

Algunos cuestionamientos al régimen de promoción de la inversión privada en los proyectos de inversión privada provenientes de iniciativas privadas de competencia del Gobierno Nacional

Néstor Raúl Shimabukuro Tokashiki*^{1 2 3}

SUMARIO:

1. Contexto normativo en el cual surgen las iniciativas privadas en el marco jurídico de promoción de la inversión privada. 2. Auge y vicisitudes del régimen de “iniciativas privadas” en el marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada. 3. Algunas precisiones entre “Opinión de interés y relevancia” y “Declaratoria de Interés” en la evaluación de las iniciativas privadas. 4. Concurrencia de iniciativas privadas: iniciativas privadas sobre el mismo proyecto de inversión e iniciativas privadas alternativas. 5. Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales. 6. Reflexiones finales.

PALABRAS CLAVES:

Iniciativas privadas, Asociaciones Público - Privadas, Procedimiento Administrativo, Proceso de Promoción de la Inversión Privada, Servicios Públicos y Obras Públicas de Infraestructura y Recursos Estatales.

KEYWORDS:

Private Initiatives, Public - Private Partnerships, Administrative Procedure, The Process for Promotion of Private Investment, Service and Works Public Infrastructure and Resources State.

* Miembro del Consejo de Egresados del CÍRCULO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

¹ A Michelle, Juan Carlos y Francisco por su confianza y gratitud.

² Asociado del Estudio Grau Abogados. Egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor Adjunto del curso Derecho Administrativo Económico en la PUCP y del curso de Regulación de Servicios Públicos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM).

³ La responsabilidad por lo que se afirme en el presente trabajo pertenece exclusivamente al autor y no compromete ni adelanta en modo alguno la opinión de la entidad privada para la cual presta sus servicios profesionales.

RESUMEN:

A pesar de la evolución del régimen de promoción de la inversión privada con relación a los proyectos de inversión bajo la óptica de iniciativas privadas, persisten muchos vacíos en su regulación, sobre todo en la etapa de evaluación, lo cual genera serios desincentivos para la captación de inversionistas privados.

ABSTRACT:

Despite of the revolution of the private initiative promotion in relation with investment projects under the view of private initiatives, many gaps in its regulation persist, especially in the evaluation stage, which generates serious disincentives for the attraction of private investors.

1. Contexto normativo en el cual surgen las iniciativas privadas en el marco jurídico de promoción de la inversión privada

Siendo una verdad de Perogrullo, los preceptos legales reflejados claramente en los Decretos Legislativos N° 674, N° 662, N° 757, N° 758 y N° 839, constituyeron los antecedentes más próximos y directos de nuestro actual marco jurídico de promoción de la inversión privada, los mismos que tuvieron como principal objetivo desregular el intenso, desequilibrado e indiscriminado intervencionismo económico estatal que propició el irremediable y estrepitoso fracaso de las empresas públicas reflejado a inicios de la década de los años noventa⁴, mediante la introducción de técnicas concretas de reordenación o reasignación de funciones del Estado en el sistema económico, políticas económicas de desmonopolización legal, liberalización del mercado a la competencia, mecanismos y/o modalidades de privatización, así como el otorgamiento de seguridades y garantías a las inversiones privadas nacionales y extranjeras.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política del Perú de 1993 empezó la consolidación del régimen de promoción de la inversión privada, ya que se plasman en ella, entre otros, los preceptos legales contenidos en el paquete de Decretos Legislativos que la hicieron atractiva, sobre la base del renovado modelo de Economía Social del Mercado.

En efecto, como bien señala ZEGARRA VALDIVIA, el nuevo modelo de Economía Social del Mercado “en su configuración implica el seguro funcionamiento del mercado en el que se garanticen la libertad de acceso al mismo, la eliminación de obstáculos que puedan existir a la propiedad privada de los medios de producción, la libertad contractual, así como la estabilidad monetaria, y junto a ello, se mantenga una línea constante en la

⁴ En ese sentido, compartimos lo expuesto por HUAPAYA TAPIA, quien señala que “luego de la crisis económica corregida a partir de las medidas de ajuste estructural tomadas sobre la economía para revertir la hiperinflación (circa 1991-1992) se tomó en cuenta la necesidad de reajustar el régimen de actividades donde el Estado operaba como empresario o con reservas prestacionales en desmedro de la iniciativa privada. Es así que se decide cambiar totalmente los principales marcos jurídicos de los servicios públicos reservados para el Estado, sustituyéndolos por nuevos modelos de prestación fundamentados básicamente en la necesidad de privatizar la gestión de los servicios y propiciar la liberalización de los sectores catalogados como servicios públicos cuya prestación estaba reservada a la iniciativa estatal”. En: HUAPAYA TAPIA, Ramón Alberto. “Notas sobre el concepto jurídico del servicio público en nuestro ordenamiento legal”. En: Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación. Estudios y cuestiones. Lima: ARA Editores. 2011. P.97.

política económica que no perjudique la dinámica de los procesos sociales con el fin de limitar los riesgos en los agentes económicos”⁵.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, se consagran y delimitan los derechos fundamentales en materia económica tales como propiedad, libre iniciativa privada, libertad de empresa, libertad de contratar y la libertad de trabajo⁶, los cuales conforman el núcleo de toda actividad económica ejercida por los particulares. Asimismo, se (re) define el nuevo rol del Estado en materia económica, en la medida que, sólo autorizado por ley expresa, el Estado podrá realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional⁷. Por consiguiente, la iniciativa pública en la actividad económica ostenta ahora un papel subsidiario subyacente a la iniciativa privada⁸.

Bajo dichas medidas a nivel constitucional el Estado asume el rol de autoridad y subsidiario en materia económica, respetuoso de la autonomía privada, pero sin renunciar a su labor de promoción del interés general y de gestión del bien común, lo cual implica un cambio de perspectiva: de un Estado intervencionista a uno promotor y regulador, tal como se desprende del espíritu normativo instaurados en los artículos 58°, 59° y 60° de la Constitución.

Efectivamente, se definen y delimitan, las funciones y/o roles del Estado así como las reglas para el ejercicio de los poderes públicos conferidos en el plano administrativo para la convivencia e interacción con los particulares, así como el otorgamiento de seguridades y garantías a las inversiones nacionales y extranjeras.

Bajo ese esquema, podemos contemplar un equilibrio entre los roles del Estado como promotor de la inversión y regulador en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura, con la libre iniciativa privada, la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

En ese contexto, se garantiza la convivencia de la libre iniciativa privada con las facultades y poderes atribuidos al Estado en atención al principio de Economía Social del Mercado, lo cual es plasmado a su vez en el derecho que ejercen los inversionistas en la formulación de proyectos de inversión bajo la fórmula de iniciativas privadas.

⁵ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “El ejercicio de funciones administrativas y el principio de subsidiariedad en materia económica recogido en la Constitución de 1993: el caso de la actividad educativa de capacitación”. En: Aportes para un Estado eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Palestra Editores. Lima, 2012. P. 436.

⁶ Cfr. KRESALJA y OCHOA. Derecho Constitucional Económico. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2009. Pp. 249-302. y la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 008-2003-AI/TC (Caso “Precios Mínimos”), Fj. 26.

⁷ Cfr. Óp. Cit. KRESALJA y OCHOA. Derecho Constitucional Económico. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2009. Pp. 345-400., Cfr. ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “Concesión Administrativa e Iniciativa Privada”. En Revista Themis N° 39. Lima, 1999. Pp. 99-101. De la misma manera, puede observarse su desarrollo en las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional, recaídas en los expedientes: Exp. N° 008-2003-AI/TC (Caso “Precios Mínimos”), Fjs. 10-13, 16-25 y Exp. N° 0034-2004-PI/TC (Caso “Medio Pasaje”), Fj. 17.

⁸ Cfr. Óp. Cit. KRESALJA y OCHOA. Pp. 345-400. De la misma manera, puede observarse su desarrollo en las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional, recaídas en los expedientes: Exp. N° 008-2003-AI/TC (Caso “Precios Mínimos”), Fjs. 10-13, 16-25. N° 0034-2004-PI/TC (Caso “Medio Pasaje”), Fj. 17. Asimismo, bajo el principio de Economía Social de Mercado es que efectivamente puede entenderse también el nuevo rol asumido por el Estado el cual se orienta en el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura, en virtud a lo establecido en el artículo 58° de la Constitución.

2. Auge y vicisitudes del régimen de “iniciativas privadas” en el marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada

El auge del régimen de iniciativas privadas en el marco jurídico de promoción de la inversión privada de competencia del Gobierno Nacional, materia del presente trabajo, podemos resumirla y contextualizarla hasta en cuatro etapas de evolución⁹.

En primer lugar, la génesis del régimen de iniciativas privadas surge en el contexto de desregulación en los primeros años de la década de los noventa ante el intenso intervencionismo estatal en la economía, producto entre otros factores, del estrepitoso fracaso de la empresa pública.

Pues bien, el artículo 11° del Decreto Legislativo N° 758, el mismo que fue modificado posteriormente por el Decreto Legislativo N° 839 que incorporó la misma norma en el artículo 40° del Decreto Supremo N° 059-96-PCM (en adelante el TUO) estableció, en un primer momento, que *“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 (...)”*. Sin embargo, su modificación no la trató de la misma manera, al disponer que *“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 (...)”*. (Énfasis y subrayado es nuestro)

En ese contexto, apreciamos que las iniciativas privadas, tal como las conocemos hoy en día, fueron tratadas a modo de “sugerencias” para la formulación, propuesta y ejecución de proyectos recaídos exclusivamente en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

La segunda etapa se inicia con a través de la Ley N° 28059, “Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada” (en adelante, la “LMID”) y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 015-2004-PCM y sus respectivas modificaciones, con la finalidad que el Estado en sus tres niveles de gobierno (Gobierno Nacional, Regional y Local) propicie efectivamente la promoción de la inversión privada de manera descentralizada como herramienta esencial para lograr el desarrollo integral, armónico y sostenible de cada región, en alianza estratégica con el sector privado.

Esta etapa, se desprende primordialmente que la promoción de la inversión privada circunscritas al Gobierno Nacional, son administradas y seguidas ante la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante “PROINVERSION”) mediante los mecanismos y disposiciones establecidos en el TUO y su Reglamento, así como las directivas y acuerdos que dicha entidad emita en el ámbito exclusivo de sus competencias. En tanto que para los proyectos de competencia de los Gobiernos

⁹ Al respecto, Cfr. MORON URBINA, Juan Carlos. “La Generación por Iniciativa Privada de Proyectos Públicos: La Nueva colaboración público – privada y el interés público. En: Revista Derecho y Sociedad N° 24. Lima, 2005. Pp. 278-279. El referido autor, en la fecha de publicación del referido artículo, resume los antecedentes de la iniciativa privada en tres fases o etapas siguientes: La Fase de incorporación (1992-1996), La fase de desaliento (1996-2003) y la Fase de relanzamiento (2003 en adelante).

Regionales y Locales, son promocionadas por las Oficinas de Promoción de la Inversión Privada (OPIP) que son creadas para dichos efectos por dichos gobiernos, con la asesoría técnica de PROINVERSION, de ser necesario, para cumplir con las mismas finalidades promocionales.

Lo relevante y novedoso de la LMID y su Reglamento consiste en la regulación del procedimiento administrativo para la elaboración y formulación de iniciativas privadas presentadas por el sector privado, ampliándose el ámbito de su aplicación hacia los activos, empresas, proyectos, servicios, además de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos regulados básicamente por el TUO y su Reglamento, aunado a la determinación de competencias y facultades de las respectivas autoridades y entidades públicas de los tres niveles de gobierno, con la finalidad de que puedan promocionarlas y tramitarlas¹⁰.

Otro aspecto relevante de la LMID es que ya no se trata de “sugerencias” tal como señala el TUO, sino la instauración y acuñación del término “iniciativas privadas”, cuya solicitud y propuesta del sector privado tiene el carácter de “petición de gracia”¹¹, el mismo que es regulado por el artículo 112° de la Ley N° 27444, “Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG).

La tercera etapa se inicia en el año 2008 bajo la coyuntura política instaurada por la suscripción del Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos de América y conforme a las facultades delegadas por el Congreso de la República del Perú al Poder Ejecutivo, entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1012, “Ley Marco de Asociaciones Público - Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de la inversión privada” (“LMAPP”), y posteriormente, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 146-2008-EF.

Tal como mencionamos anteriormente, ambas normas conviven perfectamente en el régimen de promoción de la inversión privada, ya que tanto la LMAAP y su Reglamento llegan a superponerse a las disposiciones contenidas en el TUO y la LMID y sus respectivos Reglamentos.

Además, la LMAAP y su Reglamento constituyen en la práctica la norma reguladora del régimen de iniciativas privadas, sustituyendo, en mayor medida, lo previsto en la LMID y derogando todas las disposiciones legales de su Reglamento que se opongan a aquéllas.

¹⁰ Cfr. MARTIN TIRADO, Richard, “Las iniciativas privadas en el proceso de promoción de la inversión privada en el Perú”. En: Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico, N° 2, Año 2007, Lima: Grijley / AEDA, 2008. Pp. 15-42. También, del mismo autor, “Balance y perspectivas del régimen de las iniciativas privadas en el Perú”, En: Revista de Derecho Administrativo N° 08. Lima, 2009. Pp. 341-352. Asimismo, MORON URBINA, Juan Carlos, “Las concesiones de infraestructura a iniciativa de inversionistas”. En: *Ius et Veritas* N° 35. Lima, 2007. Pp. 156-180. Del mismo autor, “Los derechos del iniciador de proyectos de infraestructura. Las lecciones por aprender de la STC N° 01387-2009-PA/TC”, en AAVV., *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Palestra / Asociación Peruana de Derecho Administrativo*, Lima, 2010. Pp. 69-88.

¹¹ Con relación al carácter de petición de gracia de las iniciativas privadas en nuestro medio, revisar los trabajos siguientes: MARTIN TIRADO, Richard. “El control judicial de las peticiones de gracia: El indulto y las iniciativas privadas”. En: *Gaceta Constitucional*, Tomo 31, Lima, 2010. Pp. 181-200; y Óp. Cit. MORON URBINA, Juan Carlos. “Los derechos del iniciador de proyectos de infraestructura. Las lecciones por aprender de la STC N° 01387-2009-PA/TC”. Pp. 71-88.

A través de la LMAAP y su Reglamento podemos indicar que se formaliza legalmente la idea que el sector privado puede contribuir a una mayor eficiencia y calidad en la asignación de los recursos públicos y la necesidad de definir una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado para que la estructura del proyecto y del contrato puedan ser viables¹².

Ahora, bajo el régimen de Asociaciones Público Privadas (en adelante "APPS"), ambos sectores comparten la provisión de recursos financieros (financiación mixta - cofinanciada), los beneficios socioeconómicos y los riesgos asociados con la ejecución de proyectos para la provisión de servicios públicos, de obras públicas de infraestructura y recursos estatales, en todos aquellos contratos en los que se propicia la participación activa del sector privado, tales como los contratos de concesión, la asociación en participación, contratos de gerencia, contratos de riesgo compartido, contratos de especialización, *joint ventures*, así como cualquier otra modalidad contractual permitida por ley¹³.

Estas formas de asociaciones entre el sector público y privado para la consecución de actividades de interés público, vienen a consolidar y buscar en mayor medida el mejor aprovechamiento de las ventajas competitivas que ofrece la relación a largo plazo entre ambas partes, incorporándose recursos y experiencias para el desarrollo y ejecución de los proyectos de inversión.

Además, bajo dicho ámbito normativo, se buscó "simplificar" el procedimiento para la presentación y evaluación de las iniciativas privadas, sin embargo, tal como desarrollaremos más adelante, existen grandes vacíos que a la fecha, el marco jurídico de promoción de la inversión privada no ha podido llenar propiciando serias dudas acerca de la "vida" de la iniciativa privada a lo largo de su evaluación.

Sin perjuicio de ello, dichas normas constituyen en su conjunto una gran evolución y desarrollo del marco de promoción de la inversión privada en el Perú y del régimen de iniciativas privadas con todos los bemoles y vicisitudes que pueden originarse desde el momento de su elaboración, proposición y evaluación.

Finalmente, la cuarta etapa de evolución del régimen de iniciativas privadas gira en torno a la elaboración o formulación y presentación de proyectos de inversión privada susceptibles de requerir cofinanciamiento por parte del Estado. El comienzo de esta

¹² Cfr. HUAPAYA TAPIA, Ramón Alberto y VERGARAY D'ARRIGO, Giuliana. Algunos apuntes con relación a la «participación público-privada» y su vinculación con el Derecho Administrativo y la Inversión en Infraestructura y Servicios Públicos. En: Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación. Estudios y cuestiones. ARA Editores. Lima, 2011. Pp.539-586.

Cfr. CORPORACION ANDINA DE FOMENTO (CAF). Infraestructura pública y participación privada. Conceptos y experiencias en América y España. Bogotá, 2010. Pp. 88-89.

¹³ En nuestro medio, puede consultarse los trabajos siguientes:

Cfr. FELICES SAAVEDRA, Enrique. "Asociaciones Público-Privadas para el financiamiento de infraestructura: El Nuevo rostro del Project Finance". En: Revista THEMIS N° 50. Lima, 2005. Pp. 138-140.

Cfr. CORNEJO, René. "Inversión Privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos: una mirada desde el sector público". En Revista THEMIS N° 52. Lima, 2006. Pp. 211-217.

Cfr. RONCEROS NECIOSUP, Miguel Ángel. "Concesiones cofinanciadas y PPPS". En: Revista THEMIS N° 52. Lima, 2006. Pp. 232-233.

Cfr. RUIZ DIAZ, Gonzalo y GARCIA GODOS, Christy. "Aspectos económicos e institucionales relativos al diseño de contratos de concesión viales". En: Revista THEMIS N° 52. Lima, 2006. Pp. 239-253.

Cfr. KERF, M., GRAY. D. I., LEVESQUE. C. y TAYLOR. R. *Concessions: A guide to the design and implementation of concession arrangements for infrastructure services*. Mimeo. The World Bank. 1997.

nueva modalidad se inició a partir del año 2011, con la entrada en vigencia de la Ley N° 29771, que modificó el primer párrafo del artículo 14° de la LMAAP, suprimiéndose el extremo que disponía que las iniciativas privadas no podrán demandar garantías financieras del Estado.

A pesar que bajo esta nueva modalidad se amplía la gama de oportunidades de inversión privada para la formulación y presentación de proyectos de interés público al Estado, su metodología y regulación ha sido incorporada recientemente a finales del año 2012, exclusivamente en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, específicamente en la Nonagésima Sexta Disposición Complementaria Final y el Reglamento de dicha disposición, aprobado a inicios del presente por medio del Decreto Supremo N° 005-2013-EF.

Tal como hemos denotar a lo largo del proceso evolutivo del marco de promoción de la inversión privada denotamos que los gobiernos de turno se han preocupado en establecer y reformular constantemente los mecanismos para la captación y promoción de la inversión privada mediante lineamientos adjetivos en materia de servicios públicos, obras públicas de infraestructura y recursos estatales.

Sin embargo, urge la necesidad que se apruebe una norma que aglutine verdaderamente el marco jurídico de promoción de la inversión privada, estableciendo, entre otros, una regulación completa sobre la tramitación de los proyectos de inversión bajo la óptica de iniciativas privadas, a fin de otorgar predictibilidad, seguridad jurídica e incentivos a los inversionistas, a través de reglas claras para evaluación de proyectos.

A pesar que ha transcurrido más de veinte años a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 758, el cual contiene como ya hemos visto los primeros lineamientos sobre el régimen de iniciativas privadas, a la fecha, lo peligroso y contingente para la captación de la inversión privada ya no pasa por la intromisión del Estado en la economía, sino que aún no se definen políticas públicas sobre este importante régimen en alianza estratégica con el sector privado, que realmente propicie un verdadero marco jurídico de promoción de la inversión privada en servicios públicos, obras públicas de infraestructura y recursos estatales, ya que si bien se profesa “simplificación administrativa” sobre este campo, la misma sigue estancándose debido a que los propios gobiernos de turno siguen dudando de los beneficios concretos que esta modalidad puede generar en beneficio de la colectividad.

A continuación, pasaremos a revisar algunos de los principales vacíos que contiene el marco jurídico de promoción de la inversión privada en lo que atañe a la formulación de proyectos de inversión bajo la óptica de iniciativas privadas de competencia del Gobierno Nacional.

3. Algunas precisiones entre “Opinión de interés y relevancia” y “Declaratoria de Interés” en la evaluación de las iniciativas privadas

A pesar de la evolución del régimen normativo que regula el procedimiento para la evaluación de los proyectos de inversión privada recaídos y provenientes en iniciativas privadas, existe una etapa muy confusa en el procedimiento de evaluación de las iniciativas privadas que aún no han sido del todo esclarecidos que propicia incertidumbre

a los inversionistas cuyos proyectos ya han sido admitidos a trámite por parte de PROINVERSION.

Pues bien, nos referimos específicamente al momento previo en el cual se inicia la evaluación del fondo de la iniciativa privada que se inicia luego de la declaración de “opinión de interés y relevancia” del proyecto a cargo del Sector competente, así como las demás entidades públicas intervinientes hasta la “Declaración de interés” que pone fin a la evaluación del proyecto presentado.

Tal como hemos mencionado anteriormente, las normas que regulan el régimen de iniciativas privadas no diferencian y determinan a ciencia cierta ambas etapas, así como las declaraciones de las entidades intervinientes en el proyecto, lo cual genera incertidumbre en la tramitación del proyecto, no solamente por parte del inversionista privado quien incurre en considerables montos de inversión y tiempo para la formulación del proyecto, sino en los propios sectores del Gobierno Nacional, que en algunas casos, no tienen conocimiento previo del régimen de tramitación y evaluación de iniciativas privadas, quienes de manera inexacta, debido principalmente a la incompleta regulación al respecto, pueden llegar a pensar que la declaratoria de “opinión de interés y relevancia” del proyecto constituye finalmente su aceptación formal.

a. “Opinión de interés y relevancia”

De conformidad a lo expuesto en la Directiva 004-2009-PROINVERSION (en adelante “la Directiva”), así como lo previsto en la LMAAP y su Reglamento, luego de la admisión a trámite de una determinada iniciativa privada, PROINVERSION se encarga de remitir el expediente y sus anexos completos al sector o sectores involucrados y demás entidades públicas, tales como los organismos reguladores correspondientes, para que emitan la “opinión de interés y relevancia” del proyecto contenido en la iniciativa privada en los asuntos que resulten de su competencia.

Pues bien, la opinión de interés y relevancia a grandes rasgos es una declaración vinculante que tiene por objeto, de manera muy preliminar, determinar que efectivamente la ejecución del proyecto admitido a trámite puede irrigar beneficios sociales y económicos para la sociedad y que la misma cumple con los requisitos de ley para su viabilidad.

Volvemos a precisar que la emisión de la opinión de interés y relevancia no es definitiva, en el sentido que no constituye la aceptación formal de todos los términos del proyecto contenido en la iniciativa privada, sino el inicio de la evaluación de fondo del proyecto. Dicho de otro modo, de ser positiva la opinión del sector y de las entidades públicas involucradas el proyecto continuará su trámite respectivo hasta la “declaración de interés”, en cambio, de ser negativa será rechazada.

Pues bien, luego de que se emita la “opinión de interés y relevancia” se da inicio a la evaluación del fondo sobre cada uno de los componentes que la componen para llegar finalmente, de ser el caso, hasta la emisión de la “declaratoria de interés” del proyecto recaído en la iniciativa privada.

En esta etapa, tanto PROINVERSION y las entidades públicas intervinientes podrán requerir, cuantas veces sea necesario, información adicional y/o complementaria al titular proponente de la iniciativa privada, así como las modificaciones u ampliaciones que

consideren y juzguen pertinentes en el contenido y diseño de la iniciativa privada. Además, PROINVERSION se encuentra facultado para contratar los servicios de consultores externos especializados para efectuar la revisión y evaluación de determinados aspectos de la iniciativa privada, que permitan valorar, entre otros, los montos propuestos para inversión, operación y mantenimiento con la finalidad de evitar la sobrevaloración de los mismos y afectar el valor de los servicios públicos.

En caso que el titular proponente de la iniciativa privada no cumpla con remitir, introducir, adecuar o aceptar los cambios o sugerencias de las entidades públicas correspondientes, ya sea expresando su disconformidad o que no se pronuncie en el plazo previsto para su cumplimiento, PROINVERSION rechazará la iniciativa privada de manera expresa mediando previa comunicación al titular de la misma, sin posibilidad que éste pueda impugnar en sede administrativa y judicial la desestimación del proyecto.

b. “Declaratoria de interés”

Pues bien, como ya hemos visto, con la emisión de la “opinión de interés y relevancia” se busca continuar con la evaluación de la iniciativa privada hasta llegar a la emisión de la “declaratoria de interés”. En cambio, la “declaración de interés” significa el compromiso del Estado en materializar y viabilizar el proyecto de inversión privada evaluado con la determinación de los beneficios para la sociedad y por ende, de interés público, así como la rentabilidad económica del proyecto. Sobre la “declaración de interés”, la doctrina nacional señala al respecto que, *“La calificación de interés público del proyecto, su aprobación, elegibilidad o declaración de viabilidad efectuada por la Administración implica la aceptación de la iniciativa privada propuesta y la voluntad estatal de emprender su ejecución posterior, mediante los procedimientos contemplados en el ordenamiento”*¹⁴.

Resulta evidente que las consecuencias de la “opinión de interés y relevancia” y “declaratoria de interés” despliegan efectos distintos, tanto para el titular proponente de la iniciativa privada, así como para PROINVERSION y de las entidades públicas involucradas.

De esta manera, quedan diferenciadas las diversas opiniones públicas requeridas que surgen a lo largo de la tramitación de la iniciativa privada¹⁵. Con todo, la “opinión de interés y relevancia” es la manifestación de interés del sector involucrado, así como de las demás entidades públicas intervinientes, que la propuesta o la iniciativa privada posee ciertos beneficios sociales para la colectividad, pero que requiere de una profunda evaluación técnica, económica y legal para dilucidar y determinar la viabilidad sobre cada uno de los componentes que lo integran y, en caso de no generar certeza sobre ello será rechazada. En cambio, la “declaratoria de interés” es la calificación de interés público del proyecto luego de la evaluación correspondiente, en la cual el titular proponente de la iniciativa privada se compromete a ejecutar el proyecto en su integridad, luego de aceptar todas las condiciones y modificaciones al mismo, y, de otro lado, el Estado al

¹⁴ Cfr. Óp. Cit. MORON URBINA, Juan Carlos. “Los derechos del iniciador de proyectos de infraestructura”. Pp.75-79.

¹⁵ En el caso de iniciativas privadas cofinanciadas el Decreto Supremo N° 005-2013-EF que reglamenta la Nonagésima Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, específicamente los artículos 8° y 9° diferencian y regulan claramente las diversas opiniones y etapas que se emiten para dar inicio a la evaluación del proyecto respectivo.

incorporarlo al Plan de Promoción de la Inversión Privada se compromete a materializar su ejecución a través de los procesos para la selección del ejecutor del proyecto.

Entonces, debe quedar muy claro las distintas opiniones o declaraciones públicas que se emiten a lo largo del procedimiento de evaluación de los proyectos de inversión privada recaídos en iniciativas privadas que irrogan distintos efectos para continuar con la tramitación correspondiente, ya que muchas veces, tanto para las entidades públicas intervinientes requeridas para la emisión de la opinión y relevancia, así como el sector privado, pueden llegar a pensar que, con la emisión de dicha opinión, luego de admitida a trámite el proyecto, se declarará de interés público, y se convocará al proceso de promoción de la inversión privada bajo los mecanismos contemplados en la ley aplicable.

Somos conscientes que muchas veces tal diferenciación resulta difícil de comprender por las partes involucradas (sectores públicos y privados) debido a los vacíos que contiene su regulación.

4. Concurrencia de iniciativas privadas: iniciativas privadas sobre el mismo proyecto de inversión e iniciativas privadas alternativas

La concurrencia de iniciativas privadas, ya sea al mismo proyecto de inversión o los que calificarían de alternativos sobre los mismos recursos del Estado se encuentran regulados tanto en la LAPP y su Reglamento, así como en la Directiva.

Pues bien, las iniciativas privadas que se realizan y se presentan sobre proyectos de inversión en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura que ya han sido presentados ante PROINVERSION y que recaen sobre el mismo proyecto de inversión o uno alternativo, pueden presentarse terceros interesados en cualquier etapa del proceso de evaluación e incluso cuando medie la correspondiente declaración de interés, mientras no se suscriba la modalidad contractual elegida de acuerdo a los cánones previstos en la LMAPP y su Reglamento.

Sin embargo, resulta importante indicar que dependiendo de la etapa o del momento en la cual se genere la concurrencia de proyectos, se despliegan distintos efectos jurídicos, cuya regulación no se encuentran del todo zanjado por parte del marco jurídico de promoción de la inversión privada.

a. Iniciativas privadas al mismo proyecto de inversión

Tanto la LMAPP y su Reglamento, así como la Directiva, establecen las reglas aplicables en los supuestos de concurrencia de iniciativas privadas sobre un mismo proyecto de inversión que recaen sobre un mismo recurso estatal, dicho de otro modo, cuando coexisten y/o se presentan una o más iniciativas privadas respecto del mismo bien y con el mismo objetivo sobre una ya presentada con anterioridad que se encuentra en plena evaluación por parte de las entidades públicas correspondientes.

Tal como hemos señalado anteriormente, dependiendo del momento en que se produce la concurrencia de iniciativas privadas, los efectos jurídicos sobre los proponentes que concurren en el proceso de declaración de interés de la misma serán distintos. A continuación, pasamos a desarrollar brevemente los diferentes momentos de concurrencia de proyectos de inversión sobre iniciativas privadas.

i) Antes de la declaratoria de interés

El artículo 18° del Reglamento de la LMAPP dispone que cuando la iniciativa privada primigenia o la que ya se encuentre en plena evaluación por parte de las entidades correspondientes y PROINVERSION verifique que se ha producido la admisión a trámite de una o más iniciativas privadas que recaen sobre los mismos recursos estatales y objetivos, se continuará con la tramitación de la primera iniciativa privada admitida.

En este escenario, se aplica la regla general de “prioridad en el tiempo”. Es decir, aquella iniciativa privada que se presentó primero continuará su trámite, mientras que la evaluación de la(s) posterior(es) quedará(n) suspendida(s) hasta la declaración de interés o que se declare formalmente el rechazo de la primigenia. Tanto es así que, en caso la primera iniciativa fuera declarada de interés, la(s) posterior(es) será(n) rechazada(s). Y, en igual medida, en caso que la primera fuera rechazada, se procederá con la evaluación de la iniciativa siguiente y así sucesivamente.

Como se puede observar, la norma no señala precisamente en qué momento se suspende la tramitación de una o más iniciativas privadas presentadas y admitidas a trámite, es decir, no se precisa si: i) la suspensión se efectúa en el acto administrativo que admitió a trámite una o más iniciativas privadas o, ii) cuando se notifique al sector involucrado la admisión a trámite de una iniciativa privada con todo el acervo documentario del proyecto para su evaluación o, iii), hasta la declaración de opinión de interés y relevancia por parte de las entidades públicas competentes.

Nótese que dichas incertidumbres resultan cruciales para el destino de una o más iniciativas privadas presentadas con posterioridad a una ya presentada y admitida a trámite sobre un mismo recurso estatal y de sus objetivos. Si la regla general constituye la “prioridad en el tiempo” dicha metodología resulta peligrosa no solamente para los intereses del titular de la propuesta, sino del propio Estado, quien se servirá finalmente de los beneficios públicos o sociales del proyecto, ya que se entendería que los proyectos concurrentes serán suspendidos y rechazados sin tener la más mínima oportunidad de ser evaluados por el sector competente y demás entidades públicas, quienes finalmente, tienen en los hechos la última palabra sobre la vida de los proyectos presentados.

En esa línea, piénsese por ejemplo, en el caso que se presente una determinada iniciativa privada que efectivamente recae sobre el mismo bien o comparten los mismos recursos estatales y de la misma manera los mismos objetivos concretos de una que ya ha sido admitida a trámite con anterioridad, pero su implementación, ejecución, operación y/o explotación resultan más eficientes en términos técnicos y económicos - financieros en beneficio del Estado y de la comunidad en general, en contraste con la primigenia. Ante dicha situación, ¿Deberá ser suspendida y rechazada de manera preliminar sin ser evaluada?

Ante el eventual rechazo de las iniciativas privadas concurrentes por la emisión de la declaratoria de interés del primer proyecto que ha sido presentado, consideramos que la respuesta planteada en el párrafo anterior, girará en torno a la posibilidad que tienen los titulares proponentes de los proyectos rechazados así como los terceros interesados en el mismo proyecto de inversión, en manifestar su interés sobre el mismo, luego de la convocatoria de la Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales, según corresponda.

Si bien es cierto que el riesgo en la confección y presentación del proyecto recae exclusivamente en el sector privado, metodologías como las descritas anteriormente puede generar serios desincentivos para la promoción de la inversión privada.

ii) Después de la declaratoria de interés

Luego de la declaratoria de interés nos encontramos en el proceso clásico para la adjudicación de un determinado proyecto de inversión, generándose la concurrencia de terceros interesados que compitan entre sí de manera competitiva, transparente, beneficiosa y eficiente para el Estado y para la sociedad.

En esa etapa, tanto los titulares de las iniciativas privadas que concurren de manera previa a la declaratoria de interés del proyecto primigenio, así como terceros interesados al mismo podrán manifestar su interés y participar en el proceso correspondiente para su adjudicación.

En efecto, el artículo 18° del Reglamento de la LMAPP, así como los numerales 8 y 9 de la Directiva regulan los supuestos de concurrencia de terceros interesados al mismo proyecto de inversión luego de la declaratoria de interés de una iniciativa privada ya presentada. Pues bien, dentro del plazo de noventa (90) días calendarios contados desde el día siguiente de publicada la declaratoria de interés, terceros interesados podrán manifestar sus expresiones de interés para la ejecución del mismo proyecto. Para dichos efectos, prosigue la norma indicando que los terceros deberán presentar i) la solicitud de manifestación de declaratoria de interés al mismo proyecto, ii) carta fianza sobre el valor referencial del proyecto e iii) información adicional requerida en la declaratoria de interés.

En caso que terceros hayan cumplido con los requisitos señalados anteriormente y sean aprobados por el Comité de PROINVERSION, se dará inicio al correspondiente proceso de promoción de la inversión privada mediante Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales conforme a lo dispuesto en la LMAPP y su Reglamento.

Al respecto, y siendo más precisos, el literal a) del numeral 18.2 del artículo 18° del Reglamento de la LMAAP dispone que en casos de concurrencia de tres o más interesados adicionales al titular de la iniciativa privada, el OPIP optará por la Licitación Pública Especial o promoverá un Concurso de Proyectos Integrales, efectuando una convocatoria entre los terceros involucrados y el proponente.

Por otro lado, el literal b) de la norma señalada en el párrafo anterior dispone que, en caso de concurrencia de uno o dos interesados adicionales al titular de la iniciativa privada declarada de interés, el OPIP optará por realizar una Oferta Pública en la que participarán el titular de la iniciativa y los terceros que hayan manifestado su interés y presentado la fianza correspondiente.

Ambos tipos de procesos se registrarán exclusivamente por las bases, las mismas que incluirán como mínimo la información publicada y detallada en la declaratoria de interés y lo prescrito en las normas aplicables.

b. Iniciativas privadas alternativa al de la iniciativa privada en evaluación y declarada de interés

Sobre el particular, cabe precisar que el Decreto Supremo N° 005-2013-EF que “Dictan disposiciones complementarias para reglamentar el segundo párrafo de la Nonagésima Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, que prioriza de manera excepcional y con carácter de urgente las iniciativas privadas cofinanciadas destinadas a cubrir el déficit de infraestructura y de servicios públicos”, dispone una nueva definición a lo que se entiende por iniciativas privadas alternativas, a diferencia de lo que define el numeral 18.4 del Reglamento de la LMAAP.

En ese contexto, el artículo 2° del Decreto Supremo N° 005-2013-EF dispone la siguiente definición:

“Artículo 2.- Propuestas Alternativas

*Una vez realizado el análisis de la relevancia y prioridad, para efectos de la presente norma, **se entenderá por propuestas alternativas a aquellas que estando orientadas al mismo objetivo, implican distintas alternativas de solución o distintas alternativas técnicas**”.* (Énfasis y subrayado es nuestro)

En cambio, la definición planteada en el numeral 18.4 del artículo 18° del Reglamento de la LMAAP es la siguiente:

*“18.4 Para los efectos de la presente norma, **se consideran proyectos alternativos aquellos que pretendiendo el uso de los mismos recursos, no se encuentran destinados al mismo objetivo**. Los proyectos que se encuentran orientados al mismo objetivo, serán considerados como el mismo proyecto de inversión, aún cuando empleen tecnologías diferentes”.* (Énfasis y subrayado es nuestro)

Al respecto, somos de la opinión que el artículo 2° deroga y, por consiguiente, modifica la definición planteada en el numeral 18.4 del Reglamento de la LMAAP.

Pues bien, sostenemos que la convivencia de ambas definiciones resulta errónea y atentatoria contra la promoción de la inversión privada. No consideramos que una definición de proyectos alternativos resulte aplicable para aquellos proyectos de inversión privada recaídos en iniciativas privadas que exclusivamente requieran de cofinanciamiento, mientras que la otra definición resulte aplicable únicamente a las que son consideradas autosostenibles, nada más erróneo. Recordemos pues, como mencionáramos anteriormente, el comienzo de esta nueva modalidad se inició con la Ley N° 29771, que modificó el primer párrafo del artículo 14° de la LMAAP, suprimiéndose el extremo normativo que señala que las iniciativas privadas no podrán demandar garantías financieras del Estado.

Si bien es cierto que el Decreto Supremo N° 005-2013-EF no reglamenta el artículo 14° de la LMAPP, sino únicamente reglamenta la Nonagésima Sexta Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 29951, ambas definiciones deben ser concordadas y coherentes para un eficiente régimen de promoción de la inversión privada, ya que tomando en cuenta ambas definiciones, los proyectos alternativos que se formulen o diseñen sobre la base de una u otra definición resultan completamente distintos.

En ese contexto, podemos observar la falta de coherencia y sistematización normativa que regule de manera organizada y armoniosa el régimen jurídico de promoción de la inversión privada.

En ese sentido, urge un nuevo texto normativo que aglutine el régimen de iniciativas privadas de manera completa o que se apruebe un Texto Único Ordenado del marco jurídico de promoción de inversión privada sobre los preceptos que disponen tanto el TULO, la LMID, LMAPP y sus respectivos Reglamentos y demás normas que le resulten aplicables.

Sin perjuicio de ello, al igual que la concurrencia de iniciativas privadas que compartan los mismos recursos estatales y objetivos, el supuesto de iniciativas privadas alternativas, podrán formularse antes y después de la declaratoria de interés de una ya admitida a trámite con anterioridad.

i) Antes de la declaratoria de interés

Pues bien, ante el supuesto de concurrencia de iniciativas privadas alternativas frente a la que se encuentra en evaluación, conforme a lo dispuesto en literal b) del numeral 18.3 del artículo 18° del Reglamento de la LMAAP el factor determinante para la continuidad de tramitación de la primigenia será la regla de “mayor rentabilidad social”, decisión que será adoptada por el máximo el Consejo Directivo de PROINVERSION y que deberá encontrarse debidamente sustentada, con opinión previa de los sectores involucrados. Igualmente, la iniciativa no seleccionada o que no demuestre “mayor rentabilidad social” quedará suspendida. Si el proyecto contenido en la iniciativa privada preferida es convocado a proceso de selección o se suscribe el contrato correspondiente en caso de adjudicación directa, la iniciativa suspendida será rechazada.

Asimismo, el procedimiento que se sigue en el supuesto de proyectos alternativos se encuentra detallado en la Directiva N° 004-2009-PROINVERSION, específicamente en el numeral 6.3.11, de conformidad con los pasos que siguen a continuación:

- (i) En primer lugar, le corresponde a la Dirección de Asuntos Técnicos dar cuenta al Comité de PROINVERSION de la presentación y admisión a trámite de la iniciativa privada que contiene un proyecto alternativo.
- (ii) Posteriormente, le corresponde al Comité remitir la iniciativa privada a los sectores correspondientes, quienes cuentan con un plazo máximo de veinte (20) días hábiles para emitir su opinión técnica sobre la rentabilidad social de los proyectos alternativos.
- (iii) Luego, el acuerdo adoptado por el Comité es elevado al Consejo Directivo de PROINVERSION para que se otorgue la preferencia al proyecto de mayor rentabilidad social.

Sin embargo, de la revisión del marco jurídico de promoción de la inversión privada no existe disposición alguna que defina, y disponga los criterios y pautas que puedan detallar lo que significa el factor de “mayor rentabilidad social” para dar preferencia a una determinada iniciativa privada. En ese sentido, dicha omisión desincentiva claramente a los inversionistas y/o terceros en formular y presentar proyectos de inversión privada que necesitan de reglas muy claras para la inversión y desembolso de grandes

y millonarias sumas de dinero para la ejecución de proyectos de gran envergadura como son, precisamente, los de APPS. Es más, dicho contexto podría resultar perjudicial para el propio Estado y la sociedad en su conjunto que se beneficia con la ejecución o explotación del proyecto, ya que no habrá posibilidad de elección, vía concurso de Proyectos Integrales o Licitación Pública, del mejor proyecto, o las mejores propuestas técnicas o económicas que resulten más ventajosas y eficientes, ya que no siempre un proyecto adjudicado de manera directa por la falta de postores o terceros interesados, es el mejor proyecto.

Así, cabe resaltar que el artículo 5° de la LMAAP contempla el Principio de Competencia, mediante el cual se reconoce que la competencia es el mecanismo adecuado para asegurar la eficiencia en la provisión de infraestructura y servicios públicos.

En ese sentido, a modo de *"lege ferenda"* urge la necesidad que en el Reglamento de la LMAPP al considerar el factor de *"mayor rentabilidad social"* como decisorio para la vida de una determinada iniciativa privada en el marco del proceso de promoción de la inversión privada, se encuentre definida y acompañada de criterios objetivos y técnicos que permitan generar predictibilidad y transparencia para que terceros ajenos al titular de la iniciativa privada primigenia puedan interesarse en un determinado proyecto de inversión, toda vez que a consecuencia de dicha omisión, la calificación y evaluación de las propuestas o iniciativas privadas alternativas por parte de terceros podrán sujetarse a criterios meramente subjetivos, arbitrarios y hasta discriminatorios (lo que transgrede el Principio de Igualdad ante la Ley reconocido ampliamente en la Constitución como derecho fundamental de la persona) por parte de las entidades públicas y sectores intervinientes en desmedro del interés público que trasciende en esa clase de proyectos.

El supuesto de proposiciones de iniciativas privadas alternativas frente a los proyectos de inversión presentados con anterioridad constituyen uno de los bemoles, cargado de una amplia discrecionalidad en el marco jurídico de promoción de la inversión privada, generando incertidumbre y, por consiguiente, desincentivos perversos para la formulación de proyectos de inversión privada a favor del Estado y de la sociedad ante los vacíos legales en su regulación.

ii) Después de la declaratoria de interés

Cabe destacar que, para el supuesto en que se presente uno o más terceros interesados presenten proyectos alternativos luego de la declaratoria de interés, el numeral 8 del artículo 18° del Reglamento dispone que el OPIP correspondiente podrá rechazarlo(s) a menos que determine que tiene un *"beneficio para la sociedad significativamente superior"* al de la iniciativa original.

Siendo ello así, volvemos a lo mismo con relación al supuesto de concurrencia de iniciativas privadas alternativas frente a la que se encuentra en evaluación, toda vez que no existe disposición alguna en el marco jurídico de promoción de la inversión privada que defina y pueda establecer los criterios determinantes con relación al factor de *"beneficio para la sociedad significativamente superior"* para decidir la suerte de las iniciativas privadas alternativas que se presenten y que le hagan frente a la iniciativa original. Lo mismo sucede para el caso de las iniciativas privadas cofinanciadas reguladas en el artículo 12° del Decreto Supremo N° 005-2013-EF.

Lo más grave aún es materializar y determinar el adverbio “significativamente”, cuya calificación peca de contener amplias esferas de subjetividad y arbitrariedad al momento de su calificación por parte de las entidades públicas involucradas. A ciencia cierta, nos preguntamos lo siguiente, ¿Cuáles serán las diferencias entre los criterios de calificación de “mayor rentabilidad social” y “beneficio para la sociedad significativamente superior”? Lo que sí puede advertirse es que dichos factores de calificación tal como se encuentran dispuestos en las normas no se ajustan a ley.

Por otro lado, prosigue la norma indicando que en caso que se determine el “beneficio para la sociedad significativamente superior” al de la iniciativa privada original se convocará a un Concurso de Proyectos Integrales, considerándose en las bases un factor de adjudicación que garantice la competencia entre los distintos proyectos alternativos a fin de que compitan los mismos.

En ese sentido, podemos interpretar en virtud a lo establecido en el cuarto párrafo del literal a) del artículo 16° de la LMAAP¹⁶ conjuntamente con el numeral 8 del artículo 18° de su Reglamento que al tratarse de un Concurso de Proyectos Integrales se podrá afirmar que el titular de la iniciativa privada original pueda ejercer el derecho a igualar la oferta o “el factor de competencia adjudicador” que hubiere quedado en primer lugar, es decir, del titular de la iniciativa privada que contiene un proyecto alternativo, al ser el generador del proyecto materia del concurso.

En ese contexto, podemos apreciar un alto contenido de incertidumbre y, por consiguiente, desincentivos para concurrir o formular proyectos de inversión privada a favor del Estado y de la sociedad ante los vacíos legales en su regulación.

5. Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales

En los párrafos anteriores se ha señalado que luego de la declaratoria de interés de una determinada iniciativa privada, la misma seguirá el proceso de promoción de la inversión privada a través de la Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales. Sin embargo, tanto el TUO y la LMAPP y sus respectivos Reglamentos, así como la Directiva no establece definición y distinción alguna entre los distintos procesos de promoción de la inversión privada, lo que sí ocurría con el derogado Decreto Supremo N° 189-92-EF, que aprobó el Reglamento de las Inversiones Privadas en Obras de Infraestructura y en Servicios Públicos, que contemplaba la diferencias sobre cada una de ellas, salvo lo concerniente a la Oferta Pública¹⁷.

¹⁶ Artículo 16.- De la adjudicación directa o de la Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales

“(…)

Podrán participar en la Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales, además del proponente, los terceros interesados que hubieren expresado por escrito su interés y hubieren presentado la carta fianza correspondiente.

En el caso que el proponente participe en la Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales que se convoque y cumpla con presentar en el plazo estipulado por las bases correspondientes la documentación requerida, tendrá derecho a igualar la oferta que hubiere quedado en primer lugar. De ejercer este derecho, se procederá a un desempate definitivo entre el proponente y el postor que hubiere quedado en primer lugar presentando cada uno una mejor oferta en función del factor de competencia. Este desempate deberá realizarse dentro de los 15 días calendario de abiertas las ofertas económicas. (…)”

¹⁷ Artículo 8.- El Concurso de Proyectos Integrales procederá cuando el organismo concedente no cuente con

Ahora bien, si el marco de promoción de la inversión privada dispone la existencia expresa de los referidos procesos para adjudicación del proyecto, se entiende que efectivamente debe existir una clara diferenciación entre ambos conceptos.

La importancia radica primordialmente en que los inversionistas privados tienen el derecho de conocer a ciencia cierta todo lo concerniente respecto al procedimiento para la declaración de interés y proceso de promoción de la inversión privada. En ese sentido, los inversionistas necesitan saber de manera preliminar, incluso de manera anticipada a la presentación del proyecto recaído en iniciativa privada y antes del llamado al proceso de promoción de la inversión privada, los alcances y distinciones entre los mecanismos de Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales.

Sobre el particular, el proceso de promoción de la inversión privada se inicia una vez que se apruebe el “Plan de Promoción de la Inversión Privada” sobre un determinado proyecto, por parte del acuerdo del Directorio de PROINVERSION y haya quedado ratificado por Resolución Suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros y del Ministro del sector correspondiente.

El referido plan contendrá como mínimo, en atención a lo establecido en el artículo 11° del Reglamento del TUO, la siguiente información: a) Diseño general del proceso, b) modalidad de otorgamiento de la concesión (Licitación Pública Especial o Concurso de Proyectos Integrales), c) esquema financiero, d) plazo de la concesión, y e) cronograma del proceso. En relación a la segunda etapa, esta culminará cuando el Comité Especial de PROINVERSION haya elaborado y aprobado las bases respectivas, y se encuentre en condiciones de hacer públicas el anuncio de la convocatoria mediante el procedimiento de Licitación Pública Especial o Concurso de Proyectos Integrales, conforme a lo previsto en el artículo 14° del Reglamento del TUO¹⁸.

Aunado a ello, la doctrina ha desarrollado ampliamente la conceptualización y diferencias entre los diversos tipos de procedimientos para la formación de voluntad del Estado y del contrato mismo. De esta manera, la Licitación Pública Especial es el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual de la Administración pública, en el cual la entidad pública licitante, bajo el ámbito exclusivo de sus competencias y en ejercicio de su función administrativa, invita a los interesados para que sujetándose a las bases o pliegos de condiciones, formulen sus propuestas de entre las cuales se seleccionará y aceptará la más conveniente¹⁹.

los estudios y proyectos requeridos para la ejecución de la obra o la explotación del servicio. En este caso, las propuestas que presenten los postores contendrán las condiciones contractuales, técnicas económicas y financieras de la obra que se pretende ejecutar o explotar así como el proyecto respectivo.

Artículo 9.- La Licitación Pública Especial procederá cuando el organismo concedente determine previamente la obra a ejecutar y cuente con los estudios y proyectos requeridos.

¹⁸ El artículo 14° del Reglamento del TUO señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 14.- Para efectos del otorgamiento de concesiones, el Comité Especial respectivo, convocará a Licitación Pública Especial o a Concurso de Proyectos Integrales, nacionales o internacionales, según el caso. En ambos casos la convocatoria deberá ser publicada en el Diario Oficial El Peruano y en dos diarios de circulación nacional, por dos (2) días consecutivos.

Cuando se trate de una licitación o de un concurso internacional, la convocatoria podrá publicarse también en los diarios de los países en los cuales podrían existir interesados en la concesión”. (El énfasis es nuestro)

¹⁹ DROMI, Roberto. *Licitación Pública*. Lima: Gaceta Jurídica. 2006. P. 172.

Cabe precisar que, como rasgo esencial sobre estos tipos de procesos, la entidad pública contratante, por intermedio de la entidad pública licitante, como es el caso de PROINVERSION, sabe qué es lo que desea hacer, cómo quiere hacerlo y para qué quiere realizarlo expresado y regulado de manera especial en el Plan de Promoción de la Inversión Privada y en las bases, razón por la cual, su característica esencial ha sido la adjudicación automática al mejor postor, entendiéndose por tal, al que realice la propuesta más ventajosa o más conveniente desde el punto de vista exclusivamente económico para el Estado²⁰.

En cambio, el Concurso de Proyectos Integrales la doctrina enseña que es el procedimiento administrativo de selección que se origina en una iniciativa privada, presentada por un particular, para solicitar la concesión de una obra pública o un servicio público o de recursos estatales que es declarada de interés público por la entidad o sector público correspondiente.

Se considera además que se debe acudir a un Concurso de Proyectos Integrales cuando el postor tenga a su cargo el diseño y la tecnología a ser empleadas en la construcción de la obra o la prestación o explotación del servicio público o cuando se limite a mejorar la infraestructura existente, mientras que se debe optar por una Licitación Pública cuando el diseño y tecnología a emplear ya se encuentran definidos por el Estado²¹.

En efecto, tomando en cuenta las definiciones y distinciones desarrolladas entre ambos tipos de procedimientos antes expuestos, debemos destacar que el procedimiento de Concurso de Proyectos Integrales, que se originan mediante iniciativas privadas, posee una especial y particular importancia, pues en primer lugar, se alienta a los inversionistas privados a empaquetar ideas, venderlas al Estado y llevarlas a la práctica, y en segundo lugar, implica además un significativo ahorro, tanto de tiempo como de inversión de los fondos públicos, lo cual permitirá la reducción del déficit de inversión

²⁰ DE SOLAS RAFECAS, José María y SASTRE BECEIRO, Mónica. En: ARIÑO y ASOCIADOS. Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Tomo III, La Gestión del Contrato. Granada, 2005. Pp. 59. Cabe precisar que en el ordenamiento jurídico español el término "subasta pública" ostenta el mismo significado que "licitación pública" utilizado en el nuestro.

Aunado a ello, siguiendo a DE SOLAS RAFECAS, en otro trabajo, sostiene que el empleo de la subasta (licitación) respondió a una concepción patrimonialista del interés público, la cual se mantiene hasta hoy en nuestro derecho, en la medida que la defensa del interés público era equivalente a la protección del patrimonio de la Administración, que se traducía en la obtención del servicio o de la obra al menor coste posible. En: "Contratación Pública Jornadas de Valladolid 27-29 de enero de 1993 (J.L. Martínez López-Muñiz y J.C. Laguna de Paz Coordinadores). Marcial Pons. Madrid, 1996. Pp. 76-77.

²¹ Al respecto, señala la doctrina que bajo ese tipo de procedimiento administrativo para el otorgamiento de la concesión, ya no es el ente público licitante el que elabora y define las reglas y cualidades que la obra o servicio han de tener, sino que serán los eventuales oferentes elaboren el modelo de concesión que pretenden encarar, tomando en cuenta los aspectos técnicos, económicos, financieros y jurídicos, al punto que lo regulado en el ordenamiento jurídico solo será aplicable de manera supletoria, ante la falta de previsión específica en las bases o en las ofertas respectivas, razón por la cual se pudiese concluir que no existen bases o pliegos de condiciones en ese tipo de procedimiento. Cfr. MERTEHIKIAN, Eduardo. "La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos". Editorial ABACO. Buenos Aires, 1992. P. 109., y Cfr. DROMI, Roberto. "Licitación Pública". P. 227-229. De la misma manera, Cfr. SAYAGUES LASO, Enrique. "Tratado de Derecho Administrativo". Quinta Edición. Tomo I. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Fundación de Cultura Universitaria. Uruguay, 1991. Pp. 562-563.

en dichas materias^{22/23}, transformándose el particular en un verdadero colaborador del Estado²⁴.

Finalmente, de acuerdo con DROMI, la Oferta Pública es la proposición firme y completa para suscribir o celebrar un contrato, en la que importa la aceptación de todos y cada uno de los pliegos de contratación o bases para su adjudicación²⁵.

Sin embargo, en nuestro medio el rasgo distintivo para optar por uno de los diversos procesos de promoción de la inversión privada tales como Oferta Pública, Licitación Pública y Concurso de Proyectos Integrales dependen del número de concurrentes o terceros que manifiesten su interés en la ejecución de una iniciativa privada ya declarada de interés, tal como vimos anteriormente.

6. Reflexiones finales

- Las entidades públicas intervinientes deben entender y diferenciar claramente las distintas etapas o fases de evaluación del proyecto, es decir, deben entender que cuando el OPIP correspondiente o PROINVERSION remitan la iniciativa privada para la emisión de la opinión de interés o relevancia de la propuesta de inversión presentada, la misma que no es sinónimo de emitir la Declaratoria de Interés, sino todo lo contrario.
- La tramitación de las iniciativas privadas si bien ostentan el carácter de peticiones de gracia, constituye un procedimiento administrativo, en la cual le resultan perfectamente aplicables los principios del procedimiento administrativo recogidos en la norma IV del Título Preliminar de la LPAG, entre otros, tales como el Principio de Predictibilidad.

²² O'NEILL DE LA FUENTE, Cecilia. "De las privatizaciones a las Asociaciones Público Privadas". En: IUS la Revista, N° 37. Pp. 81-82. De la misma manera, MORON URBINA, Juan Carlos. "Las concesiones de infraestructura a iniciativa del inversionista". En: Revista IUS ET VERITAS N° 35. Pp. 178-180.

²³ Por su parte, siguiendo a DE SOLAS RAFECAS, cuando se estima la conveniencia que los particulares (concurantes) ofrezcan sus iniciativas al órgano de contratación, para la mejor obtención de la finalidad pública perseguida por el contrato proyectado, se entiende que no se trata, pura y simplemente, de satisfacer las necesidades públicas, sino que ello se realice de la mejor manera. "Pues bien, si de lo que se trata es de que las necesidades sociales o públicas se vean satisfechas en grado óptimo, resulta perfectamente lógica la consecuencia de que la Administración recabe las sugerencias de o iniciativas de los particulares al respecto. Los particulares pueden aportar mejores soluciones que las de la propia Administración en orden a colmar unas necesidades que, aunque públicas (en cuanto encomendadas a la Administración), son sentidas por la sociedad que ellas son parte". En: "Contratación Pública Jornadas de Valladolid 27-29 de enero de 1993 (J.L. Martínez López-Muñiz y J.C. Laguna de Paz Coordinadores). Marcial Pons. Madrid, 1996. Pp. 76-77. Del mismo autor, Cfr. DE SOLAS RAFECAS, José María. "Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración". Edit. Tecnós, Madrid, 1990. Pp. 192. De la misma manera, en nuestro Derecho, O'NEILL DE LA FUENTE ha expuesto que lo que debe destacarse es que la convocatoria pública a posibles terceros interesados, constituye el hilo conductor entre las iniciativas privadas en particular y las APPS en general, ya que la idea es generar competencia para que la ejecución del proyecto se efectúe en los términos más convenientes para el Estado y usuarios. Óp. Cit. O'NEILL DE LA FUENTE, Cecilia. P. 82.

²⁴ Cfr. Óp. Cit. DE SOLAS RAFECAS, José María. "Contratos Administrativos...". Pp. 192-193. Asimismo, del mismo autor, "Los procedimientos de selección de contratistas y de adjudicación de los contratos de la Administración y en especial del contrato de obras públicas, en el Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas". P. 75. En nuestro derecho, cfr. Ibid. O'NEILL DE LA FUENTE, Cecilia.

²⁵ Cfr. Óp. Cit. DROMI. Pp. 468-469.

- De acuerdo con ello, dicho principio dispone como regla general que “La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá”.
- En ese sentido, el marco jurídico de promoción de la inversión privada debe permitir a los inversionistas de manera ex – ante a la presentación de un determinado proyecto de inversión recaído en iniciativas privadas tener cierta certeza sobre el procedimiento sin perjuicio del carácter graciable de las mismas.
- Finalmente, urge la necesidad que se apruebe un Texto Único Ordenado que aglutine el marco jurídico de promoción de la inversión privada, estableciendo una regulación completa sobre cada una de las fases que integran el procedimiento de declaración de interés hasta la adjudicación del proyecto recaído en iniciativas privadas, en pro de generar incentivos y otorgar reglas claras a los inversionistas para la formulación y presentación de proyectos.

Recibido: 27/07/2013
Aprobado: 30/08/2013