

La Nueva Relación Público-Privada en el Ordenamiento Jurídico-Administrativo Peruano a la luz del actual Régimen de Obras por Impuestos

Lucio Andrés Sánchez Povich¹

SUMARIO

1. Preliminar. Introducción y propósito del presente estudio; 2. Marco conceptual del Régimen de Obras por Impuestos; 2.a. ¿En qué consiste el mecanismo de Obras por Impuestos?; 2.b. Proyectos de inversión que pueden ser ejecutados bajo el mecanismo de Obras por Impuestos; 2.c. Partes intervinientes en el Régimen de Obras por Impuestos; 2.d. Modalidades de ejecución de proyectos de inversión pública bajo el mecanismo de Obras por Impuestos; 2.e. El proceso de selección; 2.f. Los Certificados de Inversión Pública; 3. Un enfoque jurídico-administrativo del régimen de Obras por Impuestos: su encuadre en las formas de intervención pública en la economía y la nueva relación público-privada (Estado-sociedad) que suscita; 3.a. El régimen de Obras por Impuestos como manifestación del fomento administrativo; 3.b. El rol social del Estado y su atención por medio de la colaboración privada; 3.c. La supervisión de la ejecución del proyecto o el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares; 3.d. Aplicación del régimen de asociaciones público-privadas a los proyectos ejecutados bajo el mecanismo de Obras por Impuestos; 4. Reflexión final.

PALABRAS CLAVE

Derecho administrativo, relación público-privada, Régimen de Obras por Impuestos, proyectos de inversión

KEYWORDS

Administrative Law, public-private tie, Public Works Tax Deduction Law, investment projects

RESUMEN

El autor estudia el actual régimen de Obras por Impuestos desde la perspectiva del Derecho público económico, advirtiendo que el mismo es expresión del fomento administrativo y enfatizando la nueva relación público-privada que este régimen ha significado en el ordenamiento jurídico peruano.

ABSTRACT

The author presents an Administrative Law research on the current Public Works Tax Deduction Law. According to his position, the author notes that this legal regime has

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Adjunto de docencia del curso de Derecho Administrativo Económico y Jefe de Práctica de Introducción a las Ciencias Jurídicas en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del área regulatoria de Santiváñez Abogados. lucio.sanchez@santivanez.com.pe

introduced a new public-private tie where both parts work together in order to achieve social objectives.

1. Preliminar. Introducción y propósito del presente estudio

El 20 de mayo de 2008, se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 29230, Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado (en adelante, la Ley), marco normativo con el cual se normó lo que ahora es conocido como “Régimen de Obras por Impuestos”. Esta Ley tuvo por objeto impulsar la ejecución de proyectos de inversión pública de impacto regional y local con la participación del sector privado, para lo cual introdujo un mecanismo mediante el cual las empresas privadas que firmaran determinados Convenios de Inversión con los gobiernos regionales y/o locales podrían financiar y/o ejecutar proyectos de inversión pública en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP). Estos proyectos, desde luego, tendrían que cumplir con estar en armonía con las políticas y los planes de desarrollo nacional, regional y/o local, y contar con la declaración de viabilidad correspondiente.

El régimen de obras por impuestos no solo ha supuesto la introducción de un nuevo marco normativo de promoción de la inversión, sino que ha significado también el surgimiento de una nueva relación público-privada a la que poca atención se le ha brindado académicamente; y ha evidenciado, además, el recurso a diversas formas de actuación pública y técnicas jurídico-administrativas que conviene ahora estudiar. Por tal motivo, el presente artículo tiene por propósito estudiar, desde la perspectiva del Derecho público económico, las características principales del régimen de Obras por Impuestos. Para ello, en una primera parte se realizará una descripción general de este mecanismo de acuerdo a la Ley y al Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 409-2015-EF. Luego de ello, se identificarán puntualmente las técnicas o formas administrativas empleadas en el mismo y, finalmente, se advertirá la nueva relación público-privada que ha introducido este régimen en el ordenamiento jurídico-administrativo peruano.

2. Marco conceptual del Régimen de Obras por Impuestos

Como se ha adelantado, este estudio no busca detenerse en una mera enumeración de los aspectos generales del régimen de Obras por Impuestos, sino que propone un enfoque de estudio del mismo desde los conceptos que teje el Derecho público económico. En tal sentido, a continuación se procederá a agrupar los aspectos normativos relevantes de este régimen, identificando los sujetos involucrados en el mismo, los procedimientos administrativos a los que da lugar, los sistemas administrativos que compromete y las funciones públicas en las que ahora –si bien de modo indirecto– coparticipa el sector privado.

2.a. ¿En qué consiste el mecanismo de Obras por Impuestos?

El régimen de Obras por Impuestos brinda a las empresas privadas la posibilidad de celebrar “Convenios de Inversión Pública” con entidades del Gobierno Nacional (Ministerios), Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, Universidades Públicas, Mancomunidades Regionales, Mancomunidades Municipales y Juntas de Coordinación Interregional, con la finalidad de financiar y ejecutar proyectos de inversión pública en el marco del SNIP.

Lo llamativo de este mecanismo es que, en lugar de efectuar un pago líquido o en moneda, la Entidad Pública cancela la inversión asumida por las empresas privadas en el proyecto con un título valor denominado “Certificado de Inversión Pública”². El Certificado de Inversión Pública puede ser empleado por las empresas privadas para efectuar únicamente el pago a cuenta o de regularización de sus impuestos a la renta de tercera categoría, de forma tal que se les permita la recuperación de la inversión realizada.

2.b. Proyectos de inversión que pueden ser ejecutados bajo el mecanismo de Obras por Impuestos

De acuerdo a lo señalado por la Ley y su Reglamento, para que un proyecto de inversión pública pueda ser ejecutado mediante el mecanismo de Obras por Impuestos, es necesario que éste haya sido priorizado antes por la Entidad Pública correspondiente y que cuente con viabilidad de acuerdo a las disposiciones del SNIP. De hecho, los proyectos de inversión pública a ejecutarse serán aquellos que hayan sido formulados, aprobados y declarados viables de conformidad con la normativa del SNIP; es decir, sujetándose a lo dispuesto principalmente por la Ley N° 27293, Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, y a la Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública, aprobada mediante Resolución Directoral N° 003-2011-EF/68.1.

De acuerdo a la normativa del SNIP antes referida, los proyectos de inversión pública constituyen una intervención limitada en el tiempo que utiliza total o parcialmente recursos públicos, con el fin de crear, ampliar, mejorar o recuperar la capacidad productora o de provisión de bienes o servicios de una Entidad; cuyos beneficios se generen durante la vida útil del proyecto y estos sean independientes de los de otros proyectos. Un proyecto de inversión pública, en el marco del SNIP, debe atravesar necesariamente un procedimiento de diseño, formulación, ejecución y evaluación, el cual se ha denominado bajo este sistema como “Ciclo del Proyecto”.

Bajo este Ciclo del Proyecto se identifican básicamente tres fases que debe atravesar todo proyecto de inversión pública:

- i) *Fase de Preinversión*, en la cual se evalúa la conveniencia de realizar un PIP en particular, determinándose su pertinencia, rentabilidad social y sostenibilidad. Esta fase comprende la elaboración del Perfil del proyecto, que además incluye el análisis a nivel de un estudio de Prefactibilidad, y la elaboración del estudio de Factibilidad³.

Para que un proyecto de inversión pública culmine esta Fase, debe obtener necesariamente una declaración de viabilidad. Esta es la viabilidad a la que hace referencia la Ley de Obras por Impuestos, luego de la cual se puede priorizar e introducir a un determinado proyecto para su ejecución mediante este mecanismo.

La viabilidad sólo se otorga a aquel proyecto de inversión pública que a través de sus estudios de preinversión ha evidenciado ser socialmente rentable, sostenible y compatible

² La Ley N° 29230 y su Reglamento distinguen entre los Certificados de Inversión Pública del Gobierno Nacional (CIPGN) y los Certificados de Inversión Pública del Gobierno Regional y Local (CIPRL).

³ Cfr. Artículo 11 de la Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública, aprobada mediante Resolución Directoral N° 003-2011-EF/68.01.

con los Lineamientos de Política y con los Planes de Desarrollo respectivos⁴. Entre otras cuestiones, esta fase exige que los proyectos hayan sido elaborados observando los Parámetros y Normas Técnicas para Formulación y los Parámetros de Evaluación, es decir, siguiendo los criterios y estándares técnicos aprobados mediante normas de Derecho público.

ii) *Fase de Inversión*, la cual comprende la elaboración del Estudio Definitivo, Expediente Técnico u otro documento equivalente, y la ejecución del proyecto de inversión pública.

Esta fase culmina luego de que el PIP ha sido totalmente ejecutado, liquidado y de corresponder, transferido a la entidad responsable de su operación y mantenimiento⁵.

iii) *Fase de Postinversión*, la cual comprende la operación y el mantenimiento del proyecto ejecutado, así como la evaluación ex post, la cual tiene por objeto determinar sistemática y objetivamente la eficiencia, eficacia e impacto de todas las acciones desarrolladas para alcanzar los objetivos planteados en el proyecto de inversión pública⁶.

Ahora bien, para el caso de los proyectos ejecutados bajo el mecanismo de Obras por Impuestos, de las fases antes enunciadas, es la fase de preinversión la que reviste una especial importancia. Una vez que los proyectos han cumplido con la evaluación en esta fase y han obtenido su **viabilidad**, corresponde que la Entidad correspondiente los priorice como tales para su ejecución mediante el mecanismo de Obras por Impuestos. Para esto, los proyectos son aprobados dentro de una **“Lista de Proyectos Priorizados”**. En caso el proyecto corresponda al Gobierno Regional, Gobierno Local o Universidad Pública, éste deberá ser priorizado mediante resolución del Consejo Regional, Concejo Municipal o del Consejo Universitario, respectivamente. Del mismo modo, si el proyecto corresponde a una Entidad del Gobierno Nacional, la priorización deberá realizarse mediante resolución del Titular de la Entidad Pública correspondiente. Ahora bien, según exige el numeral 6.3 del Reglamento⁷, dicha lista de proyectos priorizados debe ser remitida a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión), a fin de que ésta la publique en su portal institucional. Además, las Entidades Públicas se encuentran obligadas a actualizar dichas listas periódicamente y como mínimo una vez al año⁸.

⁴ Cfr. Numeral 20.1 del artículo 20 de la Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública, aprobada mediante Resolución Directoral N° 003-2011-EF/68.01.

⁵ Cfr. Artículo 23 de la Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública, aprobada mediante Resolución Directoral N° 003-2011-EF/68.01.

⁶ Cfr. Artículo 29 de la Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública, aprobada mediante Resolución Directoral N° 003-2011-EF/68.01.

⁷ **Reglamento de la Ley N° 29230, aprobado por Decreto Supremo N° 409-2015-EF**

Artículo 6. De la lista de proyectos priorizados

(...)

6.3 Dicha lista es remitida a Proinversión a fin que la publique en su portal institucional dentro de los tres (3) días de recibida. Las Entidades Públicas deben actualizar dichas listas periódicamente y como mínimo una vez al año.

(...)

⁸ En caso transcurriesen dos (02) años sin que los proyectos priorizados fuesen adjudicados, Proinversión deberá retirar de su portal la información sobre los mismos.

Si bien la apuesta por este mecanismo de inversión ha sido loable, se ha procurado que los montos a ejecutar mediante este régimen consideren límites básicamente de carácter presupuestario. Así pues, para el caso de proyectos de Entidades Públicas del Gobierno Nacional, se requiere que antes de la priorización, los mismos cuenten con la opinión favorable de **Capacidad Presupuestal** con la que cuenta para el financiamiento de los proyectos y su mantenimiento, de ser el caso, la cual es emitida por la Dirección General de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas (DGPP). Por su parte, para los proyectos de los Gobiernos Locales, Gobiernos Regionales, Universidades Públicas y demás, estos no deberán exceder la inversión de quince mil Unidades Impositivas Tributarias ni los flujos transferidos por concepto de Recursos Determinados provenientes del canon, sobrecanon, regalías, renta de aduanas y participaciones durante los dos últimos años previos al año en el que se está realizando el cálculo más el tope presupuestal por el mismo concepto incluido en el Presupuesto Institucional de Apertura correspondiente a la fecha de cálculo⁹.

2.c. Partes intervinientes en el Régimen de Obras por Impuestos

En este nuevo espectro normativo, los actores involucrados son, desde luego, los agentes privados y las Entidades Públicas a las cuales la Ley ha incluido en su ámbito de aplicación.

i) Entidades Públicas

Inicialmente, tal como fue publicada la Ley N° 29230 en 2008, el ámbito de aplicación de este régimen únicamente comprendía a los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, los cuales debían contar con recursos ordinarios provenientes del canon, sobrecanon y regalías. Esto tenía mucho sentido, puesto que, como luego se explicará, si bien el pago de los proyectos ejecutados bajo este mecanismo se realizaba por medio de los Certificados de Inversión Pública que emite el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), estos títulos valores se financiaban únicamente con cargo a los recursos que los Gobiernos Regionales y Locales percibían por concepto de canon, sobrecanon y regalías. Esto explica que, inicialmente, el régimen haya apostado por impulsar la inversión pública al fomentar el mayor y eficiente gasto de los recursos que por estos conceptos no era, incluso hasta hoy, bien ejecutado por muchos Gobiernos Regionales y Locales.

Posteriormente, al verificarse el éxito del mecanismo, se decidió incluir un nuevo universo de Entidades Públicas que, al percibir también ingresos por concepto de canon, sobrecanon y regalías, podrían verse beneficiadas por este régimen. Así fue que, con la modificación introducida mediante la Ley N° 30056 en 2013 y la aprobación de un nuevo Reglamento mediante el Decreto Supremo N° 005-2014-EF en 2014, se introdujeron también a los proyectos de inversión de las Universidades Públicas que percibían canon, sobrecanon y regalías mineras; y a los proyectos de las Mancomunidades Regionales, Mancomunidades Municipales y a las Juntas de Coordinación Interregional. Adicionalmente, y esto es relevante advertir, la aprobación de estas normas permitió que el mecanismo de Obras por Impuestos pudiera emplearse por aquellos Gobiernos Regionales y Locales que no percibían ingresos por concepto de canon, sobrecanon, regalías, renta de aduanas y participaciones o que tan sólo percibían por estos conceptos un monto no mayor a 2.5 millones de soles, en cuyos casos los Certificados de Inversión Pública se financiarían con

⁹ Cfr. Artículo 4 y Segunda Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 29230.

cargo a Recursos Determinados provenientes de fondos señalados por el MEF mediante Decreto Supremo (como el Fondo de Inclusión Económica en Zonas Rurales – FONIE, y el Fondo de Promoción a la Inversión Pública Regional y Local – FONIPREL).

Esta modificación, desde luego, fue relevante, puesto que amplió las fuentes de financiamiento a partir de las cuales podrían cancelarse los Certificados de Inversión Pública y evidenció que este mecanismo de inversión, inicialmente pensado para fomentar el gasto de recursos obtenidos principalmente por canon, podría ser replicado con cargo a otras partidas. En estricto, a partir de esta reforma, el régimen de Obras por Impuestos le ganó un poco de terreno a lo que, en principio, siempre había sido pensado ejecutar bajo la vía “ordinaria” del sistema nacional de contrataciones del Estado¹⁰.

Finalmente, la promulgación de la Ley N° 30264, las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1238 y la aprobación mediante Decreto Supremo N° 409-2015-EF del nuevo y actualmente vigente Reglamento de Obras por Impuestos, han terminado por consolidar este régimen y han introducido a las Entidades del Gobierno Nacional –las cuales, en estricto, no perciben “canon”– dentro de los alcances de este mecanismo. Desde entonces, es posible para estas entidades financiar los Certificados de Inversión Pública con cargo a los Recursos Ordinarios, Recursos Directamente Recaudados o Recursos Determinados, y destinar los mismos a la ejecución de proyectos de inversión pública en materias de salud, seguridad, cultura, saneamiento, deporte y ambiente.

ii) Agentes Privados

En el régimen de obras por impuestos participa más de un agente privado, pero cada uno tiene una denominación y función distintas, según el rol que ocupe en cumplimiento de este mecanismo. Así se tiene que, entre los agentes privados que participan de este régimen, se encuentran las “Empresas Privadas”, las “Empresas Ejecutoras” y las “Entidades Privadas Supervisoras”.

Por “**Empresa Privada**” el marco normativo de Obras por Impuestos se ha referido únicamente a aquella empresa que *financia* un determinado proyecto de inversión bajo este mecanismo. Esto es, aquella empresa que cuenta o considera que sus tributos por concepto de renta de tercera categoría podrán ser pagados o regularizados por medio de los Certificados de Inversión Pública. Es, por tanto, aquel agente privado que desembolsará los recursos necesarios para que determinado proyecto de inversión logre ejecutarse. En muchos casos, la Empresa Privada contratará a su vez a otro agente privado para que se encargue de ejecutar el proyecto; pero en otros, podrá, además de financiar el proyecto, decidir ejecutarlo ella misma y actuar también como Empresa Ejecutora.

De acuerdo a la normativa vigente, pueden participar en los procesos de selección de la Empresa Privada para el financiamiento y/o ejecución de proyectos bajo este mecanismo las personas jurídicas nacionales o extranjeras, incluidas aquellas que hayan suscrito contratos o convenios de estabilidad, que cumplan con los requisitos legales, técnicos y económicos que se establezcan en las Bases del proceso de selección correspondiente. Del mismo modo, pueden participar Empresas Privadas en consorcio, para lo cual bastará

¹⁰ Bajo la actual Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF.

acreditar la existencia de una promesa formal de consorcio, la que deberá perfeccionarse antes de la suscripción del Convenio¹¹.

Ahora bien, están impedidas de participar en el proceso de selección al que dé lugar este mecanismo, aquellas personas jurídicas que se encuentren comprendidas en alguno de los impedimentos para ser postor y/o contratista establecidos en la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, salvo que la empresa privada haya propuesto el proyecto o cuando la elaboración del Expediente Técnico y ejecución de obra formen parte de los compromisos de la Empresa Privada, en cuyo caso no aplicará únicamente lo establecido en el actual literal e) del artículo 11 de la Ley N° 30225¹².

De otro lado, las **“Empresas Ejecutoras”** son aquellas que elaboran el Expediente Técnico, ejecutan el proyecto y/o realizan el mantenimiento del mismo. Como se ha indicado, en algunos casos, la Empresa Privada podrá actuar como Empresa Ejecutora si es que toma la decisión, además de financiar, de desarrollar el proyecto mismo. Es necesario agregar que la empresa que ejecute el proyecto, distinta de la Empresa Privada, deberá estar inscrita en el Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE¹³.

Finalmente, la **“Entidad Privada Supervisora”** es la persona natural o jurídica contratada para supervisar la ejecución del proyecto y, de ser el caso, la elaboración del Estudio Definitivo y el mantenimiento del mismo, de corresponder. La selección de la misma se rige por el mismo procedimiento de selección de la Empresa Privada en lo que resulte aplicable y debe realizarse de manera simultánea a la selección de esta última. Desde luego, la Entidad Privada Supervisora, o sus empresas vinculadas, no pueden estar vinculadas a la empresa que financia y/o ejecuta el proyecto o su mantenimiento dentro de los dos años previos a la convocatoria.

2.d. Modalidades de ejecución de proyectos de inversión pública bajo el mecanismo de Obras por Impuestos

El régimen de Obras por Impuestos ha previsto dos modalidades a partir de las cuales pueden evaluarse y ejecutarse proyectos de inversión pública bajo este mecanismo.

i) A iniciativa de la Entidad Pública

Esta es la modalidad más empleada hasta la fecha, en la cual es la propia Entidad Pública la que identifica sus necesidades, evalúa los proyectos convenientes para hacer frente a los mismos, formula los proyectos de inversión pública por medio de la Unidad

¹¹ Cfr. Artículo 19 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 409-2015-EF.

¹² **Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.**

Artículo 11.-

Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas, incluyendo las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5:

(...)

e) En el correspondiente proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas que tengan intervención directa en la determinación de las características técnicas y valor referencial o valor estimado según corresponda, elaboración de Bases, selección y evaluación de ofertas de un proceso de selección y en la autorización de pagos de los contratos derivados de dicho proceso, salvo en el caso de los contratos de supervisión.

¹³ Cfr. Numeral 17.2 del artículo 17 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 409-2015-EF.

Formuladora correspondiente, declara viable el proyecto en su Fase de Preinversión, los prioriza para que puedan ser ejecutados bajo el mecanismo de Obras por Impuestos, y finalmente convoca a un procedimiento de selección para adjudicar la ejecución del proyecto a una Empresa Privada.

ii) A propuesta de la Empresa Privada

Bajo esta modalidad, la Empresa Privada puede diseñar y formular a su propia iniciativa un proyecto de inversión para que sea evaluado y priorizado por la Entidad Pública. Estas propuestas tienen el carácter de petición de gracia, de acuerdo a lo señalado por el artículo 112 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁴. Por esta razón, el derecho del proponente se agota con la presentación de la propuesta ante la Entidad Pública, sin posibilidad de cuestionamiento o impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial. Este carácter de petición de gracia culmina cuando se convoca al proceso de selección que corresponda.

A grandes rasgos, esta modalidad de ejecución se inicia con la presentación de una **Carta de Intención** dirigida por la Empresa Privada al titular de la Entidad para desarrollar un proyecto. Esta Carta debe contener la identificación del proponente acompañando copia de los correspondientes poderes del representante legal y el detalle del proyecto que se pretende desarrollar, el costo estimado de inversión, tiempo estimado de ejecución; así como el tiempo y costo estimado de formulación del proyecto. Corresponde a la Entidad Pública evaluar la propuesta del proyecto que se detalla en la carta de intención y comunicar por escrito a la Empresa Privada si la misma es relevante para la Entidad Pública por cumplir con las políticas y planes del Gobierno Nacional, Gobierno Regional, Gobierno Local o Universidad Pública, según corresponda. Como se señaló en su momento, cuando la propuesta se dirija a una Entidad Pública del Gobierno Nacional, la evaluación de la propuesta que se detalla en la carta de intención deberá tomar en cuenta su Capacidad Presupuestal¹⁵.

Una vez se verifique y emita la correspondiente **“comunicación de relevancia”** del proyecto, la Empresa Privada puede elaborar la propuesta de estudio de preinversión a nivel de Perfil de conformidad con la normatividad del SNIP y presentar luego el mismo a la Entidad Pública para su evaluación. Es evidente, en este punto, que las propuestas de las Empresas Privadas no podrán ser proyectos que coincidan, total o parcialmente, con proyectos en formulación o viables, proyectos ya priorizados bajo este esquema de inversión, o proyectos que ya se encuentren en ejecución por cualquier modalidad permitida por el ordenamiento jurídico vigente (régimen de contrataciones, asociaciones públicos privadas o concesiones sectoriales, básicamente).

¹⁴ **Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.**

Artículo 112.- Facultad de formular peticiones de gracia

112.1 Por la facultad de formular peticiones de gracia, el administrado puede solicitar al titular de la entidad competente la emisión de un acto sujeto a su discrecionalidad o a su libre apreciación, o prestación de un servicio cuando no cuenta con otro título legal específico que permita exigirlo como una petición en interés particular.

112.2 Frente a esta petición, la autoridad comunica al administrado la calidad graciable de lo solicitado y es atendido directamente mediante la prestación efectiva de lo pedido, salvo disposición expresa de la ley que prevea una decisión formal para su aceptación.

112.3 Este derecho se agota con su ejercicio en la vía administrativa, sin perjuicio del ejercicio de otros derechos reconocidos por la Constitución.

¹⁵ Cfr. Artículo 10 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 409-2015-EF.

Presentada la propuesta de estudio a nivel de Perfil, la Entidad Pública procede a su registro en el Banco de Proyectos y a su evaluación conforme a la normatividad del SNIP. Este registro no implica la aceptación de la prioridad y pertinencia técnica del proyecto, ni tampoco el reconocimiento del costo del estudio de preinversión. Una vez aprobado el Perfil y en caso se requiera de un estudio a nivel de Factibilidad para declarar la viabilidad¹⁶, la Empresa Privada debe presentar una propuesta de dicho estudio a solicitud de la Entidad Pública. Una vez más, dicha solicitud no condiciona el resultado de la evaluación del estudio de Factibilidad¹⁷.

Recién cuando el proyecto es declarado viable, éste se incluye en la lista de proyectos priorizados de la Entidad Pública y la Empresa Privada obtiene el derecho a que se reembolsen los gastos por los estudios de preinversión realizados. Para salvar siquiera en parte los intereses del proponente, este mecanismo prevé que, en caso la viabilidad del proyecto no fuese otorgada o las propuestas del sector privado fuesen rechazadas, las Entidades Públicas no podrán declarar viable dichos proyectos por el lapso de un año.

Evidentemente, el reembolso de los gastos asumidos por la Empresa Privada en su propuesta juega un rol crucial en la apuesta por esta modalidad de ejecución de proyectos de inversión pública. A lo largo de los cortos ocho años de vigencia de este régimen se ha procurado asegurar el retorno de este gasto a los particulares proponentes, y es por esta razón que la actual normativa es enfática al señalar que la Entidad Pública debe realizar el reembolso de los gastos efectuados y acreditados por la Empresa Privada en la elaboración de las propuestas de los estudios de preinversión, para lo cual deberá procurar que las Bases del proceso de selección establezcan que los gastos para elaborar los estudios de preinversión incurridos por la Empresa Privada que propuso la priorización del proyecto, serán asumidos por la Empresa Privada adjudicataria de la Buena Pro, en caso de ser empresas distintas. Lo positivo de este reconocimiento de costos es que las Entidades Públicas reconocen a la Empresa Privada adjudicataria de la Buena Pro dicho gasto también a través de los Certificados de Inversión Pública, es decir, lo financian con sus Recursos Determinados por concepto de canon, sobrecanon, regalías, entre otros, o con recursos provenientes de fondos.

Finalmente, si la Entidad Pública utiliza los estudios presentados para la ejecución del proyecto declarado viable bajo una modalidad distinta a la de Obras por Impuestos, deberá reconocer y pagar los costos de la elaboración de los estudios de preinversión al sector privado, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. En este caso, el reembolso se realiza antes de iniciar el proceso de selección correspondiente al Estudio Definitivo o cuando proceda al inicio de su elaboración por administración directa. En caso de incumplimiento, la Empresa Privada podrá comunicarlo al órgano de control institucional de la Entidad Pública. El reembolso no resultará procedente en los casos en que el proyecto sea rechazado o que la Empresa Privada que propuso la priorización del Proyecto no se presente al concurso correspondiente.

¹⁶ De acuerdo al numeral 22.3 del artículo 22 de la Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública, aprobada mediante Resolución Directoral N° 003-2011-EF/68.1, los proyectos de inversión pública cuyos montos de inversión, a precios de mercado, sean mayores a S/ 10'000,000.00 requerirán de un Estudio de Factibilidad.

¹⁷ Cfr. Artículo 11 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 409-2015-EF.

2.e. El proceso de selección

Ahora bien, ya sea que la iniciativa de ejecutar un proyecto bajo el mecanismo de Obras por Impuestos surja de la Entidad Pública o de la Empresa Privada, en ambos casos tendrá lugar el inicio y desarrollo de un proceso de selección, similar a los procedimientos concursenciales que tienen lugar bajo el sistema de contrataciones del Estado, y a partir de los cuales se procurará adjudicar la ejecución del proyecto al postor mejor calificado para ello.

La selección de la Empresa Privada estará a cargo de un Comité Especial designado para tal efecto, el cual estará integrado por tres miembros representantes de la Entidad Pública. En caso las Entidades Públicas encarguen la labor de conducción de este proceso a Proinversión, el Comité lo conformarán tres representantes de dicho organismo público.

A efectos de no describir todo el procedimiento, baste con indicar que el mismo varía en función a si se presenta un único postor en la contienda o si se presenta más de uno. Los plazos en el primer caso, son menores que en las del último.

2.f. Los Certificados de Inversión Pública

De acuerdo a lo señalado anteriormente, los Certificados de Inversión Pública son una suerte de títulos valores emitidos por la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas (DGETP) con los cuales la Entidad Pública paga a la Empresa Privada la inversión realizada para la ejecución de determinado proyecto bajo el mecanismo de Obras por Impuestos. La particularidad de esta modalidad de pago es que las Empresas Privadas únicamente pueden emplear dichos Certificados para realizar los pagos a cuenta o la regularización de su impuesto a la renta de tercera categoría.

De la normativa de Obras por Impuestos, se desprenden las siguientes características de los Certificados de Inversión Pública que son necesarias mencionar¹⁸:

- i) Los Certificados deben emitirse a la orden de la Empresa Privada con indicación de su número de Registro Único de Contribuyente (RUC), seguido del nombre de la Entidad Pública del Gobierno Nacional, Gobierno Regional, Gobierno Local o Universidad Pública correspondiente.
- ii) El valor de los Certificados debe expresarse en Soles (S/).
- iii) Los Certificados tendrán carácter cancelatorio contra el pago a cuenta y de regularización del Impuesto a la Renta de Tercera Categoría.

La Empresa Privada o la empresa a la cual se transfiera el Certificado según corresponda, utilizará el mismo, única y exclusivamente, para sus pagos a cuenta y de regularización de impuesto a la renta de tercera categoría a su cargo, incluyendo los intereses moratorios del artículo 33 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por el Decreto Supremo N° 133-2013-EF y sus modificatorias, de ser el caso. Los Certificados no podrán ser aplicados contra el pago de multas.

¹⁸ Cfr. Artículo 33 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 409-2015-EF.

Cuando el importe a pagar de los pagos a cuenta y de regularización del Impuesto a la Renta sea inferior al monto de los Certificados, el exceso podrá ser aplicado a solicitud de la Empresa Privada o la empresa a la cual se transfiere el Certificado, según corresponda, contra los pagos a cuenta y de regularización del impuesto a la renta que venzan posteriormente en el mismo ejercicio o en los ejercicios siguientes.

La Empresa Privada o la empresa a la cual se transfiere el Certificado según corresponda, utilizará los mismos en el ejercicio corriente hasta por un porcentaje máximo del cincuenta por ciento (50%) del impuesto a la renta calculado en la Declaración Jurada Anual del impuesto a la renta correspondiente al ejercicio anterior, presentada a la SUNAT.

iv) Los Certificados podrán ser fraccionados.

Los Certificados podrán ser emitidos con periodicidad trimestral por avance de obra en aquellos casos en los que la ejecución del proyecto demande más de cinco meses.

v) Es negociable, salvo cuando la Empresa Privada sea la ejecutora del Proyecto.

Desde luego, tiene sentido que los Certificados sean negociables a efectos de que la Empresa Privada pueda transferir los mismos a la Empresa Ejecutora en aquellos casos en los cuales la primera no es quien efectivamente desarrolla o implementa el proyecto. En estos casos, el Certificado se vuelve un medio de pago más en la relación contractual que mantienen la Empresa Privada y la Empresa Ejecutora. Sin embargo, en la mayoría de los casos, las Empresas Ejecutoras no guardan interés en que el pago de sus servicios (contratados por la Empresa Privada) sea cancelado con dichos títulos. De hecho, quien tener mayor interés en recibir los mismos –sobre todo por su impacto social– es la Empresa Privada (la que financia el proyecto).

Esta posición de que la negociabilidad del Certificado está prevista básicamente para que la Empresa Privada le pague a la Empresa Ejecutora por sus servicios cobra sentido cuando la normativa señala que, en caso la misma Empresa Privada decida ser también la Ejecutora del proyecto, los Certificados sólo podrán ser empleados por ella misma y no podrán ser negociados o endosados a favor de otro agente privado.

vi) Los Certificados tienen una vigencia de diez (10) años a partir de su emisión para su aplicación contra los pagos a cuenta y de regularización del impuesto a la renta de tercera categoría.

vii) Deben indicar la fecha de su emisión y la fecha de su vencimiento.

viii) No aplican para el cobro de la comisión de recaudación correspondiente a la SUNAT.

Para la emisión de los Certificados de Inversión es necesario contar con la **conformidad de recepción** y la **conformidad de la calidad** del proyecto. Luego de otorgadas estas conformidades o de cada uno de los avances ejecutados, o la conformidad del mantenimiento cuando corresponda, la Entidad Pública deberá solicitar a la DGETP la emisión de los Certificados de Inversión Pública.

La normativa de Obras por Impuestos se ha puesto en la situación en la cual la Entidad Pública no cumpla con solicitar la emisión de los Certificados. En estos casos, se ha previsto que la Empresa Privada pueda solicitar a la DGETP la emisión de los mismos indicando que ha cumplido con todos los requisitos previos para dicho fin e informar de ello, paralelamente, a la Entidad Pública para los fines presupuestarios correspondientes.

En aquellos casos en los que se haya iniciado la ejecución del proyecto y que como producto de una evaluación posterior se detectara que existen declaraciones de viabilidad otorgadas por la Entidad Pública, que no se enmarcan en la normatividad, metodologías, normas técnicas y parámetros del SNIP, esto no podrá ser causal para que no se otorguen los Certificados de Inversión, salvo que la Empresa Privada, antes de iniciar la ejecución del proyecto respectivo, haya identificado la necesidad de realizar modificaciones en la fase de inversión y solicite el reconocimiento de los costos para implementar las mismas.

En cuanto a la emisión de los Certificados, en el caso de los Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, la autorización para emitir los mismos se realiza con cargo a los recursos de los que dispone el Tesoro Público. El financiamiento del pago por parte del Gobierno Regional y Gobierno Local a la DGETP se efectúa con cargo a los Recursos Determinados provenientes del Canon y Sobre canon, Regalías, Renta de Aduanas y Participaciones, así como los provenientes de Fondos. En el caso de las Universidades Públicas, dicho financiamiento se realiza con cargo a los recursos provenientes del Canon, Sobre canon y Regalías Mineras. Por su parte, en el caso de las Entidades Públicas del Gobierno Nacional, el financiamiento de los Certificados de Inversión Pública se realiza con cargo a los Recursos Ordinarios, Recursos Directamente Recaudados o Recursos Determinados, según corresponda.

Los Certificados de Inversión serán emitidos por el monto total invertido por la Empresa Privada en el proyecto o en cada uno de los avances del mismo, así como por el correspondiente a las actividades de mantenimiento de ser el caso, conforme a lo dispuesto en las Bases y el Convenio de Inversión. Es requisito indispensable para la emisión de los mismos que en la solicitud de la Entidad Pública o, de ser el caso, de la Empresa Privada, se precise si el Certificado requerido es Negociable o No Negociable.

Al término de cada ejercicio, la Empresa Privada o la empresa a la que se haya transferido el Certificado podrá solicitar a la DGETP la emisión de nuevos Certificados equivalentes al dos por ciento (2%) del valor de los mismos y que no hayan sido utilizados en el año fiscal correspondiente, para lo cual deberá remitir copia de los Certificados no utilizados e informar paralelamente de ello a la Entidad Pública para los fines presupuestarios correspondientes. El reconocimiento efectuado por la DGETP de este 2% no constituye ingreso gravado con el Impuesto a la Renta.

Adicionalmente, es necesario mencionar que el costo de elaboración del Estudio Definitivo, el costo de los estudios de preinversión y, de ser el caso, los costos resultantes de la aplicación del **Documento de Trabajo**¹⁹, serán reconocidos con el primer o único

¹⁹ Si una vez firmado el Convenio de Inversión y antes de iniciar la ejecución de proyecto, la Empresa Privada identifica la necesidad de realizar modificaciones en la fase de inversión, y siempre que el proyecto siga siendo viable conforme a la normatividad del SNIP, podrá solicitar a la Entidad Pública el reconocimiento de los costos en que incurra para implementar dichas modificaciones. Para tal efecto, deberá comunicar a la Entidad Pública su propuesta debidamente sustentada, adjuntando un denominado "Documento de

Certificado de Inversión que se emita, siendo suficiente la respectiva conformidad de la Entidad Pública, cuando corresponda. Del mismo modo, el costo de supervisión es reconocido mediante Certificados de Inversión Pública, siendo en estos casos suficiente la conformidad valorizada del servicio de supervisión emitida por la Entidad Pública. Asimismo, en caso que el mantenimiento sea parte del compromiso de la Empresa Privada, se deberá realizar la entrega de los Certificados de modo trimestral, de acuerdo a lo que se establezca en el Expediente de Mantenimiento y el Convenio de Inversión.

Por último, para la emisión de Certificados de Inversión en caso de Consorcios, será necesario que la promesa formal de consorcio contemple, como mínimo, la información que permita identificar a los integrantes del consorcio, su representante común y el porcentaje de participación de cada integrante. Este porcentaje deberá estar acorde con la participación del consorciado en el proyecto que financiará y/o ejecutará, por ser determinante para establecer el monto del Certificado de Inversión Pública a ser emitido a su favor por la DGETP. Para ello, el formato del Convenio, que es parte integrante de las Bases, deberá incluir una cláusula opcional sobre los consorcios donde se especifique el porcentaje de participación de cada empresa consorciada.

3. Un enfoque jurídico-administrativo del régimen de Obras por Impuestos: su encuadre en las formas de intervención pública en la economía y la nueva relación público-privada (Estado-sociedad) que suscita

Puede parecer trillado e, incluso para algunos, innecesario. Hasta ahora, la perspectiva de estudio que se ha brindado a este nuevo marco –escasa, pero bien abordada– se ha limitado básicamente a las cuestiones formales y procedimentales que ya recoge la norma, o a describir las falencias advertidas durante su aplicación práctica²⁰.

Sin embargo, las normas introducidas por este régimen y el mecanismo de inversión que éste propone, han supuesto, desde el prisma del Derecho administrativo, cambios trascendentales en la relación público-privada que han pasado desapercibido por muchos. Este régimen no sólo ha supuesto “cambios o transformaciones” en esta relación, sino también la consolidación del empleo, por parte del Estado, de nuevas formas de participación con el sector privado y la concesión –en el sentido lato del término– a este último de funciones que, hasta antes de la aprobación de este régimen, eran exclusivas del Estado.

Por tal motivo, en la presente sección se abordarán, siquiera de modo general, las principales cuestiones jurídico-administrativas que conviene destacar del régimen de

Trabajo” en el que se indiquen los estudios y/o actividades diferentes a los requeridos en los estudios de preinversión o en el Estudio Definitivo, que realizará para sustentar la actualización de los parámetros, dimensionamiento, diseño, plazo y demás aspectos que sustentan la viabilidad del proyecto, así como el estimado de la variación en el Monto Total de Inversión del proyecto, previa coordinación con la Unidad Ejecutora. Los costos en la aplicación de los estudios que se incluyan en dicho “Documento de Trabajo” son a los que hace referencia este punto.

²⁰ Vale la referencia destacada a dos estudios: ZÚÑIGA, Laura. *Vacíos en la legislación de obras por impuestos a partir de su aplicación práctica*. En: Revista Themis. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP. N° 65. 2014. pp. 293-302; y, SALINAS RIVAS, Sergio. *Obras por impuestos: cuellos de botella y propuesta de mejora*. En: Revista Derecho & Sociedad. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP. N° 45. 2015. pp. 273-287.

Obras por Impuestos. Desde luego, el énfasis en este análisis estará puesto en aquella nueva relación público-privada a la que se ha hecho alusión, con una clara influencia de estudios que, en extenso y con indudable brillantez, se han realizado en otros ordenamientos jurídicos²¹.

3.a. El régimen de Obras por Impuestos como manifestación del fomento administrativo

Tradicionalmente, la doctrina clásica del Derecho administrativo se ha esforzado por reconducir la actividad de la Administración a un conjunto de formas de intervención²² que pueda sistematizar la totalidad de actuaciones públicas de las que la Administración puede disponer al intervenir sobre los derechos de los particulares. Entre los numerosos intentos de clasificación, de gran influencia en el ordenamiento peruano ha sido la tradicional propuesta desarrollada en España a mediados del siglo pasado, que resumía la actividad administrativa en tres modalidades: policía, fomento y servicio público²³. A esta clasificación se le sumó posteriormente la actividad empresarial del Estado²⁴, de modo tal que la heterogénea actividad administrativa quedó sistematizada en las siguientes formas tradicionales de intervención, cada una identificada con un propósito u objetivo propio²⁵:

- i) *Policía*, cuya finalidad se ligaba al mantenimiento del orden público.
- ii) *Fomento*, cuyo objetivo era servir de estímulo a los particulares para el desarrollo de determinados logros.

²¹ Principalmente, Cfr. PARDO, José Esteve. *La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid: Marcial Pons. 2013. También en: PARDO, José Esteve. *La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria*. En: Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N° 189. 2012. Por su parte, DARNACULLETA, M. *La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana*. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago y Esteve PARDO (Directores). *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Madrid: Iustel. 2009. pp. 386 y ss.

²² Respecto a lo que se entiende por “forma de intervención administrativa”, valga la remisión al desarrollo que se expone en: Cf. VILLAR EZCURRA, José Luis. *Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y Actividad de los particulares*. Madrid: Editorial Civitas. 1999. pp. 26-41. El autor hace referencia a las formas de intervención administrativa, con ocasión de los parámetros que desarrolla para explicar la actividad de la Administración en su relación con los administrados. Estos parámetros son los siguientes: i) títulos de intervención, los cuales responden al porqué de la intervención administrativa y en dónde dicha intervención debe efectuarse, considerando los justificativos normativos constitucionales sobre la base de los cuales se funda el poder de dicha intervención; ii) formas de intervención, las cuales señalan cómo actúa la Administración, sobre la base de la finalidad que busca, pudiendo ser intervenciones de policía, fomento, servicio público y prestacional o empresarial; y, iii) técnicas de intervención, las cuales hacen referencia a los medios que utiliza la Administración para conseguir los fines antes aludidos, mediante las cuatro formas antes mencionadas.

²³ La clasificación le corresponde a Jordana de Pozas. Cfr. JORDANA DE POZAS, Luis. *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo*. En: Revista de Estudios Políticos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N° 48. 1949. pp. 41-54.

²⁴ La adición de esta cuarta forma de intervención administrativa se le atribuye principalmente a Villar Palasí y a Ariño. Cfr. VILLAR PALASÍ, José Luis. *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*. En: Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N° 3. 1950. pp. 53-129. En este estudio, el autor hace referencia a una “gestión económica”, en lugar de la expresión “actividad empresarial” que se usa actualmente. Por su parte, Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. 3ra edición. Granada: Editorial Comares. 2004.

²⁵ Cf. VILLAR EZCURRA, José Luis. *Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y Actividad de los particulares*. Madrid: Editorial Civitas. 1999, p. 36.

- iii) *El servicio público*, como régimen de derecho público dirigido a garantizar la prestación de servicios económicos y esenciales a los particulares.
- iv) *La actividad empresarial del Estado*, como actuación subsidiaria destinada a proveer de bienes y servicios a los particulares, justificándose en la ausencia o escasa presencia de empresariado privado.

En lo que respecta al régimen de Obras por Impuestos, qué duda cabe, nos encontramos ante un régimen de promoción de la inversión privada; es decir, un régimen de derecho público que estimula a los particulares a participar en la ejecución de proyectos de inversión pública. El mecanismo de Obras por Impuestos ha significado la introducción de un nuevo marco de desarrollo de la actividad privada y la expresión del fomento administrativo que busca impulsar la economía nacional.

Puede señalarse ahora que, al igual que los regímenes de Asociaciones Público Privadas e Iniciativas Privadas (Decreto Legislativo N° 1224), inversión en activos de empresas del Estado (Decreto Legislativo N° 674), contrataciones del Estado (Ley N° 30225) y regímenes sectoriales de inversión, la normativa de Obras por Impuestos supone un nuevo universo de oportunidades de inversión por el cual pueden apostar los particulares. De hecho, en estos últimos cinco años en los cuales la economía del país se ha visto mermada por el retroceso y enfriamiento económico, el régimen de Obras por Impuestos ha significado para un grueso de agentes del sector empresarial un foco de inversión nada despreciable. Mientras algunos proyectos mineros se paralizaban y postergaban la cadena de actividades en torno a su explotación, un gran número de empresas del sector construcción vio en este mecanismo de inversión un núcleo de desarrollo en el cual apostar en tanto se superaban los problemas de la industria minera.

No olvidemos que desde 2009, año en el que las inversiones por medio de este mecanismo ascendieron a 6 millones de Soles, la apuesta por este régimen ha significado una inversión privada de 651.4 millones en 2014 y 296.8 millones de Soles en 2015. La apuesta por esta modalidad de inversión no sólo ha crecido exponencialmente, sino que ha traído consigo además todo un abanico de desarrollo y estímulo en la cadena productiva y, por ende, en la economía nacional.

3.b. El rol social del Estado y su atención por medio de la colaboración privada

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 58 de la Constitución Política del Perú, en una economía social de mercado en la cual se ejerce libremente la iniciativa privada, el Estado procura el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Adicionalmente, el artículo 59 del mismo texto prescribe que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria, brindando oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad.

En la posición de este estudio, de la lectura conjunta de los artículos 58 y 59 de la Constitución, no sólo se advierte el rol garante y promotor del mercado²⁶, sino también

²⁶ Este nuevo rol garante del Estado ha sido bien advertido y desarrollado por MIR PUIGPELAT, Oriol. *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*. Madrid: Thomson-Civitas. 2004. Del mismo modo, Cfr. PARDO, José Esteve. *La regulación de la economía desde*

el rol social del Estado. De hecho, el tener que atender las áreas de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura –como reza el artículo 58 de la Constitución– y, además, brindar las oportunidades de superación –y atención– a los sectores que sufren desigualdad –como advierte el artículo 59 del mismo texto constitucional–, suponen una clara alusión al rol social y de atención a los sectores vulnerables que debe cumplir el Estado peruano. Las disposiciones del artículo 58 y 59 antes aludidas y bajo esta interpretación, bien podrían agruparse y considerarse como un asidero más de la denominada “Cláusula de Estado Social”²⁷ que hasta ahora, en el ordenamiento peruano, se ha estudiado básicamente a la luz del artículo 43 de la Constitución²⁸.

Ahora bien, ¿qué tiene esto que ver con el régimen de Obras por impuestos? Mucho. El régimen de Obras por Impuestos ha supuesto el empleo, por parte del Estado, de un nuevo mecanismo de participación privada, pero esta vez dirigido básicamente a la atención o ejecución de proyectos que tienen, por encima del componente económico, uno mayormente de carácter social. Es a partir de este mecanismo de ejecución de proyectos de inversión pública que pueden atenderse, aun con mayor presencia, necesidades básicas en materias de salud, educación, medioambiente, seguridad, entre otros. Cuestiones a las que el Estado está obligado a atender, pero que ahora puede encargar también a los particulares. Se advierte, por tanto, el cumplimiento de las obligaciones de la Cláusula de Estado Social de forma conjunta por el Estado y los particulares.

Esto no significa, en modo alguno, que la participación privada en la atención de derechos sociales se haya producido recién bajo la vigencia de este régimen. Hay una gruesa casuística y normativa que demuestra lo contrario²⁹. Lo que se destaca, más bien, es que el régimen de Obras por Impuestos ha supuesto un gran primer peldaño en lo que podría significar la institucionalización de un régimen por el cual la participación privada identifica las necesidades de la población, diseña un proyecto de solución y propone su ejecución a la Entidad Pública correspondiente. Son el Estado y la sociedad trabajando juntos en la atención social de los administrados.

Una posible crítica podría poner en cuestión lo siguiente: ¿caso esta participación privada no se advertía ya con el régimen de contrataciones del Estado? ¿No es bajo este último régimen más bien que los particulares contratan con el Estado y “colaboran” con él en la ejecución de diversos proyectos de inversión pública (muchos de ellos con un claro componente social)? ¿Mediante la ejecución de proyectos derivados de iniciativas privadas cofinanciadas no se lograría el mismo propósito? No obstante, tales críticas,

el Estado garante. Recurso electrónico disponible en http://grupos.unican.es/ada/2007%20AEPDA/Regulaci%F3n_Esteve.pdf. También, Cfr. PARDO, José Esteve. Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho Público en la actual reacomodación de las relaciones entre Estado y Sociedad. En: PRESNO LINERA, Miguel (Coord.). *La metamorfosis del Estado y del Derecho*. Asturias: Junta General del Principado de Asturias. 2014. pp. 83-120.

²⁷ Muy oportuna es la revisión del estudio de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. *La Administración del Estado Social*. Madrid: Marcial Pons. 2007.

²⁸ Por todos, BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La Cláusula de Estado Social en la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2011.

²⁹ Principalmente bajo esquemas de “servicio universal” como el caso del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEL) o fondos concursables para proyectos de electrificación rural. Véase SOLAR, Guelly y Alberto CAIRAMPOMA. *El Régimen legal del Servicio Universal en Telecomunicaciones: el caso peruano del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones FITEL*. Arequipa: ADRUS. 2010.

en la posición de este estudio, carecerían de sustento. La principal diferencia entre el régimen de Obras por Impuestos y el sistema de contrataciones del Estado radica, entre otras cuestiones, en que el primero brinda la posibilidad al particular de diseñar y proponer un proyecto de inversión pública. En cuanto al régimen de iniciativas privadas cofinanciadas, estamos quizá ante el esquema más similar al ofrecido por el de Obras por Impuestos; sin embargo, los proyectos bajo este último esquema tienen un carácter más social que económico, están dirigidos a atender principalmente necesidades básicas y, por último, la experiencia de las iniciativas privadas cofinanciadas advierte un record a la fecha de cero proyectos adjudicados bajo dicho régimen. Por tanto, en ningún otro esquema o régimen legal se aprecia este desarrollo de la nueva relación público-privada y la asunción por parte de particulares de funciones públicas que, hasta entonces, eran de ejercicio exclusivo por parte del Estado, como en el régimen de Obras por Impuestos peruano.

Bajo el régimen de Obras por Impuestos, los particulares pueden identificar necesidades en la población, diseñar proyectos para atender éstas, y proponer a la Entidad Pública la inclusión y priorización de dichos proyectos del mismo modo como si hubiesen sido propuestos por su Unidad Formuladora. Para ello, se le exige al particular, del mismo modo como a las Unidades Formuladoras de las Entidades Públicas, ceñirse estrictamente a los parámetros técnicos y de diseño aprobados en la normativa SNIP. Por tanto, el particular “actúa como Estado” en la identificación y formulación de proyectos para el beneficio de la sociedad. Si antes se criticaba al Estado por el letargo mostrado en la formulación de proyectos o por sus falencias al diseñar los mismos, ahora se abre una oportunidad en la cual, tal vez con su experiencia, el sector privado coadyuva en el cumplimiento del mismo propósito. Se advierte, por tanto, una nueva relación de colaboración público-privada: no estamos más ante una división estricta entre lo público y lo privado –con los celos que ello siempre denotaba–, estamos ante un trabajo conjunto y de colaboración público-privada que procura la satisfacción de prestaciones antes dejadas ampliamente en manos del Estado.

3.c. La supervisión de la ejecución del proyecto o el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares

Es bueno, también, hacer énfasis en algunas cuestiones que pueden pasar por desapercibidas, pero que analizadas en abstracto, comportan una muestra interesante de otros instrumentos o técnicas de actuación administrativa que es conveniente aludir. Este es el caso de la supervisión de la ejecución del proyecto de inversión pública bajo el mecanismo de Obras por Impuestos y el rol que cumple la Entidad Privada Supervisora³⁰.

Como se indicó en su momento, la Entidad Pública debe contratar necesariamente a un agente privado para que éste supervise la ejecución del proyecto. En lo que respecta al mantenimiento, la supervisión del mismo puede realizarlo un agente privado o la misma Entidad a través del área competente para ello. No obstante, en todos los casos, la Entidad Privada Supervisora es la única responsable de dar las denominadas “Conformidades de Calidad” del proyecto o de sus avances, de ser el caso.

³⁰ En clara alusión a esta participación de particulares en el ejercicio de funciones administrativas, véase CANALS I AMETLLER, Dolors. *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*. Madrid: Comares. 2003.

Esta labor, precisamente, es la que merece destacarse. Como es sabido, la recepción del proyecto se inicia una vez culminada su ejecución con la finalidad de verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en el Estudio Definitivo, así como de realizar las pruebas necesarias para comprobar el correcto funcionamiento de sus instalaciones y equipos. En la fecha de la culminación del proyecto, la Empresa Ejecutora anota tal hecho en el cuaderno de obra, o en el registro correspondiente, y la Empresa Privada solicita la recepción del mismo. La Entidad Privada Supervisora, luego de ello, informa a la Entidad Pública, ratificando o no lo indicado por la Empresa Privada. En caso que la Entidad Privada Supervisora ratifique lo indicado por la Empresa Privada, adjuntará a la comunicación a la Entidad Pública la Conformidad de Calidad, y entregará un original de la Conformidad de Calidad a la Empresa Privada. Luego de realizadas las verificaciones correspondientes, y de no existir observaciones, se procede a la recepción del proyecto por parte de la Entidad Pública, teniéndose por concluida en la fecha indicada en el cuaderno de obra, o registro correspondiente. La Entidad Pública procede entonces, a través del funcionario correspondiente, a emitir la “Conformidad de Recepción”³¹.

Hasta este punto, no parece advertirse nada novedoso en la función cumplida por la Entidad Privada Supervisora: ésta evalúa la correcta ejecución del proyecto y, en su momento, emite la correspondiente Conformidad de Calidad, la cual a su vez dará lugar a la emisión de la Conformidad de Recepción por parte de la misma Entidad Pública. Su ejercicio comporta, en definitiva, el empleo de una función administrativa concedida por la Entidad Pública para efectos de que fiscalice el desarrollo del proyecto, anote y solicite cuestiones varias en el Cuaderno Obra y, sobre todo, emita un pronunciamiento de aprobación de la ejecución del proyecto (la Conformidad de Calidad).

Sin embargo, esta participación privada en la supervisión del proyecto gana aun más relevancia en los supuestos en los cuales la inactividad de la Entidad Pública entorpece la recepción del proyecto (no emite la Conformidad de Recepción) y, por tanto, posterga la emisión del Certificado de Inversión Pública. En aquellos casos, la normativa de Obras por Impuestos considera que la Conformidad de Recepción se ha otorgado, siempre que se cuente con la Conformidad de la Calidad otorgada por la Entidad Privada Supervisora. La normativa de este marco de fomento de inversión brinda, en tales supuestos, un valor jurídico especial a una función pública que, si bien fue prestada y financiada por particulares, la nueva relación público-privada que suscita el régimen de Obras por Impuestos admite como suficiente para el desarrollo de la emisión y cancelación de los Certificados de Inversión.

3.d. Aplicación del régimen de asociaciones público-privadas a los proyectos ejecutados bajo el mecanismo de Obras por Impuestos

Uno de los cambios introducidos en el año 2013 por la Ley N° 30056, estableció que la operación y el mantenimiento de los proyectos ejecutados mediante el mecanismo de Obras por Impuestos se puedan entregar al sector privado bajo los esquemas de asociación público-privada que actualmente rigen las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1224.

³¹ Cfr. Artículo 32 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 409-2015-EF.

Hasta la fecha, e incluso habiéndose aprobado un nuevo reglamento en diciembre pasado, no se ha desarrollado normativamente el modo en que ambos regímenes podrán ser empleados conjuntamente. Sin embargo, esta es una situación que, en principio, no impide en absoluto que el mismo cometido se logre con la normativa ya vigente, aun cuando éstas no desarrollen disposiciones especiales sobre asociaciones público-privadas aplicadas a proyectos de Obras por Impuestos. En un primer momento se propondría, financiaría y empezaría la ejecución del proyecto bajo el mecanismo de Obras por Impuestos. Acto seguido, y durante la ejecución del proyecto, se presentaría una iniciativa de asociación público privada –ante la autoridad correspondiente– para la operación y mantenimiento del proyecto en curso. Nada, a nivel normativo, impide que ello se realice. Al cabo de la ejecución del proyecto bajo el mecanismo de Obras por Impuestos, se tendría ya lista la adjudicación de la modalidad de asociación público-privada correspondiente para proceder a la operación y mantenimiento del proyecto ejecutado³².

Una vez más se advierte, por tanto, que los esquemas de participación público-privada han cobrado gran importancia en nuestro ordenamiento. El régimen de Obras por Impuestos es, a su turno, una muestra clara de la dirección que ha adoptado el país en materia económica y de las políticas públicas por las que apuesta.

4. Reflexión final

El presente estudio ha tenido por objeto brindar un enfoque de estudio distinto al que, hasta ahora, ha recibido el mecanismo de Obras por Impuestos en el país. Del mismo modo que este régimen ha supuesto la introducción de un nuevo esquema de inversión privada, ha significado también el empleo de una modalidad en la cual el celo natural de la división entre lo público y lo privado se difumina. Es el Estado quien comparte algunas de las funciones que antes tenía bien reservadas para sus Entidades integrantes y apuesta por convocar la participación privada para cumplir con algunas de sus metas sociales.

El diseño, la formulación y la ejecución de proyectos de inversión pública a cargo de los particulares, inserta al sector privado en un universo de actividades que, con mucha crítica de por medio, cumplía antes el Estado exclusivamente bajo el sistema de contratación pública. Ahora se cuenta, pues, con una herramienta capaz de darle al particular un rol primordial en la satisfacción del rol social del Estado. Desde la identificación de una necesidad no atendida, hasta la operación y prestación efectiva de lo que es requerido.

Desde luego, los particulares estarán motivados en participar en este esquema siempre movidos por los intereses económicos que, qué duda cabe, los lleva a apostar por uno o más proyectos. Sin embargo, el rédito económico que obtienen no es tal como aquel beneficio social que reciben por asumir la ejecución de proyectos públicos. El mecanismo de Obras por Impuestos, por tanto, le ha brindado también un nuevo rostro a la actividad empresarial privada y no sorprende, por ello, que la ejecución de estos proyectos sean dirigidos o impulsados por las Oficinas de Relaciones Comunitarias o Sociales de las empresas que se aventuran en los mismos.

³² En este extremo, desde luego, se comparte la posición de ARTS, Stefano. *Inversión pública: APP en combinación con OXI*; publicada como columna en el Diario Gestión del 18 de agosto de 2015.

Finalmente, el esquema de Obras por Impuestos ha sumado mayor eficiencia y efectividad al gasto de las Entidades Públicas. En algunos casos, diseñando adecuadamente proyectos de inversión pública –evitando mayores gastos y disputas arbitrales, por ejemplo–; y en otros, permitiendo que algunas Entidades retrasadas en el uso de sus recursos, puedan invertir adecuadamente los mismos en proyectos de valor para la sociedad. Las Obras por Impuestos son, por tanto, el nuevo cariz de la participación público-privada y un reflejo palmario de las nuevas relaciones entre Estado y sociedad que se suscitan en el ordenamiento jurídico-administrativo peruano.