistema Nacional de Inversión Pública (aprobada por Resolución Directoral N° 009-2007-EF/68.01) y los lineamientos sobre concesiones cofinanciadas (Decreto Supremo N° 104-2007-EF).

²⁹ Ello se desprende de normas como los artículos 14.2 (i) y 14.5 del Reglamento; el artículo 1° del Decreto Supremo N° 036-2007-EF y el artículo 3° del Decreto Supremo 104-2007-EF. Estas normas serán analizadas más adelante.

³⁰ Texto Único 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.

³¹ Normas relativas al Reglamento del Texto Único 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 respecto a la naturaleza de las concesiones y el cofinanciamiento del Estado. Publicadas en el Diario Oficial El Peruano el 11 de julio de 2006.

compensación al Concesionario, y lo define en los siguientes términos:

“Artículo 2.- De la compensación que perciban los concesionarios

El Concesionario percibirá como contraprestación por el servicio público a ser prestado, una retribución que puede consistir en: (a) tarifas, peajes, precio, entre otros, a ser cobrados a los usuarios finales, y/o, de no ser suficientes, (b) un cofinanciamiento que consiste en un pago total o parcial a cargo del Concedente, que puede provenir de cualquier fuente que no tenga un destino específico previsto por ley, para cubrir las inversiones y/ o la operación y mantenimiento, a ser entregado mediante una suma única periódica, y/o (c) cualquier otra modalidad de contraprestación acordada por las partes.” (subrayado agregado)

La norma citada es más precisa al definir el cofinanciamiento como pagos al Concesionario de parte del Estado y que consisten en una suma (“única”) de carácter periódico. De esta manera, esta norma confirmaría que tales pagos son predeterminados en su monto y periodicidad, no incluyéndose los pagos de naturaleza contingente.

Si bien el artículo 3° de esta misma norma³² señala como cofinanciamiento los

pagos que reciba el Concesionario a través de los cuales recupere su inversión y los costos de operación y mantenimiento, debe interpretarse en conjunto con el artículo 2° previamente citado para definir el tipo de pago al que se hace referencia.

5.2 Otorgamiento de garantías por el Estado y cofinanciamiento

Existen normas que hacen aplicables los lineamientos sobre concesiones cofinanciadas a los supuestos en que el Estado otorgue garantías en el marco de procesos de promoción de la inversión privada. Es necesario entonces evaluar qué tipo de garantías están incluidas en dicho ámbito.

El Decreto Supremo N° 036-2007-EF³³ estableció que los referidos lineamientos sobre concesiones cofinanciadas son también de aplicación a los proyectos de inversión derivados de iniciativas privadas:

“Artículo 1.- Ámbito de aplicación de los Lineamientos para la provisión de servicios públicos a través de proyectos de inversión pública que involucren Concesiones Cofinanciadas (CCF), aprobados por Decreto Supremo N° 200-2006-EF.”³⁴

Los Lineamientos para la provisión de servicios públicos a través de proyectos de inversión pública que involucren Concesiones Cofinanciadas (CCF), aprobados por

³² “Artículo 3.- De la naturaleza del cofinanciamiento

En el caso de concesiones cofinanciadas por el Estado, a que se refiere el inciso c) del Artículo 14 del Texto Único 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 Decreto Supremo N° 059-96-PCM y normas modificatorias, los montos que perciba el concesionario por la ejecución y explotación de la obra y/o prestación del servicio constituyen el sistema de recuperación de la inversión y/o de los costos o gastos de operación y mantenimiento efectuados; por lo tanto, la retribución económica por el servicio prestado por el concesionario.”

³³ Disposiciones complementarias aplicables a los Proyectos de Inversión que involucren Concesiones Cofinanciadas. Publicadas en el Diario Oficial El Peruano el 28 de marzo de 2007.

³⁴ Sobre la referencia a dicho decreto supremo, ver la nota a pie de página siguiente.

Decreto Supremo N° 200-2006-EF, son aplicables a los proyectos de inversión y a las iniciativas privadas en proyectos de inversión que requieran el cofinanciamiento del Estado en la inversión y/o en la operación y mantenimiento que se presenten ante cualquiera de los tres niveles de Gobierno; así como a los proyectos de inversión que requieran el otorgamiento o contratación de garantías en procesos de promoción de la inversión privada y concesiones.” (subrayado agregado)

De igual manera, el numeral 3.1 del artículo 3° del Decreto Supremo N° 104-2007-EF³⁵ establece lo siguiente:

“Artículo 3.- Alcance de los Lineamientos

3.1 Los Lineamientos que se aprueban por el presente Decreto Supremo, comprende a los proyectos de inversión y a las iniciativas privadas en proyectos de inversión que requieran el cofinanciamiento del Estado en la inversión y/o en la operación y mantenimiento que se presenten ante cualquiera de los tres niveles de Gobierno; así como a los proyectos de inversión que requieran el otorgamiento o contratación de garantías en procesos de promoción de la inversión privada y concesiones.”(subrayado agregado)

Nótese que ambas normas hacen aplicables, bajo una redacción casi idéntica, los lineamientos sobre concesiones cofinanciadas a las iniciativas privadas y al supuesto de otorgamiento o contratación de

garantías en procesos de promoción de la inversión privada.

Por su parte, entre las normas sobre iniciativa privada debe tenerse en cuenta el artículo 14° del Reglamento que, aunque con diferencias en la redacción, hacen también referencia al supuesto de las garantías en los siguientes términos:

“Artículo 14.- Requisitos para la presentación de iniciativas privadas en proyectos de inversión

(...)

14.2 En dichas iniciativas se deberá identificar el proyecto de inversión a contratar o a ejecutar y sus lineamientos generales, tales como la descripción de la obra, el servicio público que pretende explotar, las bases de su factibilidad técnica, las posibles fuentes de financiamiento del proyecto así como otros aspectos que permitan identificarlo con claridad. El contenido mínimo exigido para la propuesta es el que se detalla a continuación:

(...)

“i) Tratándose de proyectos bajo la modalidad de concesión y que no involucren cofinanciamiento por parte del Estado, se deberá adjuntar una declaración jurada expresando que la iniciativa privada no solicitará cofinanciamiento por parte del Estado, ni garantía firme por parte de éste.”

(...)

³⁵ Norma que aprobó los Lineamientos para la Provisión de Servicios Públicos a través de Proyectos de Inversión que involucren Concesiones Cofinanciadas y que sustituyó a los lineamientos aprobados mediante Decreto Supremo N° 200-2006-EF. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19 de julio de 2007.

14.5 En el caso de iniciativas privadas que involucren servicios públicos, el titular de la iniciativa deberá indicar expresamente, con carácter de declaración jurada, si las tarifas incorporadas en la propuesta cubren íntegramente la recuperación de la inversión a comprometer, incluyendo los gastos de operación y mantenimiento, de ser el caso; si la propuesta supusiera la aprobación de incrementos tarifarios, o, si se requiriera de cofinanciamiento o garantía firme del Estado.”
(subrayado agregado)

En términos generales, la norma citada establece como un caso particular aquellos proyectos de inversión que requieran cofinanciamiento o garantía del Estado. La identificación de tales supuestos resulta coherente con los lineamientos sobre concesiones cofinanciadas y que, según lo señalado, son de aplicación también para el caso de iniciativas privadas. En consecuencia, cuando el artículo 14° incluye a la “**garantía firme**” del Estado, está haciendo referencia precisamente al “otorgamiento o contratación de garantías en procesos de promoción de la inversión privada y concesiones” mencionadas en las normas previamente analizadas.

Sobre la calificación de la garantía como “**firme**”, es necesario señalar que no se trata de un término al que pueda asignarse jurídicamente un significado de manera directa. Ello, en la medida que no existe en nuestro ordenamiento jurídico garantías que no sean firmes. Toda garantía genera una obligación firme; sin embargo, por su propia definición, la ejecución de una garantía y, por tanto, el cumplimiento de

parte del garante, están sometidos a una contingencia: el incumplimiento de parte del deudor principal respecto de la deuda garantizada.

En este punto es importante recordar que no toda obligación de carácter contingente es una garantía (pues el deudor principal puede haberse obligado a cumplir una prestación si durante el plazo del contrato se produjera un hecho futuro e incierto), mientras que la ejecución de la garantía siempre es contingente (contingencia que consiste en la eventualidad del incumplimiento del deudor garantizado).

En consecuencia, el carácter “**firme**” de la garantía no podría tener un significado propio derivado de las características generales de toda garantía - como es el caso de generar una obligación firme - y tampoco puede estarse refiriendo al carácter de su ejecución (contingente), pues resultaría contradictorio. Es por tales razones que para dar contenido al término “**firme**” debe recurrirse a una interpretación sistemática de las normas citadas previamente, para concluir que a través de tal término se está haciendo referencia a un tipo particular de garantía estatal, como son las derivadas de los procesos de promoción de la inversión privada y concesiones.

5.3 Garantías del Estado derivadas de los procesos de promoción de la inversión privada y concesiones

Este tipo de garantías tiene un reconocimiento expreso y un ámbito claramente definido en la normativa sobre endeudamiento público. Así, en el artículo 54° de la Ley 28563³⁶ establece lo siguiente:

³⁶ Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 1° de julio de 2005.

“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.

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 solo 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.

(...)” (subrayado agregado)

En la medida que las referidas garantías involucran entidades financieras nacionales o internacionales, se suele hacer referencia a éstas como **“garantías financieras”**.

Puede apreciarse entonces que el otorgamiento de garantías o la contratación de éstas derivadas de los procesos de promoción de la inversión privada y concesiones, tiene un significado muy particular y que se manifiesta específicamente en el tipo de garantías descrito en la norma sobre endeudamiento.

En consecuencia, cuando las normas hacen referencia al cofinanciamiento e incluyen en éste los supuestos de garantías a cargo del Estado, una interpretación sistemática de las normas lleva a concluir que un proyecto de inversión será considerado cofinanciado cuando medie, en estricto, cofinanciamiento o se otorguen o contraten las garantías a la que se refiere el artículo 54° de la Ley General del Sistema de Endeudamiento.

De otra parte, la existencia de concesiones cofinanciadas constituye una materia en la que no solamente confluyen normas sobre concesiones, iniciativas privadas y endeudamiento público, sino también las relativas al SNIP, por involucrar la utilización de recursos públicos para financiar el proyecto de inversión.³⁷

De las normas de inversión pública se deriva el hecho de la necesaria intervención del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) en los procedimientos que involucran cofinanciamiento, que incluye, según lo mencionado, proyectos en los que existen las garantías financieras por parte del Estado. Tal como se señala en los lineamientos para concesiones cofinanciadas, el MEF evalúa el proyecto a través de su Dirección General de

³⁷ En este sentido, los lineamientos sobre concesiones cofinanciadas implican la elaboración del perfil del proyecto y estudios de pre-factibilidad y factibilidad de manera previa a su ejecución. Tales requisitos forman parte del denominado “ciclo del proyecto” que está regulado con carácter general por la normativa sobre inversión pública.

Programación Multianual del Sector Público (DGPM).³⁸

En tal sentido, es importante también hacer mención a las competencias de la DGPM, establecidas en el artículo 3° del Decreto Supremo N° 102-2007-EF:³⁹

“Artículo 3.- Autoridad Técnico-normativa del Sistema

3.1. En concordancia a lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley, el Ministerio de Economía y Finanzas es la más alta autoridad técnico normativa del Sistema Nacional de Inversión Pública. Actúa a través de la Dirección General de Programación Multianual del Sector Público.

3.2. La Dirección General de Programación Multianual del Sector Público (DGPM) tiene competencia para:

(...)

c. Dictar las normas técnicas, métodos y procedimientos que rigen los Proyectos de Inversión Pública, inclusive para aquellos que consideren concesiones cofinanciadas por el Estado o requieran el aval o garantía del Estado, conforme a la normatividad del endeudamiento público.

(...)

g. Declarar la viabilidad de los Proyectos de Inversión Pública que sean financiados total o

parcialmente con operaciones de endeudamiento u otra que conlleve el aval o garantía del Estado, conforme a la normatividad del endeudamiento público.” (subrayado agregado)

La norma citada otorga a la DGPM competencia normativa y para pronunciarse sobre proyectos de inversión en los que, además del cofinanciamiento, se hayan otorgado las garantías del Estado según la normatividad sobre endeudamiento público referida previamente.

En consecuencia, la aplicación de los lineamientos sobre concesiones cofinanciadas resulta coherente con la normatividad del SNIP, en la medida que las garantías del Estado sean las referidas en la Ley N° 28563 que, en el caso de procesos de promoción de la inversión privada y concesiones, son las referidas en su artículo 54° (garantías financieras).

5.4 La Resolución Ministerial N° 496-2007-EF-75

El 23 de agosto de 2007 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Resolución Ministerial N° 496-2007-EF/75 sobre la cuantificación y registro de los pasivos firmes y contingentes cuantificables, así como de los ingresos que se derivan de los contratos suscritos en el marco de los procesos de promoción de la inversión privada y concesiones.

Dicha norma incluye en su artículo 3° definiciones de **“asociación público privada”**, **“pasivos firmes”** y **“pasivos contingentes”** que es conveniente comentar.

³⁸ Los numerales 1.4 y 2.3 de dichos lineamientos hacen referencia a las dos evaluaciones a cargo del MEF (Fases 1 y 2), las cuales son realizadas por la DGPM.

³⁹ Reglamento del Sistema Nacional de Inversión Pública. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 19 de julio de 2007.

“a) Asociación Público Privada (APP): Modalidad de concesión de proyectos de infraestructura y servicios públicos bajo la cual el Concedente asume compromisos y/o garantías financieras con la finalidad de atenuar el riesgo económico del proyecto de concesión.”

Al margen de reducir erróneamente el concepto de APP a las concesiones⁴⁰, la definición incluye la asunción de compromisos, término que no ha sido definido, y/o de **“garantías financieras”**.

De otra parte, la definición de **“pasivo firme”** constituye claramente un supuesto de cofinanciamiento por involucrar pagos predeterminados a cargo del Estado.⁴¹ En el caso de los **“pasivos contingentes”**⁴² la definición es particularmente ambigua, pues parece estar haciendo en su primera parte expresa referencia a garantías, sin embargo los ejemplos que se señalan (ingreso mínimo y demanda garantizada) no constituyen propiamente garantías en sentido jurídico. Se trata de obligaciones condicionadas (obligaciones directas del Estado sujetas a hechos futuros e inciertos) que no suponen la existencia de un deudor principal cuyo incumplimiento tenga que ser asumido por el garante.

Al margen de su poca claridad, hay que señalar que dicha norma, en estricto, no

ha establecido qué es una concesión cofinanciada, ni el régimen o procedimientos que se le aplicarían. Su objetivo ha sido simplemente la cuantificación y registro de pasivos del Estado derivados de procesos de promoción de la inversión privada y concesiones.

Por tal razón, esta norma por sí misma no desvirtúa lo mencionado en el sentido que una concesión cofinanciada es aquella que involucra pagos predeterminados de parte del Estado (cofinanciamiento, en sentido estricto) y garantías financieras otorgadas por el Estado, según las normas de endeudamiento.

5.5 Algunos contratos de concesión cofinanciados y autofinanciados suscritos por el Estado

Para tratar de tener mayor claridad en esta materia, es importante revisar cuál ha sido la práctica estatal en los últimos años, es decir, cómo es que se han venido calificando algunos de los contratos de concesión en los que el Estado ha asumido algún tipo de obligación respecto del concesionario.

5.5.1 Contratos de concesión cofinanciados

Dentro de las concesiones que han sido reconocidas como cofinanciadas pueden mencionarse los Contratos de Concesión IIRSA Norte e IIRSA Sur

⁴⁰ Con lo cual no se habría incluido los casos de joint venture, que son claramente asociaciones público privadas en este contexto.

⁴¹ “c) Pasivos firmes: Es la contraprestación que percibirá el Concesionario por la realización de los actos previstos en el contrato de concesión, destinados a la prestación de un servicio público que cumpla con los parámetros asociados a la inversión y los niveles de servicio establecidos en el mismo. Se considera como pasivos firmes:

c.1) Pago Anual por Obras (PAO): Es la cuota periódica que tiene como finalidad retribuir la inversión en que incurre el concesionario.

c.2) Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO): Es la cuota periódica que tiene como finalidad retribuir la actividad de explotación y conservación en que incurre el concesionario para la prestación del servicio.”

⁴² “e) Pasivos Contingentes: Comprende el desembolso que el Concedente deberá abonar al Concesionario por concepto de las Garantías que el primero haya ofrecido a fin de mejorar el perfil de riesgo del proyecto e incentivar la participación privada. Se considera como tal a las Garantías de Ingreso Mínimo y de Demanda Garantizada, entre otros.”

suscritos en el año 2005. En estos contratos el Estado ha asumido obligaciones (PAO y PAMO) que califican en estricto como cofinanciamiento.

Asimismo, en julio de 2006 se suscribió el Contrato de Concesión de Aeropuertos Regionales, también de naturaleza cofinanciada, “bajo la figura de ingreso mínimo garantizado” (cláusula 2.3.1); dicho contrato cuenta con una cláusula de cofinanciamiento que incluye los referidos mecanismos de PAO y PAMO a cargo del Estado (cláusula 9).

5.5.2 Contratos de concesión onerosos⁴³ autosostenibles o no cofinanciados

En contraposición a lo anterior, en setiembre de 2005 se suscribió el Contrato de Concesión de la Red Vial 6 bajo la modalidad de concesión onerosa, no obstante que incluye una “**garantía tarifaria**” (cláusula 9.9) y una “**garantía de ingresos**” (cláusula 9.10). A través de la garantía tarifaria se establece que si el Concesionario se ve impedido de cobrar total o parcialmente el peaje por disposición de una entidad pública o por causa de fuerza mayor, el Estado procederá a pagar el monto de los peajes dejados de cobrar. De otra parte, a través de la garantía de ingresos, el Estado garantiza al Concesionario determinado número de ejes cobrables.

En julio de 2006 se suscribió el Contrato de Concesión del Muelle Sur también bajo modalidad onerosa, no obstante contener una cláusula a través de la cual el Estado garantiza una demanda mínima de contenedores como parte de la

explotación del terminal portuario por el Concesionario (cláusula 10.1.3).

En el ámbito de saneamiento, en 1999 se suscribió el Contrato de Concesión del Proyecto Río Chillón que, si bien no contiene una referencia específica sobre su modalidad, no ha sido entendida ni considerada como una concesión cofinanciada. Este contrato opera bajo acuerdos “*take or pay*” con SEDAPAL, estando las obligaciones de esta empresa garantizadas contractualmente por el Estado.

De otra parte, entre los futuros contratos de concesión, también en materia de saneamiento, está el relacionado con el diseño, construcción, operación y mantenimiento de la obra de trasvase del Proyecto Derivación Huascacocha - Rímac. La última versión del proyecto de contrato (setiembre de 2007) califica a la concesión como gratuita (no cofinanciada). Es importante señalar que la recuperación de la inversión y los costos de operación y mantenimiento se canalizarían a través de un fideicomiso. En relación con la inversión ejecutada, se ha previsto que si los fondos del fideicomiso no fueran suficientes para cubrir los pagos por este concepto, el Concedente procederá a presupuestar el monto necesario para su cumplimiento.⁴⁴

A partir de los contratos reseñados, puede apreciarse que la práctica en los últimos años en materia de concesiones indica que solamente se han considerado como cofinanciados aquellos proyectos en los que claramente se han previsto de manera predeterminada pagos de cargo del Estado. No se han considerado para tal

⁴³ En estricto, una concesión onerosa es aquella por la cual el Concesionario paga una determinada retribución al Concedente por la concesión misma. Se suele contraponer al concepto de concesión cofinanciada.

⁴⁴ La definición del mecanismo de pago de la operación y mantenimiento ha sido derivado por el Contrato de Concesión al contrato de servicios que celebrará el Concesionario con SEDAPAL, documento que no he tenido la oportunidad de revisar.

efecto supuestos como los de demanda garantizada, ingresos garantizados, garantías no financieras o contratos “**take or pay**”

Sin perjuicio de lo señalado, es necesario llamar la atención que las normas para definir el cofinanciamiento – imprecisas, como puede apreciarse del análisis precedente – están vinculadas principalmente a inversión y endeudamiento públicos. En tales materias, el ordenamiento jurídico otorga al MEF facultades expresas de interpretación, razón por la cual, en los hechos, es la opinión de tal entidad la que tendrá un significativo peso o preponderancia para el caso de las futuras concesiones; interpretación que además del componente netamente legal suele traducir criterios de política general o sectorial que le toca a dicha entidad definir e implementar.

5.6 Proyecto de Ley N° 1500/2007-PE

No obstante el análisis realizado, es necesario advertir que el 10 de agosto de 2007, el Poder Ejecutivo presentó al Congreso de la República el Proyecto de Ley N° 1500/2007-PE. A través de este proyecto, precisamente, se definen los supuestos en los que se considerará si una concesión es cofinanciada o autosostenible, en particular respecto del otorgamiento de garantías por parte del Estado.

La propuesta normativa establece que se considerarán concesiones autosostenibles aquéllas que: (i) no demanden ningún tipo de garantía financiera por parte del Estado; y, (ii) respecto de aquéllas garantías no financieras, aquellas que aseguren niveles de ingresos determinados o mecanismos similares pero que sean compromisos cuya de demanda o efecto sobre recursos públicos sea nula o mínima, según se

establezca en el reglamento correspondiente.

El proyecto de ley comentado constituiría la primera norma en la que se hace, en estricto, una diferenciación a nivel de garantías no financieras para incluirlas dentro del ámbito del cofinanciamiento. Por ello, el hecho que sea propuesta, de alguna manera, confirma lo dicho en el sentido que el cofinanciamiento ha abarcado hasta el momento solamente las garantías financieras.

Sin perjuicio de ello, es muy importante también hacer referencia al artículo 9° del referido proyecto. Dicho artículo señala que en el caso de las iniciativas privadas que involucren concesiones, éstas solamente podrán ser onerosas o autosostenibles. De esta manera, en caso dicho proyecto se apruebe, no podrían presentarse iniciativas privadas que supongan concesiones cofinanciadas. Las razones que sustentaría una decisión de tal naturaleza –presuntamente no “**endeudar al Estado**” son cuestionables, sobre todo si se considera la exhaustiva evaluación a la que este tipo de proyectos es sometido y, sobre todo, que su ejecución supondría la declaración previa del interés sobre la iniciativa privada. Luego de dicha evaluación y declaración de interés, no habría, respecto de este tema, mayor diferencia respecto de una concesión cofinanciada propuesta por iniciativa estatal.

Esta prohibición constituiría una modificación importante del marco normativo actual, en particular del Reglamento, que contempla expresamente requisitos y procedimientos específicos aplicables a iniciativas privadas en proyectos de inversión cofinanciados.

En consecuencia, puede apreciarse que la materia previamente analizada está en este momento bajo revisión, existiendo

propuestas normativas que, de una parte, constituyen un significativo cambio para incluir dentro del ámbito del cofinanciamiento supuestos (garantías no financieras) previamente no contempladas y, de otra, prohibir la presentación de iniciativas privadas que involucren concesiones cofinanciadas.

6. ¿Debería cambiarse el esquema normativo sobre iniciativas privadas?

A lo largo del presente artículo he criticado algunos elementos del marco normativo vigente –y algunas propuestas normativas– que ameritan modificaciones. Sin embargo, la pregunta que planteo en este último apartado es bastante más amplia, es decir, si el esquema normativo general con el que contamos es el más adecuado para la llevar adelante la política de promoción de la inversión privada que el Gobierno Peruano busca implementar.

Simplemente a título de ejemplo, y sin intención de hacer una descripción exhaustiva sobre su legislación, Argentina cuenta con un esquema claramente distinto al nuestro. Entre las diferencias más notorias contenidas en el Decreto 966/2005⁴⁵ cabe mencionar que no se ha previsto la adjudicación o concesión directa de las iniciativas privadas, ni se busca identificar terceros interesados como condición para convocar al proceso de selección correspondiente. Bajo tal norma, luego de declarado el interés público sobre la propuesta, la autoridad competente procede directamente a convocar a la licitación pública o al concurso de proyectos integrales.

Asimismo, dicho régimen sí otorga beneficios específicos al autor de la iniciativa privada orientados a que obtenga

la buena pro. Así, si las ofertas del autor de la iniciativa y del tercero mejor calificado fueran de “**equivalente conveniencia**” se preferirá la de aquél. Se entiende que existe equivalente conveniencia si la diferencia en el puntaje otorgado a la oferta del proponente de la iniciativa y el de la oferta mejor calificada no supera el 5%. Asimismo, si la diferencia es mayor de 5% pero no supera el 20%, se procede a invitar al autor de la iniciativa privada y al postor mejor calificado a mejorar sus ofertas de manera simultánea y en sobre cerrado.

Las diferencias anotadas son solamente una muestra del distinto tratamiento que este régimen puede tener en otros países. No estoy sugiriendo que debamos adoptar tales soluciones normativas, pues para ello es necesaria una evaluación bastante más amplia. Para ello, además de estudiar detalladamente el Derecho Comparado, será importante evaluar la experiencia de los diversos OPIP, la existencia o no de diferencias que pudieran existir en esta materia entre los distintos niveles de gobierno, la identificación de “**cuernos de botella**” en los procedimientos, la necesidad de contar con incentivos específicos no previstos actualmente, entre otros.

En consecuencia, la pregunta que formulo en el presente apartado, y que dejo sin respuesta, constituye en realidad una invitación a seguir pensando y repensando los diversos aspectos involucrados en el ámbito de las iniciativas privadas. A diferencia de lo que ocurría en el pasado, en los últimos años el mecanismo de las iniciativas privadas como medio de canalización de proyectos de inversión está siendo utilizado con mayor intensidad por inversionistas en los tres niveles de gobierno. Creo y confío en que serán

⁴⁵ Norma de fecha 16 de agosto de 2005 que aprobó el “Régimen Nacional de Iniciativa Privada”.

muchos los proyectos que se materializarán a través de este procedimiento y, ciertamente, mucho lo que hay aún por

estudiar en esta materia. Por ello creo que es posible decir que esta historia, la de las iniciativas privadas, acaba de comenzar.

