
La Generación por Iniciativa Privada de Proyectos Públicos:

La nueva colaboración público-privada y el interés público

Juan Carlos Morón Urbina

Profesor del curso de Derecho Administrativo I, en la Facultad de Derecho, y del curso de «Concesiones» del Post-Título en Derecho Público, de la Pontificia Universidad Católica del Perú

«(...) Cuando el Estado sabe lo que quiere y como lo quiere, llama a Licitación Pública; cuando sabe lo que quiere pero no como lo quiere, llama a un concurso de proyectos integrales; cuando no sabe lo que quiere ni como lo quiere, llama a la presentación de iniciativas¹».

Por la inmensa necesidad de servicios e infraestructura pública y las limitaciones del financiamiento estatal, la Administración Pública se ve en la necesidad de dar prioridad –con criterios económicos y de eficacia– sólo al emprendimiento de nuevos proyectos que sean socialmente rentables, sostenibles y concordantes con los lineamientos de política sectorial o regional y acordes a los planes nacionales. En el marco del denominado Sistema Nacional de Inversión Pública, las entidades deben desarrollar consecutivamente una serie de pasos administrativos dirigidos a incrementar la seguridad de la inversión, reduciendo proporcionalmente el riesgo de pérdida de recursos de inversión, mediante estudios sucesivos que, implican, cada uno, un mayor nivel de profundidad en el análisis, sobre el proyecto a ejecutarse hasta la definición de su conveniencia y eventual calificación de viabilidad (fase de preinversión).

Primero surge la idea. Luego, la entidad debe generar un estudio preliminar con el objeto de identificar el problema, y sus causas, los objetivos del proyecto, y su evaluación preliminar de beneficios y costos (perfil). A continuación, debe profundizar el análisis con información más específica, tal como la elección de tecnologías, localización, niveles de inversión y oportunidades, con el objeto de definir mejor el proyecto y sus componentes, a la vez que eliminar alternativas ineficaces (estudio de prefactibilidad). Finalmente, se debe realizar el estudio para establecer los aspectos

técnicos fundamentales del proyecto, tales como, localización, tamaño de inversión, tecnología a emplear, calendario de ejercicio, puesta en marcha, organización, gastos y análisis financieros, buscando valorar de manera precisa los beneficios y costos de la alternativa seleccionada (estudio de factibilidad).

Como se puede entender, todo el ciclo se encuentra justificado cuando se trata de proyectos de inversión con recursos públicos. Pero en el marco de las nuevas relaciones entre la sociedad y la Administración, se ha reconocido la posibilidad de externalizar este proceso de identificación de proyectos de inversión convenientes al interés público, a través de las denominadas «iniciativas privadas».

Por esta figura, se reconoce a los integrantes de la comunidad, la facultad de identificar prioridades y proponer ideas suficientemente estudiadas de infraestructura o servicios públicos, que siendo de interés empresarial del proponente, también compartan la viabilidad pública, entendido, como proyectos socialmente rentables, sostenibles y concordantes con las políticas y lineamientos del Estado. Como bien afirma la doctrina, en el marco de las nuevas relaciones entre la sociedad civil y el Estado, el derecho comparado ha reconocido a la sociedad civil la facultad para a través de una iniciativa privada, solicitar la concesión de una obra determinada, o la explotación de un servicio público definido, siempre y cuando la obra o el servicio

1 FANELLI EVANS, Guillermo; «La Concesión», *Revista Argentina del régimen de la Administración Pública*, noviembre 1993, p. 104.

sean declarados de interés público por la autoridad de aplicación². A partir de esta nueva facultad se permite recurrir a los particulares para identificar las prioridades y en general, captar ideas innovadoras relacionadas con la explotación de un proyecto de inversión (obra pública o de un servicio público), la que, como todo emprendimiento empresarial, basan su desarrollo en la relación costo-beneficio.

En este sentido, como bien afirma la doctrina, «(...) *ya no es la Administración la que define las reglas y cualidades que la obra o el servicio han de tener, sino que serán los eventuales oferentes quienes elaboren el modelo de concesión que pretenden encarar integralmente considerado, es decir, desde los puntos de vista técnico, económico, financiero y jurídico, al punto que el plexo normativo vigente sólo será aplicable (en muchos aspectos) de manera supletoria, ante la falta de previsión específica en las bases o en las ofertas respectivas*»³.

1. Antecedentes de la Iniciativa Privada en Materia de Promoción de Inversiones

No obstante la breve historia que la iniciativa privada tiene en el escenario internacional, la normativa nacional ha atravesado por tres momentos distintos⁴ que podemos concretar en:

- La fase de incorporación (1992 – 1996)
- La fase de desaliento (1996-2003)
- La fase de relanzamiento (2003 en adelante)

En la que denominamos la Fase de Incorporación, nuestro ordenamiento reconoció por primera vez la figura, la acogió abiertamente dentro del régimen de promoción de las inversiones privadas en infraestructura y de servicios públicos, pero no obtuvo los resultados esperados, como si aconteció en otros países.

En efecto, el Decreto Legislativo N° 758, conocido como la Ley para la Promoción de las Inversiones Privadas en la infraestructura de servicios públicos, habilitó a que las personas jurídicas pudieran presentar «(...) iniciativas que identifiquen el proyecto a contratar, señalando los lineamientos generales que contendrán, como mínimo, las bases de su factibilidad económica y técnica» (Art. 11), adquiriendo el derecho

a mejorar las ofertas más convenientes que otros postores pudieran presentar. Ante ellas, el organismo concedente, podría optar por licitar su ejecución (en caso considere que el proyecto se adaptan al procedimiento de concesión) o promover el concurso de proyectos integrales, guardando la confidencialidad del caso.

Luego, con el objeto de afianzar el régimen legal, por medio del Reglamento de esta Ley (Decreto Supremo N° 189-92-PCM), fue introducido en su Capítulo Segundo el desarrollo normativo complementario sobre las iniciativas, que incluía: amplitud de instituciones competentes para conocer de las iniciativas (Ministerios, Municipios Distritales y Provinciales, Zonas Francas, etc.), asignación de una bonificación o premio de puntaje adicional a favor del iniciador, y reembolso de gastos, en caso la adjudicación del negocio recayera en otro postor.

Esta etapa concluyó con la vigencia del Decreto Legislativo N° 839, modificatorio del Decreto Legislativo N° 758, que entre otras novedades limitó la regulación de las iniciativas privadas. Según se dejó constancia en los considerandos del Decreto legislativo modificatorio, ello obedecía a que «*La ausencia de un Plan Maestro de Concesiones que identifique la infraestructura actualmente existente del Estado, así como otros proyectos, que pueden ser otorgados en concesión al sector privado, las pocas iniciativas presentadas para obtener concesiones, al amparo del citado dispositivo legal, se han referido sólo a soluciones parciales, e incompletas, usualmente en aquella porción de la obra o del proyecto donde el Estado ha ejecutado cuantiosas inversiones*».

En la etapa del desaliento (1996-2003) la modificación incorporada por el Decreto Legislativo N° 839, centralizó en PROMCEPRI la competencia para recibir iniciativas privadas, los que tendrían carácter de «sugerencias» a la autoridad, para que se informe de posibles obras públicas de infraestructura o de servicios públicos susceptibles de entregarse en concesión al sector privado, y, concluía la regulación, señalándose expresamente, que la «*recepción, análisis, ampliaciones o modificaciones, y decisiones que sobre tales sugerencias pueda adoptar la PROMCEPRI no*

2 DE GOYCOECHEA, Juan Carlos; *Iniciativa privada. Concurso integral de proyectos*. Advocatus, Córdoba, 1999. Argentina, p. 24.

3 MERTEHKIAN, Eduardo; *La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 109.

4 Por razones de espacio, el análisis que proyectamos a continuación se circunscribe al régimen en el Gobierno Nacional, por tanto no contempla la que diversos Gobiernos Locales (Ej., Lima y Callao) han dictado disposiciones en esta misma materia dentro su ámbito territorial de competencia.



La Generación por Iniciativa Privada...

establecen compromiso alguno (...) para con las personas que presentaron la sugerencia respectiva, en futuras convocatorias a Licitación o Concurso».

Como se puede prever en esta fase, se desalentó la presentación de iniciativas privadas, no teniendo noticia de ningún proceso importante realizado en este nivel de Gobierno.

Finalmente, la etapa que denominamos de relanzamiento se inició el año 2003, con la dación de la Ley N° 28059 (Ley Marco de Promoción de la inversión descentralizada), cuyo artículo 7 estuvo dedicado a las **Iniciativas privadas en proyectos de inversión sobre recursos estatales**.

Conforme a esta regulación, los distintos niveles de gobierno promoverán la inversión privada en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones y competencias, por iniciativa privada, a través de dos mecanismos:

- a) Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales, cuando se presentaran uno o más interesados en la ejecución del proyecto de inversión objeto de la iniciativa privada dentro del plazo de treinta (30) días calendario contados a partir del día siguiente de la publicación de la iniciativa privada. Si se procediese de este modo, el iniciador no favorecido en el proceso, tendrá derecho al reembolso de los gastos incurridos en la formulación previa de los estudios.
- b) Adjudicación o Concesión Directa, cuando no se haya presentado cuando menos un interesado en la ejecución del proyecto objeto de la iniciativa privada propuesta, dentro del plazo de treinta (30) días calendario contados a partir del día siguiente de la última publicación de la iniciativa privada. En dicho supuesto, el órgano competente, mediante un acuerdo de su órgano de más alto nivel, aprobará la propuesta de iniciativa privada y procederá a la adjudicación o entrega en concesión directamente al solicitante de la ejecución del proyecto de inversión propuesto, para lo cual se negociará y suscribirá el correspondiente Contrato.

Con posterioridad, el Reglamento de esta Ley aprobado por el Decreto Supremo N° 015-2004-PCM, complementó el régimen legal de las iniciativas privadas

en su Capítulo III, con el objeto de regular el tratamiento de la promoción de la inversión privada que involucre recursos estatales, como activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, que se produzca como consecuencia de la iniciativa privada, en el ámbito de las respectivas competencias de los distintos niveles de gobierno. Para el efecto, el mencionado reglamento desarrolló profusamente los siguientes aspectos: requisitos para la presentación de iniciativas privadas ante los órganos promotores de la Inversión Privada en el Gobierno Nacional Regional y Local (Art. 14), el trámite que deben seguir las iniciativas privadas ante la administración (Art. 15), la atribución de la naturaleza de peticiones graciables (Art. 15), los criterios de evaluación de las iniciativas privadas (Art. 16), la inclusión de los proyectos aprobados en el Banco Regional de Inversión (Art. 17), los procedimientos de selección para la ejecución del proyecto de inversión (Art. 18), el derecho de iniciador al reembolso de gastos (Art. 19), el supuesto de la Adjudicación o Concesión Directa del proyecto de inversión, en caso de ausencia de competencia (Art. 20), etc.

2. La Noción de Colaboración Público-Privada como Contexto de la Iniciativa Privada en Proyectos de Inversión

Bajo diversas denominaciones, se ha venido reconociendo el fenómeno de la asociación de intereses y actividades entre el Sector Privado y el Sector Público para el acometimiento (financiación, construcción, renovación, gestión o mantenimiento de infraestructura pública o la prestación de servicios públicos.

Frente al déficit de inversión que el Estado atraviesa, y la demanda de servicios e infraestructura, la alianza entre ambos sectores ha sido identificado como el mecanismo ad hoc para poder satisfacer el interés público concernido a través de la inversión privada. Ahora bien, las operaciones de colaboración de este tipo suelen caracterizarse por⁵:

- La duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar.
- El modo de financiamiento del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes. No obstante, la financiación privada

5 «Libro Verde sobre la Colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones». Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 30-4-2004 COM (2004) 327 final, p. 3.

puede complementarse con financiación pública, que puede llegar a ser muy elevada.

- El importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución, y financiación). El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos.
- El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público.

Dentro de este marco, si bien se ha institucionalizado en la mayoría de países la progresiva asunción de la gestión privada en la realización, ejecución y financiación de infraestructura o servicios públicos, lo realmente novedoso es que el impulso privado sea admitido en la fase de planificación de proyectos públicos. De este modo, la participación privada adopta un papel trascendente ya no sólo en la gestión de servicios o dotación de infraestructura pública, sino ahora en la propia definición de las decisiones de dar prioridad a la agenda pública, mediante la Iniciativa Privada.

3. Las Oportunidades y Desafíos de la Iniciativa Privada

La apertura de la fase de planificación pública a la iniciativa privada significa una oportunidad para:

- Incentivar al sector privado a proponer iniciativas técnicas y proyectos que no hayan sido detectados por la administración. De este modo, la sempiterna lentitud de la acción administrativa y su obsolescencia técnica en la elaboración de proyectos se puede superar con el dinamismo de la acción privada, que impulsada por el logro del beneficio lucrativo, puede converger en la

identificación de proyectos públicos de inversión⁶. No debe perderse de vista que la aprobación de una iniciativa privada no constituye una autorización para realizar negocios privados en «asuntos de incumbencia pública», sino que constituye en un «instrumento de apoyo a los distintos niveles de gobierno en la formulación de proyectos públicos de inversión privada». (Art. 13, Decreto Supremo N° 015-2004-PCM).

- Facilitar al sector privado la posibilidad de promover infraestructuras y servicios, que siendo beneficiosos para sus intereses sean también valiosos para la sociedad en su conjunto. De este modo, se abre el espacio para el interés privado

“(…)la participación privada adopta un papel trascendente (….) en la propia definición de las decisiones de dar prioridad a la agenda pública, mediante la Iniciativa privada.”

en acciones que también tienen efecto sobre la sociedad, tales como: sectores de infraestructuras básicas (transporte, energía, comunicaciones, y agua potable y saneamiento), sectores sociales (construcción, equipamiento y gestión según el caso de establecimientos hospitalarios, complejos carcelarios y centros educativos, entre otros), y provisión de ciertos servicios municipales (recolección, tratamiento y reciclaje de residuos, recaudación de tributos, entre otros).

- Permitir liberar recursos afectados de ordinario a la preinversión burocrática de las inversiones y a la identificación de prioridades, para poder concentrarlos en acciones de mayor incidencia hacia la sociedad, como la supervisión y/o ejecución de proyectos.

- Alentar la innovación tecnológica en servicios y obras públicas, en la medida que el empresario las adoptara con la finalidad de maximizar utilidades, acelerar el retorno de la inversión, o mejorar la calidad de las prestaciones o construcciones.

Por otro lado, algunos desafíos de cualquier regulación de iniciativas privadas radican en la limitación a la competitividad que se puede derivar del proceso de selección del concesionario de la inversión, tanto

6 En este sentido, se supera la tradicional competencia privada en antecedentes, capacidad económica y precios, en base a proyectos oficiales preparados en reserva por la administración, permitiendo que la experiencia empresarial apoye en la definición de ideas y técnicas para la consecución del proyecto de inversión.



La Generación por Iniciativa Privada...

por la distorsión que implican las medidas de discriminación inversa (otorgamiento de puntajes adicionales, preferencias frente a otros interesados, etc.) como por el hecho que el iniciador posea una ventaja competitiva natural sobre los otros eventuales interesados (y, en muchos casos, incluso, sobre la Administración), ya que ha analizado mejor que nadie las múltiples variantes al proyecto de inversión, aun desde antes de comunicárselo a la administración. La regulación de las iniciativas privadas en proyectos de inversión pública deben atender a estos desafíos, para evitar que se torne en una vía inoperativa o, en el peor de los casos, orientada a facilitar el logro de beneficios privados, sin correlato beneficioso -en grado proporcional- para la sociedad civil.

Sin embargo, el principal desafío en nuestro ordenamiento nacional es el amplio alcance admitido para las iniciativas privadas. Lo ordinario es que la iniciativa privada sea prevista como posibilidad en caso de concesiones de obras de infraestructura pública o de concesiones de servicios. Pero en nuestro país, las iniciativas privadas han sido admitidas para la concreción de proyectos de inversión que recaigan sobre: i) activos; ii) empresas, iii) proyectos; iv) servicios, v) obras públicas de infraestructura; vi) servicios Públicos. Mas aún, la iniciativa privada es procedente para ejecutar cualquiera de las modalidades de inversión privada previstas en el artículo 6 de la Ley No. 28059, esto es, i) Venta de activos; ii) Concesión; iii) Asociación en participación; iv) Contrato de gerencia; v) Joint Venture; vi) Especialización de servicios (outsourcing).

Como se puede apreciar la vasta combinación de supuestos que pueden presentarse exceden largamente, las conocidas iniciativas para emprender obras e infraestructura pública, o servicios públicos.

4. La Naturaleza Graciable de la Iniciativa Privada

El artículo 15 del Reglamento de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada Descentralizada aprobado por Decreto Supremo N° 015-2004-PCM⁷ establece positivamente que la naturaleza jurídica de

las iniciativas privadas de proyectos de inversión es la de peticiones de gracia o graciabiles, conforme a la clasificación empleada por el artículo 112 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁸.

Como hemos expresado antes⁹, las peticiones graciabiles han sido conceptualizadas como aquellas que no pueden apoyarse en otro título que el genérico derecho de petición reconocido en la Constitución e implica una esperanza o expectativa que la autoridad, en atención de razones de mérito sustentadas, acceda a lo solicitado. En este sentido, podemos afirmar que una petición graciable, posee las siguientes peculiaridades jurídicas:

- Apoyarse exclusivamente en el derecho constitucional de petición ante la autoridad administrativa, y no en ningún derecho material que le haga exigible el contenido de lo pedido; y,
- La administración posee discrecionalidad para apreciar su mérito, en función del interés público que le ha sido encomendado. Si bien para el ciudadano que ejercita el derecho de petición, el acto es graciable en la medida que no posee un derecho subjetivo a acceder a lo solicitado, «(...) desde la perspectiva de la Administración, no existe la categoría de acto graciable, ya que la Administración, valorando lo que es más oportuno o más conveniente para el interés público debe otorgar o denegar la petición, por ello el acto es discrecional o, en supuestos excepcionales, político¹⁰».

En este mismo sentido, se ha pronunciado en Tribunal Constitucional, cuando expresa que la petición graciable o graciable, «es aquella que se encuentra referida a la obtención de una decisión administrativa a consecuencia de la discrecionalidad y libre apreciación de un ente administrativo». Más aun, la misma autoridad suprema en materia constitucional, enseña que «Esta modalidad es estricto sensu la que originó el establecimiento del derecho de petición, en razón de que la petición no se sustenta en ningún título jurídico específico, sino que

7 «15.1. Las iniciativas privadas de proyectos de inversión que sean presentadas por particulares, tienen el carácter de peticiones de gracia a que se refiere el artículo 112° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo que sea pertinente. En consecuencia, el derecho del particular se agota con su presentación ante la autoridad competente, sin posibilidad de impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial, salvo los supuestos expresamente contemplados en el inciso 15.6 del presente artículo».

8 «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.

9 MORÓN URBINA, Juan Carlos: «Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General», Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 264.

10 COLOM PASTOR, Bartolomeu: «El derecho de petición», Marcial Pos Editores, Madrid 1997, p. 43.

se atiene a la esperanza o expectativa de alcanzar una gracia administrativa. A lo sumo, expone como fundamento para la obtención de un beneficio, tratamiento favorable o liberación de un perjuicio no contemplado jurídicamente, la aplicación de la regla de merecimiento»¹¹.

En este sentido, las disposiciones antes mencionadas permiten concluir que cuando un particular presenta una iniciativa privada ante la administración para algún proyecto de inversión, se encuentra ejerciendo un derecho constitucionalmente reconocido y protegido: el derecho de petición, en su modalidad de petición graciable. Por ello, el iniciador no tendrá un derecho a la concesión, a la obra o al servicio propuesto, sino sólo a obtener los pronunciamientos de la administración.

Por ello, estamos frente a un derecho debilitado, pues se encuentra sujeto a la discrecionalidad de la administración de ponderar si su otorgamiento se acomoda o no al interés público, por lo que incluso su debate se produce estrictamente en la sede administrativa, sin poder judicializarse.

5. El Procedimiento de Iniciativa Privada en la Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada y su Reglamento

Por las especiales características de la iniciativa privada, el procedimiento a través del cual se desenvuelve la evaluación y ulterior decisión final por parte de la Administración requiere un diseño sui generis.

En el derecho comparado¹² el procedimiento esta compuesto por tres fases sucesivas: a) Etapa de postulación; b) Etapa de proposición; y, c) Etapa de competencia para determinar al ejecutor del proyecto (contratista o concesionario, según el caso).

En la etapa denominada de postulación, el iniciador presenta su idea de proyecto a la administración, con el objetivo de demostrar el interés público que pudiera tener la idea concebida y la posibilidad de ser otorgado a particulares a través de una concesión o adjudicación. Para ello, presenta la información necesaria que permita esta evaluación, incluyendo los estudios preliminares que ha realizado. Por su parte, la administración evalúa la postulación

presentada para apreciar su concordancia con el interés público y, de ser favorable su parecer, concluirá con la expresión de voluntad sobre la viabilidad del proyecto, en cuyo caso se entenderá que la administración se encuentra interesada en conocer el proyecto en detalle. Sólo después de contar con la conformidad que la idea es conforme al interés público, a partir del pronunciamiento de la autoridad, estará en aptitud el iniciador de realizar un mayor desarrollo técnico del proyecto, los estudios económicos y financieros de detalle, etc. Financieramente, la primera etapa otorga la confianza legítima al iniciador, que la idea concuerda con el interés público, y que de ser adecuados sus estudios técnicos y financieros podrá participar en el proceso de selección para ser el beneficiario con la buena pro.

Precisamente, la segunda etapa de proposición supone el desarrollo posterior de los estudios de detalle de la actividad a emprenderse, incluyendo la revisión de los antecedentes presentados inicialmente. En este sentido, el iniciador deberá entregar toda la información que demuestre la viabilidad técnica, financiera, ambiental y social del proyecto.

La tercera etapa consiste propiamente, en la convocatoria y la selección de la empresa o persona más conveniente para asumir la actividad por concesión o contrato. Es lo que la doctrina denomina, una «licitación provocada por la iniciativa privada».

Como se puede apreciar, las dos primeras etapas están dedicadas a la presentación y sustentación, gradual pero sostenida, de la admisibilidad de la iniciativa privada ante la autoridad y aparecen como actividades preparatorias de la licitación o concurso propiamente dichos.

No muy alejado de este esquema tripartito se encuentra otro modelo¹³, pero en dos etapas sucesivas. En la primera fase, los particulares presentan sus iniciativas a nivel de estudio de factibilidad técnico-económico y sus estudios de ingeniería conexos, y adicionalmente un compromiso de realizar los estudios definitivos, para lo cual deben garantizar el mantenimiento de la iniciativa y la presentación de tales estudios de detalle siempre que se apruebe su iniciativa por la Administración. De aprobarse por la Administración, se pasará a la fijación de los términos

11 Expediente N° 1042-2002-AA/TC (Sindicato Unitario de Trabajadores Municipales del Rimac).

12 Nos remitimos a las regulaciones existentes en la materia en Chile (Texto Refundido coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164 de 1991 y su reglamento), Costa Rica (Decreto N° 31836-MOPT, Reglamento de los Proyectos de Iniciativa Privada de Concesión de Obra Pública o de Concesión de Obra Pública con Servicio Público, Decreto N° 31836-MOPT), Venezuela (Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones), y España (Ley 13/2003, de 23 mayo de 2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas). En este mismo sentido, se encuentran las recomendaciones de CNUDMI en su Guía Legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada.

13 Seguido en Argentina (Decreto No. 637/97) y Uruguay (Decreto N° 442/002 y N° 475/002).



La Generación por Iniciativa Privada...

de referencia para el proceso de selección, en tanto que la empresa deberá cumplir con realizar los estudios de detalle complementarios. La segunda fase se inicia con la declaración de interés público a cargo de la administración, en base al estudio de factibilidad de detalle, y se convoca al proceso de selección abierto y competitivo.

No obstante este diseño consensual en el derecho comparado, nuestra legislación opta por reducir las fases del procedimiento, concentrando a nuestro criterio incorrectamente en una sola la postulación y proposición de la iniciativa, y, por otra, provocar la posibilidad de llegar al contrato o a la concesión por vía directa, esto es, sin competencia con otros eventuales interesados.

En efecto, nuestro régimen legal de la iniciativa privada, esta conformado por un procedimiento administrativo compuesto por dos fases sucesivas:

- La primera tiene por objeto permitir a la administración analizar la viabilidad técnica y económica del proyecto en función de la información y estudios generales proporcionados por el iniciador y determinar si el proyecto reviste la calidad de interés público, así como la posibilidad jurídica, económica y técnica de llevarla a adelante.
- La segunda fase, tiene por objeto, propiamente seleccionar al concesionario de la actividad. Según las situaciones que se produzcan, el procedimiento a seguir puede ser: i) Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales; o, ii) Adjudicación o Concesión Directa.

Como se puede apreciar, según el diseño nacional en dos etapas, el iniciador deberá financiar todos los estudios previos, información y documentación –a nivel de detalle- sin saber aún, si el emprendimiento proyectado concuerda con el interés público y con los programas de las entidades, o si es viable, la idea de una concesión u otra fórmula legal.

En otros términos, la abreviación de plazos, incrementa el riesgo de los costos del desarrollo del proyecto de manera excesiva, ya que deberá asumir sus costos hasta el nivel requerido por la administración para decidir su aprobación o no, sin siquiera tener la declaración mínima de interés de la administración en su proyecto. Eso se evita con la fórmula más usual de diferenciar entre la postulación y la proposición, de modo que sin mucha inversión inicial, el iniciador pueda

tener la expectativa razonable que si realiza a cabalidad sus estudios podrá sacar adelante el proyecto, por ser de interés para la entidad. Creemos que la opción legislativa seguida no solo no va a contribuir a abreviar los plazos del procedimiento de substanciación de la iniciativa, sino por el contrario, retraerá las iniciativas posibles, al incrementar la exposición del inversor a pérdidas financieras, en caso luego de efectuados los gastos por los estudios y documentación necesaria, la administración rechace la idea por no corresponder a lo que entiende por interés público, o no considerar que se acomode a las posibilidades contractuales existentes. A lo sumo, la iniciativa sólo podrá ser empleada por quienes tengan la posibilidad económica y financiera propia para acometer todos los estudios y documentación sin siquiera tener la certeza de la viabilidad de su pretendido negocio.

De otro lado, conforme a este diseño la administración deberá pronunciarse con estudios a nivel de lineamientos generales y no estudios de factibilidad, propiamente dichos, con lo cual el riesgo sobre viabilidad del proyecto se incrementa notablemente.

A continuación analizaremos un poco más la estructura y secuencia del procedimiento.

5.1. Fase de Postulación de la Iniciativa ante la Autoridad (Declaración de Interés Público)

La legislación comparada admite dos modalidades para la presentación de iniciativas privadas, según medie una invitación previa de la Administración Pública (convocatoria a iniciativas), o se produzca exclusivamente a instancia del empresario particular (iniciativa pura).

En la iniciativa pura, serán los propios particulares quienes autónomamente presentan las iniciativas de manera integral, sin presuponer ninguna invitación de la administración.

Por la convocatoria a la presentación de iniciativas, es la entidad pública quien habiendo definido el objeto de un proyecto de inversión y sus características iniciales (por ejemplo, las peculiaridades de una determinada obra necesaria pero aún sin delimitar sus lineamientos generales, que corresponderá a la propuesta del iniciador), procede a invitar públicamente a todos los particulares interesados para que presenten sus propuestas de iniciativas. En este caso, los requisitos y el procedimiento para tramitar las iniciativas deben seguirse por el procedimiento previsto para las iniciativas formuladas autónomamente por los

inversionistas (Ej. Régimen legal de la iniciativa argentina)¹⁴.

Al igual que la mayoría de ordenamientos, el nuestro sólo contempla la segunda modalidad entendiendo que lo apropiado es que cuando la administración defina un proyecto de inversión y sus lineamientos generales procedan a convocar el proceso de selección correspondiente (concurso de proyectos integrales) y no a considerar iniciador a quien no lo es.

5.1.1. Personas Legitimadas para Presentar Iniciativas

El artículo 14.1 del Reglamento afirma que «Las personas jurídicas nacionales o extranjeras podrán presentar ante los organismos promotores de la inversión privada del Gobierno nacional, Regional o Local, iniciativas de proyectos de inversión sobre activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos que puedan ser ejecutados con la participación del sector privado, a través de las modalidades de participación de la inversión privada previstas en el artículo 6 de la Ley».

Como se puede apreciar nuestra normativa no habilita la presentación de iniciativas privadas a las personas naturales, cualquiera que sea su nacionalidad. Por el contrario, tal facultad solo corresponde a las personas jurídicas nacionales o extranjeras, debidamente inscritas y formalizadas.

5.1.2. Competencia para Conocer y Aprobar las Iniciativas Privadas

En nuestro país, la competencia para conocer las iniciativas de proyectos de inversión corresponde a los Organismos Promotores de la Inversión Privada del respectivo nivel de Gobierno (Gobierno Nacional, Regional y Locales). Como se sabe dicha calidad corresponde a) PROINVERSION a nivel del Gobierno Nacional; b) El Gobierno Regional, en forma directa o a través de alguna de sus gerencias u órgano de línea designado debidamente, y, c) El Gobierno Local, en

forma directa o a través de alguna de sus gerencias u órganos de línea.

La decisión de aprobar (y, por ende, desaprobar) una iniciativa, corresponde al Consejo Directivo de PROINVERSION, en el caso de Gobierno Nacional, al Consejo Regional, en el caso de los Gobiernos Regionales, y al Consejo Municipal, en caso de las Municipalidades provinciales y distritales. La elevación de la autoridad que aprueba una iniciativa, en el ámbito municipal y regional obedece a la doble intención de asegurar para el inversor mayor consenso en la decisión por parte de la corporación edil en la creencia que ello propicia mayor estabilidad en las decisiones, (antes bastaba solamente con la decisión de la alcaldía) y, de

“En nuestro país, la competencia para conocer las iniciativas de proyectos de inversión corresponde a los Organismos Promotores de la Inversión Privada del respectivo nivel de Gobierno (...)”

otro lado, permitir un procedimiento diferenciado entre la autoridad instructora (la administración activa) y la autoridad decisora (corporación política).

5.1.3. Requisitos para la Presentación de Iniciativas Privadas

Las iniciativas deben contener los lineamientos generales que permitan su comprensión e identificación, así como la aptitud suficiente para demostrar la viabilidad jurídica, técnica y económica de la propuesta. Al respecto, la doctrina

informa que esta importante cuestión de la información a suministrar a la Administración pone de manifiesto un conflicto «entre la necesidad de que la Administración posea la mayor cantidad de información posible a efectos de conocer acabadamente la iniciativa del particular y, en consecuencia, decidir si reviste o no interés público, y la protección de los derechos del autor de la iniciativa a cuya instancia se genera el procedimiento administrativo de formulación de la voluntad estatal»¹⁵. En este sentido, si la información a entregarse es de demasiado detalle, la Administración podrá evaluar a cabalidad la viabilidad legal, financiera y técnica del proyecto de inversión, pero el iniciador revelará la información estratégica que lo expondrá con desventaja en el proceso de selección que se convocará posteriormente. A la inversa, si se

14 Para Mertehikian, esta modalidad es útil para que el Estado convoque a particulares para que presenten iniciativas en áreas predeterminadas por él, con el objeto de orientar la inversión privada hacia sectores que considera prioritarios. (op. Cit., p. 58).

15 Mertehikian, Eduardo; Op. Cit., p. 42.



La Generación por Iniciativa Privada...

resguarda en exceso el derecho a la reserva del iniciador, la Administración tendrá menos elementos de juicio para analizar la viabilidad de la propuesta.

Como bien afirma Mertehikian, «(...) *no es factible desarrollar un catálogo único e invariable de aspectos que la presentación deba contener; a pesar de que su sistematización haya sido intentada en la legislación*»¹⁶, pues a ello contribuye, la inmensa variedad de temas, modalidades y mercados sobre los cuales puede plantearse un proyecto de iniciativa. Frente a ello la propia doctrina¹⁷ ha señalado tres pautas sobre la información que debe ser suministrada a la administración por el iniciador:

- La información a requerirse al iniciador, no podrá ser de absoluto detalle, ya que como no estamos en el proceso de selección, ni su propuesta equivale a la oferta, debe poder reservar algunos datos estratégicos que le permita eficientemente en el proceso competitivo verdadero.
- La información debe ser suficiente y veraz, acorde con los principios de publicidad, igualdad y transparencia que rige las relaciones entre la administración y los administrados.
- La administración siempre tiene la potestad de requerir información suficiente al iniciador, acerca de la viabilidad técnica, social, económica y jurídica del proyecto.

De manera amplia, la normativa nacional nos indica que una iniciativa «(...) *deberá identificar el proyecto de inversión a contratar o a ejecutar y sus lineamientos generales, tales como la descripción de la obra, el servicio público que pretende explotar, las bases de su factibilidad técnica, las posibles fuentes de financiamiento del proyecto así como otros aspectos que permitan identificarlo con claridad*»¹⁸. Como se puede apreciar se debe suministrar a la administración un conjunto de elementos que versan sobre aspectos personales del iniciador, técnicos del proyecto de inversión, que permitan identificar las peculiaridades del proyecto, y aspectos financieros, que convengan a la administración de la conveniencia económica del emprendimiento y de su viabilidad financiera.

Por ello, se exige que el contenido mínimo exigido para la propuesta deba contener información en los órdenes: personales del iniciador, técnica, económico-financiera, y ambiental del proyecto.

a) Información Personal del Iniciador

La normativa nacional sólo indica, referente a la información del iniciador, que debe proporcionar el nombre o la razón social del solicitante con indicación de sus generales de ley. No han sido incluidos otros elementos indispensables, recomendados internacionalmente, tales como el señalamiento de los antecedentes del iniciador en proyectos de inversión análogos, o información acerca de conflicto de intereses con autoridades nacionales, o relaciones al ámbito de los Organismos Promotores de la Inversión Privada, las entidades concedentes o similares¹⁹.

b) Información Técnica del Proyecto

La solicitud debe estar acompañada de manera indispensable de cuatro componentes:

- La identificación de la propuesta de modalidad de participación de la inversión privada a través del cual se llevará a cabo el proceso de promoción de la inversión privada (Venta de activos, concesión, asociación en participación, contrato de gerencia, joint venture, outsourcing, etc.).
- La descripción del proyecto de inversión, incluyendo: (i) Nombre y tipo del proyecto, con indicación del activo, empresa, servicio, obra pública de infraestructura y de servicios públicos del Estado sobre el cual se desarrollará el proyecto, así como referencias sobre el ente o nivel de gobierno titular o la situación legal de los mismos; (ii) Objetivos; (iii) Beneficios concretos que la ejecución del proyecto reportará para la localidad donde sea ejecutado y, de resultar aplicable por el tipo de proyecto, que permitirá a la administración apreciar las razones por las cuales el proyecto amerita ser calificado favorablemente; (iv) Ingeniería preliminar del proyecto, en el que de acuerdo a las

¹⁶ Ibid.

¹⁷ GOYCOCHEA, Juan Carlos; op. Cit., p. 87 y ss.

¹⁸ Artículo 14.2, Decreto Supremo N°015-2004-PCM.

¹⁹ Por ejemplo, la CNUDMI en su Guía Legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada.

características del mismo, se incluya la información técnica necesaria, referida a la iniciativa privada presentada²⁰.

- El ámbito de influencia del Proyecto con la indicación de los efectos sobre ellas, para determinar tanto las demás entidades públicas involucradas por la competencia territorial como las colectividades impactadas por la actividad propuesta.
- La propuesta de plazo o vigencia estimada del contrato de participación de la inversión privada.

c) Información Económica y Financiera del Proyecto

En cuanto a aspectos económico-financieros del proyecto, es necesario que el iniciador presente una evaluación económica y financiera del proyecto, considerando el valor estimado de la inversión y la forma de aportarla, la demanda prevista, los ingresos y costos estimados, el plan de financiamiento, el esquema financiero del contrato futuro con el estado (esquema tarifario, pagos al Estado, nivel de subsidios –directos o indirectos- que considere necesario, garantías de ingresos, distribución de ingresos, indicación de los distintos riesgos que contiene la propuesta y la forma en que distribuirá entre las partes, etc.), entre otros elementos que faciliten su análisis por el Organismo Promotor de la Inversión Privada²¹.

En cuanto a la explicación del plan de financiamiento, debe generar a la Administración la convicción sobre si la iniciativa es rentable o no rentable en el largo plazo y, por ende, si merecerá o no subsidios explícitos o implícitos, o ser autosustentable, así como permitir el cálculo de la rentabilidad de la actividad, el plazo de la concesión, las metas propuestas de inversión, tiempo y condiciones de recupero de la misma, etc.

d) Información Medio Ambiental

El iniciador también debe presentar una evaluación preliminar del impacto ambiental que

permita enunciar los componentes ambientales a considerar en el proyecto así como las especificaciones que deberá cumplir el análisis de impacto ambiental definitivo y sus instrumentos de gestión ambiental, de ser el caso.

e) Información de Costos de Desarrollo

Finalmente, el iniciador debe acompañar su solicitud con una descripción cuantificada en suma cierta, de los costos directos de desarrollo del proyecto que solicita sean cancelados, en caso que no resulte adjudicatario y su respectiva sustentación, con carácter de declaración jurada, por lo que no se necesitara el detalle documental de los gastos. No obstante, la forma y las condiciones en que se efectuará el reconocimiento de estos costos por parte del adjudicatario, serán definidas en las Bases del proceso, aprobadas por la entidad.

Cabe admitir finalmente que como consecuencia del análisis que la Administración realice de estos elementos se encontrará en la posibilidad de emitir una decisión definitiva sobre la iniciativa (a favor o en contra), o previamente:

- i) Proponer la introducción de ampliaciones y/o modificaciones consideradas necesarias al proyecto de inversión (no sólo para mejorar la consistencia del proyecto o subsanar errores u omisiones advertidas, sino particularmente para velar por que los términos de la iniciativa permitan la libre competencia en el futuro proceso de selección); o,
- ii) Requerir información complementaria al iniciador para facilitar el análisis. Nótese que esta facultad será de necesario empleo, ya que hasta ese momento la información que presenta el administrado es a nivel de «lineamientos generales», más no estudios de factibilidad o de detalle, que aseguren una buena decisión.

En todo caso, la admisión de la iniciativa privada no confiere ningún derecho al presentador salvo a la confidencialidad de la información que hubiere presentado, incluyendo la idea misma objeto de

20 Aun cuando no lo mencione directamente la reglamentación nacional, apreciamos que será necesario proporcionar información de manera sustentada acerca de la cantidad de puestos de trabajo directos e indirectos estimados que la actividad generará, pues ello servirá tanto de criterio de evaluación del proyecto (Art. 16 literal d) y de criterio de preferencia, en caso de concurrencia de iniciativas (Art. 15.8.).

21 Entre esos otros elementos a solicitarse, consideramos de interés conocer los beneficios directos e indirectos que el promotor de la iniciativa espera recibir de la actividad propuesta, para permitir a la administración apreciar la razonabilidad económica del proyecto de manera completa. Por ejemplo, un promotor de una iniciativa privada en materia de viabilidad debería revelar tanto los beneficios directos esperados (por ejemplo, la cuantificación de las tarifas o peajes aplicables), como los indirectos (Ej. Si por ejemplo, la obra redundara en incrementar el valor de predios del promotor colindantes al proyecto).



La Generación por Iniciativa Privada...

la iniciativa. Por ello, «(...) *la administración puede en consecuencia, discrecionalmente, aceptar o rechazar la propuesta, o simplemente no aceptarla, pero desde luego no puede luego utilizar la idea o los datos contenidos en la propuesta sin preservar el derecho del autor de la iniciativa*»²².

5.1.4. Lo innovador como elemento consustancial a toda «iniciativa privada»

Toda iniciativa privada para ser tal, debe contener un elemento innovador o creativo que la personalicen en su autor, diferenciándolo de cualquier otro emprendimiento, y además de la simple voluntad desarrollada a través del proyecto de inversión de adquirir activos, gerenciar o asociarse en proyectos estatales, comprar accionariado de empresas del Estado, o ser concesionario de un servicio público u obra de infraestructura pública. Los casos de voluntad o deseo de emprendimiento de estas actividades debe ser canalizada a través de las ofertas en los procesos de selección regulares que la administración convoque oficialmente.

De lo que se trata es que quien plantee la iniciativa ante la administración sume a su interés en colaborar en el diseño y planteamiento de propuestas viables, algún aporte de originalidad o novedad que no sea conocida en el promedio del estado de la técnica vigente en la forma en que el Estado desarrolla la actividad, proyecto, servicio u obra pública hasta la fecha. Este paso inventivo consistirá en una metodología, técnica o forma de hacer las cosas creativas e individualizable, distinta a la forma actual en que se realiza la actividad por parte del Estado, de modo que amerite la propiedad intelectual del proponente sobre la iniciativa. Por el contrario, no procederá la consideración de originalidad o innovación, la forma de gestión que se limita a la forma común de construir una obra, o prestar un servicio, ni tampoco, el ofrecimiento de

cumplimiento de estándares legales de prestación de servicios o construcción de obras.

A ello se refiere nuestra legislación, cuando el artículo 16 del Reglamento, indica como uno de los criterios de evaluación de las iniciativas es:

«(...) e) Si la iniciativa privada contiene una propuesta innovadora en materia de ejecución y/o explotación de obras públicas de infraestructura y servicios públicos. Para efectos de la evaluación de la creatividad contenida en la propuesta, se exigirá que el contenido de la propuesta cumpla con los requisitos similares a las creaciones protegidas por las normas sobre derecho de autor²³».

“(...) la legislación comparada establece que no procede una iniciativa privada cuando el proyecto de inversión se encuentre ya previsto por la autoridad para ejecutarla (...)”

Finalmente, es de precisar que por el carácter innovador, es que la legislación comparada establece que no procede una iniciativa privada cuando el proyecto de inversión se encuentre ya previsto por la autoridad para ejecutarla, de manera directa o indirecta, o la venga estudiando como proyecto de inversión, a la fecha de presentación²⁴. Por ejemplo, no será procedente la calificación de iniciativa privada la pretensión de acometer un proyecto de inversión registrado en el Banco de Proyectos del Estado.

5.1.5. Carácter Confidencial de la Información

Para incentivar la presentación de iniciativas y resguardar la información estratégica del promotor acerca del negocio propuesto, la normativa obliga a que el contenido de los lineamientos que se proporcionan a la administración tendrá carácter confidencial y reservado hasta su calificación por parte del Organismo Promotor de la Inversión Privada, bajo responsabilidad de los funcionarios involucrados. Recién con la inclusión en el Banco Regional de Proyectos de la iniciativa aprobada, se entenderá levantado el estado de confidencialidad y reserva de la iniciativa presentada.

No obstante la norma reglamentaria aprobada en este sentido, existirá el riesgo de la aplicación

22 GORDILLO, Agustín; Después de la Reforma, p. II-11.

23 En nuestro ordenamiento, la innovación como elemento esencial de los derechos autorales se haya reconocido en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 822, artículo 3 de la Decisión 351, y el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución N° 286-1998-TPI-INDECOPI.

24 Así lo establece el régimen de iniciativas de Chile, cuando establece «De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2 inciso 2 y siguientes por el MOP N° 900 de 1996, las personas naturales o jurídicas podrán postular ante el Ministerio de Obras Públicas la ejecución, reparación o conservación de obras públicas, a cambio de su explotación mediante el sistema de concesión, siempre que la obra no esté, al momento de la presentación, siendo estudiada por el MOP para ser ejecutada mediante este mismo sistema». (Art. 4, Reglamento DFL MOP N° 164 de 1991). En similares términos regula el régimen uruguayo, (Art. 1, Reglamento de condiciones especiales para la concesión de obra pública por iniciativa privada).

preferente de las normas de transparencia y acceso a la información, por parte de cualquier tercero, con el objeto de acceder a esta información.

5.1.6. Criterios para la Evaluación de una Iniciativa: la Búsqueda del Interés Público

Lo que determina la aprobación de una iniciativa privada no es que sea un negocio rentable, en términos económicos, aún cuando lo sea para la entidad pública (por ejemplo, si se ofrece un pago para el Estado, a cualquier título)²⁵. Lo realmente determinante es que el proyecto sea viable para el interés público, lo cual sea: a) socialmente rentable (aporte al bienestar de la colectividad); b) sostenible (capacidad del proyecto para mantener un nivel aceptable de beneficios netos, durante su existencia); y, c) Compatibilidad con las políticas públicas aplicables (respecto de la actividad económica o mercado sobre el cual recaerá el proyecto).

No se trata de admitir sólo la existencia de negocios privados en base a recursos públicos, sino de promover proyectos de inversión privada en asuntos de interés público.

Ahora bien, como la noción de interés público resulta poco inteligible para muchos, es necesario explicar que la iniciativa privada debe representar una actividad económica que, por criterio de coincidencia, la mayoría de los ciudadanos estima, meritúa o tasa como «algo» necesario, valioso e importante para la coexistencia social. Como afirmó nuestro Tribunal Constitucional, *«En otras palabras, todo aquello que, por consenso, se comparte y considera como útil, valioso y hasta vital para la sociedad, al extremo de obligar al Estado a titularizarlo como uno de los fines que debe perseguir en beneficio de sus miembros. Por tal imperativo, el cuerpo político jamás podrá tener como objetivo la consagración de intereses particulares»²⁶*.

Como reconoce la doctrina, toda actividad susceptible de calificar como de interés público debe reunir como condiciones inherentes: concreción (definido e identificable), contextualizado (compatible con los factores sociales, económicos, morales, culturales, de una zona o comunidad determinada) actualidad (el valor de la actividad debe ser querido realmente en el presente al momento de su calificación), personal y directo (redunda en el mejoramiento de la calidad o cantidad de bienes en la zona beneficiada), y

conectarse con el goce, la protección, el mantenimiento o la expansión de derechos subjetivos²⁷.

No obstante, hay que tener presente que el interés privado del iniciador y el interés público de la colectividad (representado por la Administración), no son distintos cualitativamente o constituidos separadamente, sino solo cuantitativamente (por la cantidad de individuos que persiguen esta aspiración). Por ello, es que per se, no existe lógicamente contraposición entre el interés público y el interés privado, desde que el interés privado participa en el interés público. Por ejemplo, el promotor de una iniciativa privada que persigue la recuperación de su inversión y la obtención de utilidad, resulta perfectamente compatible con el interés de la comunidad en que la Vía Pública se realice a la brevedad, incluso comprendiendo al propio iniciador como beneficiario de tal obra de infraestructura.

Nuestra legislación determina que para efecto de apreciar la concordancia de la iniciativa con el interés público, confiado a la Administración, se deban tener los siguientes criterios durante la evaluación:

- a) Si el proyecto de inversión se desarrolla sobre bienes públicos, o sobre parte de ellos.
- b) La situación en que se encuentre el proceso de saneamiento de los bienes y/o activos del Estado involucrados con la ejecución del proyecto de inversión y/o si se ha producido la transferencia de los mismos al nivel de gobierno competente. Para tales efectos, el Organismo Promotor de la Inversión Privada deberá formular la consulta respectiva a las autoridades competentes.
- c) Si el proyecto de inversión no es posible de generar afectación al medio ambiente, al paisaje de una zona declarada como área natural protegida y/o al patrimonio cultural de la nación.
- d) Si, tanto en su implementación como en su operación, el proyecto de inversión genera puestos de trabajo en el área de influencia y facilita la llegada de nueva inversión privada.
- e) Si la iniciativa privada contiene una propuesta innovadora en materia de ejecución y/o explotación de obras públicas de infraestructura y servicios públicos. Para efectos de la

25 Aquí se estaría confundiendo el interés público, con el interés estatal.

26 Expediente N° 3283-2003-AA/c (Caso Taj Majal).

27 ESCOLA, Héctor: «El interés público como fundamento del derecho administrativo». DEPALMA, Buenos Aires, 1999.



evaluación de la creatividad contenida en la propuesta, se exigirá que el contenido de la propuesta cumpla con los requisitos similares a las creaciones protegidas por las normas sobre derecho de autor.

- f) Si la iniciativa privada presentada por el particular constituye en forma predominante un proyecto de ejecución futura.
- g) Si el proyecto de inversión posibilita la integración económica a nivel de regiones o a nivel de provincias o distritos.
- h) Si el proyecto de inversión es económica y socialmente rentable.

Nótese que la normativa establece estos elementos como criterios de evaluación, pero no indica la manera en que debe considerárseles: si como niveles de exigencia mínima, o como simples factores referenciales para la ponderación de su mérito. Por ejemplo, ¿se aprecia favorablemente o desfavorablemente si el proyecto recae sobre bienes públicos, o si constituye en forma predominante un proyecto de ejecución futura, o sobre empresas en actividad? Es una situación que corresponde a la administración entender y resolver.

Conviene tener presente que a nivel internacional se recomienda tener en cuenta como limitaciones naturales a la admisibilidad de propuestas no solicitadas o iniciativas privadas: a) aquellas que requieran compromisos financieros considerables de la administración, tales como: garantías, subvenciones, participación en capital, etc.²⁸, y; b) aquellas que versen sobre proyectos ya identificados por la administración, en la que el pseudo iniciador, solo se limite a proponer su emprendimiento o incluso, si se limita a dar una propuesta técnica distinta a la prevista por la autoridad, ya que la apertura a las iniciativas privadas responde a la necesidad de incentivar a detectar necesidades de infraestructura o servicios nuevas o no previstas²⁹.

5.1.7. Problemas en la Evaluación a Cargo de la Administración

El tratamiento dispensado a la evaluación de la iniciativa privada, a cargo de la entidad no se encuentra exento de problemas esenciales.

El primer problema surge cuando apreciamos que el legislador ha puesto como límite temporal para la evaluación y pronunciamiento, un horizonte temporal de 30 días hábiles contados a partir del día siguiente de su presentación, salvo que haya requerido la presentación de información complementaria al iniciador. En este caso, el plazo se extenderá hasta un máximo de 60 días adicionales.

Como se puede apreciar, este plazo fugaz resulta insuficiente, si no solo debe analizar la documentación presentada, sino validarla, realizar su análisis propio, en los ámbitos jurídico (sobre la viabilidad de la iniciativa), económico-financiero (sobre la confiabilidad del enfoque financiero proyectado), y, probablemente ambiental, social, etc., requerir informes a otras dependencias públicas sobre el proyecto. No obstante que el iniciador ha tenido todo el tiempo necesario para formular su propuesta, el plazo dado para la entidad es idéntico al acordado para tramitar cualquier licencia, o un permiso municipal, sin advertir que la legislación comparada ha acordado plazos más largos que pueden llevar hasta un año de evaluación. Obviamente, la fugacidad del plazo, va a determinar que la administración opte por cortar el plazo, formulando alguna observación o cuestionamiento, cuando no decida simplemente denegar expresamente la solicitud, u optar por el silencio negativo.

Un segundo aspecto controversial, es que de acuerdo al diseño del procedimiento, la administración tendrá que decidir sin tener un estudio definitivo del proyecto que permita contar materialmente con convicción de la viabilidad del proyecto, sino sólo con lineamientos generales que aporta el iniciador y por tanto sujeto aún a variaciones.

De otro lado, también la normativa presupone que el análisis de la administración deberá ser realizado a su propio costo sin demandar mayores recursos. No existe ninguna disposición sobre el particular ni en la ley ni en su reglamento. Por el contrario, el derecho comparado ha reconocido que estos costos de análisis extraordinarios y no presupuestados (personal calificado, simulaciones financieras, verificaciones ambientales, etc.) a cargo de la entidad, también deben ser cancelados por el proponente, quien lo trasladará a los costos de desarrollo que se retornarán por el adjudicatario³⁰.

28 Creemos que esta limitación resultará imprescindible aplicarla en nuestro país, hasta en tanto la normativa permita que se adjudique la concesión o contrato al iniciador, sin estudios técnicos de detalle, y solo porque en treinta días ningún otro empresario manifestó su interés en el negocio.

29 Véase, la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructuras con financiación privada, p. 101 y 102.

30 Así, por ejemplo, el artículo 34 del Decreto N° 31836-MOPT de Costa Rica.

Finalmente, un problema inherente a la evaluación consiste en el monopolio que se crea en algún nivel de la burocracia para determinar discrecionalmente (y sin posibilidad de control judicial posterior) sobre la viabilidad de la iniciativa. Para aminorar este problema en la evaluación, es posible estudiar la posibilidad de incluir una instancia participativa de la sociedad civil para que estudie y dictamine sobre las propuestas presentadas.

5.1.8. Efectos de la Aprobación de la Iniciativa por la Administración

Como habíamos manifestado, nuestra legislación ha unido en una sola etapa, la fase de postulación y de proposición, por lo que la única declaración favorable que emite la autoridad, es el acto administrativo de aprobación de la iniciativa. Por el contrario, en los demás ordenamientos se diferencian dos expresiones de voluntad de la administración (una al final de cada una de las fases de postulación y de proposición), siendo la primera una simple declaración «del interés de la autoridad por conocer el proyecto en detalles»³¹, y la segunda, la declaración de interés público del proyecto.

En nuestro caso (Art. 15.7., 17, y 19 del Reglamento) la aprobación del acto administrativo de aprobación de la iniciativa determina la incorporación al patrimonio de la entidad de la iniciativa a cambio del reconocimiento de los costos de desarrollo debidamente sustentados a ser asumidos por el postor adjudicatario, por cuyo efecto se incorpora el proyecto en el Banco regional de Proyectos, cesando el estado de confidencialidad convenido. No constituye una consecuencia jurídicamente de la aprobación de la iniciativa, algún

derecho del inversionista a ser beneficiario con el contrato. Veamos cada una de las consecuencias anunciadas:

La primera de las consecuencias es la incorporación al patrimonio de la entidad del proyecto de inversión presentado como iniciativa, a cambio del reconocimiento de los costos que le demandó el desarrollo. Como bien afirma RUFIAN, «(...) si la proposición es aceptada ésta se entenderá transferida al MOP a cambio de un premio en la evaluación de la propuesta y deberá ser licitada, en un plazo de un año, de acuerdo a las normas generales de licitación»³². En el caso nacional, la transferencia se entiende realizada

a cambio del reembolso de gastos reconocidos en el mismo acto de aprobación, más la posibilidad de resultar adjudicatario del contrato, una vez convocado, o en vía de contratación directa, como luego veremos. De otra manera, no se explica que en virtud de la sola aprobación de la iniciativa y sin siquiera haber convocado al proceso de selección, el Estado se atribuya la posibilidad de incluir el proyecto de iniciativa en el Banco Regional de Proyectos, cuya información se pone a disposición del público interesado³³⁻³⁴.

Otra consecuencia de esta aprobación, sobre la cual

volveremos al momento de analizar los derechos del iniciador, es la aprobación del costo de desarrollo del proyecto que será devuelto al iniciador. Como se ha visto, el iniciador es quien cubre con su patrimonio todos los costos relacionados con su elaboración, presentación, revisión, subsanación o enmienda de los estudios contenidos en la iniciativa hasta la aprobación oficial por la entidad (costos de desarrollo). Ahora bien, una vez que la aprobación de la iniciativa se produce, aparece un derecho del iniciador a obtener el reembolso de los costos

“(...) nuestra legislación ha unido en una sola etapa, la fase de postulación y de proposición, por lo que la única declaración favorable que emite la autoridad, es el acto administrativo de aprobación de la iniciativa.”

31 Ver norma en el Reglamento de la Ley Chilena.

32 RUFIAN, Dolores; «Manual de Concesiones de Obras Públicas, Fondo de Cultura Económica, p. 39. En similares términos se pronuncia VARGAS FRITZ, José; «La concesión de Obras Públicas», Ediciones Jurídicas La Ley, p. 164.

33 No obstante esta alternativa no es uniforme en el derecho comparado, pues también existe la posición que establece el mantenimiento del derecho de propiedad intelectual del iniciador hasta el efectivo reembolso en su favor, sin perjuicio de autorizarse al Estado el empleo del proyecto con el exclusivo fin del procedimiento de selección. Así, el artículo 11 del Reglamento de los Proyectos de Iniciativa Privada de Concesión de Obras Públicas o de Concesión de Obra Pública con Servicio Público indica: «El proponente no gozará de derechos de exclusividad sobre la idea de concesionar ni sobre los documentos de carácter general presentados durante la etapa de postulación, sino hasta que ha sido aceptada la postulación por parte de la administración concedente. Los estudios propuestos durante la etapa de proposición pertenecerán al proponente hasta que éste obtenga su reembolso, no obstante podrán ser utilizados por la administración concedente en el procedimiento de licitación. Una vez efectuado el reembolso de los estudios según los términos de este Reglamento, la proposición y los derechos de propiedad intelectual sobre el proyecto se entenderán transferidos y cedidos a favor de la administración concedente».

34 Es importante anotar que el levantamiento del estado de confidencialidad de la información que la aprobación determina, puede resultar incompatible con algunos secretos industriales o tecnológicos que la propuesta podría contener, por lo que será necesario revisar casuísticamente esta situación.



La Generación por Iniciativa Privada...

reconocidos o aceptados por la administración, en base a la información que presentó de manera sustentada con carácter de declaración jurada (Art. 14.3)³⁵ Pero ese derecho o crédito será en el monto que a criterio del Organismo Promotor de la Inversión Privada «encuentre debidamente sustentados», esto es, antes de emitir la resolución correspondiente con la fijación del monto a reembolsar, la Administración considerará en principio, la información del iniciador, la que podrá aceptar o ajustar de conformidad con la validez de la documentación presentada o los precios del mercado para similares bienes o servicios. Para ello, la entidad deberá advertir que de un lado, un monto diminuto definitivamente no retribuirá de manera adecuada y proporcional al iniciador (desincentivo), pero un monto excesivo, determinará una limitación injustificada para la competencia en la etapa de selección, ya que esta obligación será asumida por el postor adjudicatario. Para ello, el reglamento ha establecido topes indicativos para la fijación de los montos de reembolso de hasta el 1.5 del valor total de la obra o valor referencial del procedimiento de selección, salvo para el caso de proyectos con valor de referencial de hasta 1,120 UIT, en cuyo caso el límite será fijado hasta el límite de 5% del valor total de la obra.

En este mismo orden de ideas, el iniciador podrá perder el derecho al reembolso, si concurren algunas de las siguientes circunstancias: i) Si el iniciador no participa en el proceso de selección; ii) si el iniciador resulte adjudicatario del contrato; y, iii) Si el procedimiento no se concluye o realice por causa no imputable al Organismo Promotor de la Inversión Privada.

5.1.9. Efectos de la Desaprobación de la Iniciativa por la Administración

Una segunda posibilidad, es que la administración decida rechazar la propuesta de iniciativa, sin ninguna responsabilidad u obligación frente al iniciador o terceras personas. Para ello, la decisión expresa de la autoridad deberá justificarse debidamente, no obstante tratarse de una petición graciable, pues como todo acto de la autoridad debe encontrarse debidamente motivado y no ser arbitrario. De ordinario, los argumentos mas frecuentes para este rechazo pueden ser: el proyecto no sea satisfactorio al interés público, la información proporcionada sea contradictoria o equivocada o el iniciador se resista a realizar las ampliaciones o modificaciones indicadas por la autoridad, si el proyecto no fuere admisible ambiental, económica o

financieramente, o si, el iniciador no requeriría de algún título público para realizar la actividad (Ej: Concesión).

Como en este caso nos encontramos ante una decisión discrecional de la autoridad, sobre una petición graciable, «*no se puede fiscalizar la entraña de la decisión discrecional, puesto que, sea ésta del sentido que sea, si se ha producido dentro de los límites de la remisión legal a la apreciación administrativa (y con respecto de los demás límites generales (...)) es necesariamente justa como lo sería igualmente la solución contraria*»³⁶. Pero esta actividad discrecional, al producirse dentro del marco jurídico, debe cumplir con determinados estándares de todo acto del poder: razonabilidad, motivación, legalidad e interdicción de la arbitrariedad.

Por ello, como establece la doctrina «(...) resulta obvio que no cualquier iniciativa que los particulares propongan realizar, merecerá automáticamente por parte de la administración, en cualquiera de sus ámbitos, la calificación de interés público, y, por ende, la elección del mecanismo de su puesta en marcha. Lo que sí es necesario señalar es que la Administración puede desestimar una iniciativa privada por cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia, sin que esto pueda ser cuestionado por el particular o dé lugar a resarcimiento alguno»³⁷. Sin embargo, en una disposición contradictoria, el artículo 15.4. del reglamento considera que la desestimatoria no puede ser contestada o impugnada en la vía administrativa.

Ahora bien, establecido el carácter discrecional, no arbitrario, de la decisión de la Administración sobre la iniciativa presentada, nos queda por analizar si de la desestimación de la iniciativa se deriva algún derecho en particular a favor del particular.

En principio, toda la estructura de la iniciativa privada está enmarcada dentro de la política del riesgo empresario, de allí que se premia el ingenio de la creación de un negocio para un particular, al mismo tiempo que se logra la satisfacción de un interés público. Pero el hecho puntual de la presentación de una iniciativa, no deja de ser más que una propuesta de un negocio formulado por un particular, por lo cual no deja de ser un riesgo empresario su falta de logro o consolidación por decisión de la administración de no participar de él. Desde la perspectiva del derecho administrativo, la presentación de una iniciativa es una modalidad de inicio de un

35 Nótese que la norma exige, la presentación de la descripción cuantificada del costo de desarrollo con la sustentación correspondiente, ambos con carácter de declaración jurada, pero no solicita una simple declaración jurada con una cifra.

36 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y otro. «Manual de Derecho Administrativo», Tomo I., p. 459.

37 DE GOYCOCHEA, Juan Carlos: op. cit., p. 103-4.

procedimiento administrativo en interés particular del administrado, denominada «petición de gracia» (Artículo 112° de la Ley N° 27444), por lo que no se deriva de ella directamente el derecho a obtener lo solicitado ni el de obtener ninguna contraprestación o pago por ella.

La única consecuencia notable –si se puede decir así– derivada de una denegatoria de una iniciativa, será que el iniciador seguirá siendo para todos los efectos el único propietario intelectual sobre la iniciativa. Por tanto, la administración no podrá luego emplear sus estudios para formular una iniciativa pública de inversión o convocar algún proceso de selección bajo las mismas características.

5.1.10. La Desaprobación por Silencio Administrativo de las Iniciativas

El reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 015-2004-PCM, establece como plazo máximo para emitir el pronunciamiento sobre la iniciativa privada presentada, treinta (30) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de la presentación de la misma. Sin embargo, el Organismo Promotor de la Inversión Privada se encuentra facultado para solicitar al peticionante la presentación de información complementaria, para efectos de lo cual podrá concederle un plazo máximo de hasta sesenta (60) días hábiles, el mismo que se computará como plazo adicional al plazo original previsto para la emisión del pronunciamiento.

La misma norma establece que si transcurrido cualquiera de los dos plazos indicados, según sea el supuesto que se hubiere producido, y el Organismo Promotor de la Inversión Privada no emite pronunciamiento sobre la iniciativa privada presentada, ésta se considerará desaprobada, produciéndose el silencio administrativo negativo.

Ahora bien, comprendemos que un aspecto central radica en determinar si al vencimiento de este plazo el silencio administrativo opera automáticamente, e impidiendo a la administración la posibilidad de emitir su decisión expresa sobre la materia. En otros términos, existen aspectos a dilucidar:

- a) Si el silencio administrativo negativo es una forma válida para concluir el procedimiento administrativo.
- b) Si el silencio administrativo negativo opera automáticamente transcurrido el plazo para la emisión de la resolución.

- c) Si la administración conserva, aún luego de vencido el plazo oficial para la decisión, la competencia para resolver el procedimiento.

Conforme al artículo 186 de la Ley del Procedimiento Administrativo General son medios oficiales para concluir válidamente un procedimiento administrativo: la resolución, el silencio administrativo positivo, el desistimiento, la declaración de abandono, los acuerdos conciliatorios y la prestación efectiva de lo pedido y el silencio administrativo negativo en el caso al que se refiere el numeral 4) del artículo 188³⁸.

El artículo 188 numeral 4) hace clara referencia a que el silencio administrativo negativo no es una forma ni ordinaria ni especial de concluir un procedimiento administrativo, sino a título excepcional en los dos supuestos que comprende este artículo:

- i) Cuando es notificada la Administración de la interposición de una demanda judicial; y,
- ii) Cuando el administrado ha interpuesto los recursos administrativos.

Indudablemente, no podía ser de otra manera, dado que en nuestro sistema administrativo, el silencio administrativo negativo –a diferencia del positivo, que constituye un acto presunto– se organiza como una técnica a favor del administrado para habilitarle a acudir a la instancia superior o transferir el caso al Poder Judicial, según sea el grado de avance. No podría la propia administración beneficiarse de su inacción, para pretender luego dar por concluido un procedimiento iniciado por una expectativa de un particular, argumentando su propio silencio.

Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido posición acerca de la forma correcta y constitucional de interpretar la regla del silencio positivo³⁹.

Al respecto afirma: «*El silencio administrativo constituye un privilegio del administrado ante la Administración, para protegerlo ante la eventual mora de ésta en la resolución de su petición. Se trata de «una simple ficción de efectos estrictamente procesales, limitados, además, a abrir la vía de recurso», en sustitución del acto expreso; pero «en beneficio del particular únicamente», así «el acceso a la vía jurisdiccional una vez cumplidos los plazos [queda] abierto indefinidamente en tanto la Administración no [dicte] la resolución expresa»*» (subrayado nuestro,

38 «Aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos respectivos».

39 Expediente N° 1003-98-AA/TC.



La Generación por Iniciativa Privada...

Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, 7º ed., Edit. Civitas S.A., Madrid, 1996, p. 573)».

Sobre el particular, deben resaltarse dos aspectos: Se trata de una presunción en beneficio del particular únicamente, y su efecto es abrir la vía jurisdiccional, indefinidamente, en tanto la Administración no haya resuelto expresamente el recurso.

Una interpretación contraria, es decir, que el silencio administrativo negativo clausura el procedimiento, no es aceptable constitucionalmente a criterio del propio Tribunal, pues como ha afirmado:

«En el primer caso, porque no se aplica en beneficio del particular, sino de la Administración, resultando que ésta, «la incumplidora de dicho deber de resolver, se beneficia de su propio incumplimiento» (Ernesto García-Trevijano Garnica, *El silencio administrativo en la nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, 1º ed., Edit. Civitas S.A., Madrid, 1994, p. 31). En el segundo caso, porque en lugar de abrir indefinidamente la vía judicial en tanto la Administración no resolviera expresamente, le impone un plazo, el que, además, ninguna norma del citado cuerpo normativo establece. Constituye un criterio que limita irrazonablemente el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional reconocido por el artículo 139º, inciso 3), de la Constitución. La interpretación efectuada restringe finalmente el derecho del particular de acceder a la vía judicial, porque ocasiona caducidad en el ejercicio del derecho de acción. Este derecho fundamental puede verse lesionado si, para acceder a la tutela jurisdiccional, la ley impone exigencias excesiva o irrazonablemente formalistas o, como en el presente caso, se interpreta las existentes u otras relacionadas, en un sentido de apreciación desvariado o desmesuradamente formal, ocasionándose en cualquiera de tales supuestos la imposibilidad del ejercicio de ese derecho fundamental. Considerando que el agotamiento de la vía previa constituye un presupuesto procesal de cuya satisfacción depende el acceso a la tutela jurisdiccional, las normas que la regulan y, en particular, como concierne al caso, las que regulan el sistema recursivo, deben interpretarse de conformidad con el principio *pro actione*. Es decir, en sentido favorable para posibilitar el acceso a la tutela jurisdiccional y, consiguientemente, con exclusión de toda opción interpretativa que sea contraria a ese propósito».

Es importante anotar, que en el presente caso el artículo 15 del Reglamento analizado prevé que será el administrado quien produzca la consecuencia prevista del silencio negativo, mediante la interposición de una queja ante la máxima autoridad ejecutiva de la entidad, con el objeto de obtener un pronunciamiento expreso por parte de la entidad competente, conforme a lo previsto en el artículo 158º de la Ley N° 27444.

Finalmente, queda por establecer si una vez transcurrido el plazo para expedir una decisión administrativa –en este caso, treinta días hábiles o los sesenta adicionales, según se solicite información complementaria-, el Órgano Promotor de la Inversión Privada conserva competencia para resolver este expediente expresamente, mediante una resolución tardía.

La respuesta la encontramos en el artículo 188 de la Ley del Procedimiento Administrativo, que expresamente establece:

«Aún cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos respectivos».

Como se aprecia, el deber de resolución de la autoridad se prolonga aún después de vencido un plazo administrativo, más aún tratándose del ejercicio del derecho constitucional a la petición, que comporta la carga a la administración de resolver expresamente. En este mismo orden de ideas, conviene tener presente que como establece el artículo 140.3 del mismo ordenamiento «*El vencimiento del plazo para cumplir un acto a cargo de la administración, no exime de sus obligaciones establecidas atendiendo al orden público. La actuación administrativa fuera de término no queda afectada de nulidad, salvo que la ley expresamente así lo disponga por la naturaleza perentoria del plazo*».

5.2. Fase de Selección para la Ejecución del Proyecto de Inversión

El procedimiento de selección se inicia con la publicación de un Resumen Ejecutivo de la Iniciativa Privada aprobada, con el objeto de atraer el interés de terceros interesados (potenciales competidores del iniciador) sobre el proyecto. De presentarse cualquier tercero mediante su manifestación de interés y la experiencia necesaria para ser precalificado para la ejecución del proyecto, será

procedente el empleo de algún procedimiento competitivo (Licitación Pública Especial, Oferta Pública, o Concurso de Proyectos Integrales).

Por el contrario si no se hubieran presentado interesados durante el plazo establecido se procederá a una adjudicación o concesión directa del proyecto, a favor del iniciador.

Nótese que en este caso, la definición del procedimiento a seguir para seleccionar al proveedor solo dependerá de la aparición o no de terceros interesados en el proyecto de inversión, y no del apego ideológico a un procedimiento competitivo con sumisión al principio de igualdad entre los empresarios.

Ante esta situación cobra singular importancia la real posibilidad fáctica que haya concurrencia de otros interesados, a partir de aspectos como la real difusión de la iniciativa entre los potenciales interesados, o la posibilidad de acuerdos entre los potenciales postores para distribuirse el negocio (práctica colusoria)

5.2.1. Publicación del Resumen Ejecutivo de la Iniciativa

Un resumen ejecutivo de la iniciativa privada aprobada deberá ser publicada en el Diario Oficial El Peruano, en otro diario de circulación nacional a costo del solicitante, así como en la página web del Organismo Promotor de la Inversión Privada, dentro del plazo de diez (10) días hábiles desde que el solicitante cubra los costos antes referidos, lo que deberá hacer dentro de los diez (10) días hábiles de aprobada la iniciativa, para conocimiento y participación del público interesado.

El resumen ejecutivo deberá contener, cuando menos, la siguiente información:

- Objeto y alcance del proyecto de inversión;
- Bienes y/o servicios públicos sobre los cuales se desarrollará el proyecto;
- Modalidad contractual y plazo del contrato;
- Monto referencial de la inversión;
- Cronograma tentativo del proceso de inversión;
- Forma de retribución;

- Ubicación de la dependencia en la cual se atenderán los requerimientos de estudios existentes y de otra información disponible relacionada con el proyecto, así como el horario de atención⁴⁰. Requisitos de precalificación que deberán cumplir los interesados;
- Modelo de la Solicitud de Declaración de Interés y Acreditación de los Requisitos de Precalificación.

El plazo establecido normativamente para que los interesados puedan presentarse a manifestar su interés por el proyecto, objeto de la iniciativa privada, es de treinta días calendarios contados a partir del día siguiente de la publicación de la convocatoria (Ley No. 28059 Art. 7 y Art. 18.1 de su reglamento). Se entiende que dentro de este plazo, los potenciales interesados –

“(...) para definir el plazo dentro del cual deba manifestar su interés cualquier tercero ante el proyecto (...) el legislador se ha encontrado en la disyuntiva de determinar si se privilegia a quien tuvo la iniciativa (...)”

que serán nacionales, ya que no se ha exigido que la convocatoria sea realizada en el exterior- deberán apersonarse a la entidad, recabar información y comprender el proyecto de negocio y los alcances de los estudios presentados para sustentar los aspectos legales, técnicos, sociales, financieros y ambientales del proyecto, hacer su propio diagnóstico del proyecto, analizar los aspectos legales, técnicos, sociales, financieros y ambientales de su experiencia profesional o empresarial, decidir su interés en el negocio e identificar sus ventajas competitivas, hacer modelos matemáticos, reunir la documentación exigida para la precalificación, como actividades principales.

Entendemos que para definir el plazo dentro del cual deba manifestar su interés cualquier tercero ante el proyecto, y, por vía indirecta, definir la modalidad del procedimiento a seguirse, el legislador se ha encontrado en la disyuntiva de determinar si se privilegia a quien tuvo la iniciativa (optando un plazo mas fugaz) o si se privilegia la posibilidad de obtener otras ofertas en competencia (optando por un plazo mas razonable, conforme sucede en el derecho comparado). Como bien afirma FANELLI, «(...) si se fija un plazo excesivamente breve, se perjudica la presentación de otras ofertas que puedan resultar a la postre mejores (...) Pero por el contrario, si tal término es amplio en demasía, ello conspira tanto contra la celeridad del procedimiento y la consiguiente satisfacción de necesidades públicas, así como contra la ventaja de quien concibió la iniciativa e invirtió grandes sumas

40 Para acceder a la información a que se ha hecho referencia, los interesados suscribirán un Acuerdo de Confidencialidad.



La Generación por Iniciativa Privada...

en determinar si ella era rentable y luego formuló el proyecto que permitió la iniciación del procedimiento, aunque este en sí mismo continúe reservado en resguardo de su derecho de propiedad intelectual⁴¹».

Compartimos la necesidad de alentar las iniciativas privadas coadyuvantes a los fines públicos mediante las preferencias razonables a favor del iniciador, pero también entendemos que existe un imperativo fundamental de la actividad privada que es la competencia, incluso para poder demostrar que se es, el más capaz y conveniente para un contrato con el Estado. Hacemos nuestras las preocupaciones del Consejo de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) para quien si bien la virtual exoneración de procedimientos de selección competitiva puede operar como un incentivo para los proponentes de iniciativas, pone en serios riesgos la sostenibilidad en el largo plazo del proyecto. En efecto, la Guía legislativa de CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada expresa, «(...) la asignación de proyectos a raíz de propuestas no solicitadas y sin abrirlas a la competencia de otros ofertantes puede exponer a la autoridad pública a severas críticas, particularmente si se trata de concesiones exclusivas. Además, los posibles prestamistas, incluidas las instituciones financieras multilaterales y bilaterales, pueden tener reparos en prestar u otorgar garantías para proyectos que no hayan sido objeto de procedimientos de selección competitiva. Pueden temer que futuras autoridades impugnen o cancelen la concesión (por ejemplo, por estimar que la adjudicación se hizo por favoritismo o porque el procedimiento no ofrecía parámetros objetivos para comparar los precios, los factores técnicos y la eficacia general del proyecto) o que sea impugnada judicial o políticamente por otras partes interesadas, ya sea usuarios disconformes con un aumento de precios o empresas competidoras que aleguen haber sido excluidas injustamente de un procedimiento de selección competitiva⁴²».

5.2.2. Procedimiento Competitivo

La presentación de un tercero interesado en el proyecto que ha merecido la precalificación de la entidad, amerita la prosecución de un procedimiento competitivo de selección para determinar la oferta más conveniente a los fines de la Administración.

En este caso, dentro del plazo de treinta (30) días calendario contados a partir del día siguiente de la publicación de la iniciativa privada, el órgano competente deberá cursar una comunicación escrita al solicitante, poniendo en su conocimiento la existencia de terceros interesados en el proyecto y procederá a llevar adelante el correspondiente proceso de promoción de la inversión privada de acuerdo a los mecanismos y procedimientos contemplados en la legislación de la materia.

De este modo, se procederá, según el caso, con una Licitación Pública Especial y/o algún mecanismo de Oferta Pública de ser el caso, o promover un Concurso de Proyectos Integrales. La normativa nacional silencia sobre cual de los dos procedimientos de selección sería el preferente, o en que caso corresponderá aplicar cada uno, como si fuera una decisión discrecional de la Administración. Sin embargo, consideramos que particularmente debe ser la convocatoria a Concurso de Proyectos Integrales, tanto por la necesidad de comparar proyectos y alternativas, como por la particular situación de no contar hasta ese momento con algún proyecto de detalle para definir con base suficiente sobre las bondades del proyecto. Hacemos nuestras las reflexiones de GORDILLO sobre el particular: «(...) debe preferirse el procedimiento de concurrencia o de competencia de proyectos antes que la clásica compulsiva de antecedentes y precios, propia de la licitación pública, mucho menos rica en materia de ideas, iniciativa y alternativas que el procedimiento que compara proyectos íntegros⁴³». Prosigue nuestro autor señalando que «De la lectura de tantos análisis comparativos como ofertas presentadas, surge una enorme riqueza de materiales para la toma de decisión (...) el análisis crítico competitivo de cada uno de los aspectos de las ofertas hechos por los propios contendores es una de los mejores elementos para arribar a una decisión razonable y fundada, cualquiera sea el grado de complejidad del proyecto. A la inversa, resolver sin tener diversos análisis comparativos sobre las mismas ofertas, es tomar un camino de una decisión demasiado discrecional⁴⁴».

Producidos algunos de estos procedimientos competitivos, la normativa acuerda uno o varios beneficios a favor del iniciador, con lo cual se le alienta a su actividad. Los más comunes son la mejora de la oferta, el reembolso de gastos, y el derecho a la preferencia (discriminación inversa), y los honorarios contingentes.

41 FANELLI EVANS, Guillermo; La Concesión de Obra Pública, p. 35 y ss.42 Guía Legislativa de la CNUDMI Sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada, p. 99.

43 GORDILLO, Agustín; op. cit., p. II-13.

44 GORDILLO, Agustín; op. cit., p. II-15.

a) Derecho a Mejorar la Oferta

Consiste en el derecho que se reconoce al iniciador para tener la opción de mejorar su oferta inicial, en caso que el proceso de selección seguido hubiere identificado una oferta más conveniente. En esta etapa excepcional y adicional del proceso de selección, se otorga la posibilidad equitativa tanto al iniciador como al seleccionado por la conveniencia de su oferta, para presentar mejorar a sus respectivas ofertas.

A decir de GORDILLO, este mecanismo legal constituye una adecuada tutela del derecho de autor de la iniciativa y de aquel que mejoro su oferta, puesto que *«(...) así como el autor de la iniciativa queda inicialmente desprotegido al permitirse a los terceros mejorar su oferta e iniciativa conocida, queda luego equilibrado frente a tales terceros con el equivalente derecho que se le reconoce de superar a su vez la mejor oferta que aquellos presenten, y el derecho de preferencia a ser el adjudicatario en caso de razonable equivalencia de las ofertas mejoradas. De este modo quedan equiparados en un plano de igualdad el autor de la iniciativa, que como punto de partida descubre su esquema comercial, y los autores de posteriores ofertas que con la ventaja de tal privilegiada información puedan mejorar la oferta inicial⁴⁵»*.

b) Derecho de Preferencia en Caso de Ofertas Equivalentes

Otro de los derechos que la normativa suele acordar al iniciador es el de preferencia, en caso que las ofertas que se presenten sean equivalentes en su conveniencia para el Estado. Si bien es importante el espíritu de tutela y preferencia que este derecho declara, resulta poco práctico por la siempre difícil o casi imposible existencia de ofertas equivalentes dentro de un proceso.

c) Derecho al Reembolso de Gastos

Como ya se advirtió antes, una vez que la aprobación de la iniciativa se produce, aparece un derecho del iniciador a obtener el reembolso de los costos reconocidos o aceptados por la Administración, en base a la información que presentó de manera sustentada con carácter de declaración jurada.

d) Derecho a Honorario Máximo Contingente

Otro de los derechos que puede prever la normativa es la asignación al iniciador no favorecido en el proceso de selección con un honorario máximo contingente a cargo del beneficiario de la buena pro, que sirva de estímulo a la preparación de iniciativas. Por ejemplo, el Decreto N° 635/97 de Argentina, autoriza esta figura, aprobando una escala porcentual máxima de honorarios permisibles según el proyecto, que sólo serán pagados en caso de pérdida del iniciador en la competencia de selección.

e) Derecho a Puntaje Adicional

Otro de los beneficios susceptibles de ser otorgados al iniciador que compite en un proceso competitivo de selección, es la de asignarle un puntaje adicional sobre su calificación técnica, con el objeto de mejorar su posición en la concurrencia. Tal ha sido la posición seguida por la Municipalidad Metropolitana en su texto Único Ordenado del Reglamento de las Inversiones Privadas en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos Locales, que bonifica con un 2% ó 5% adicional a la propuesta del iniciador, según se trate de Licitación Pública Especial, o Concurso de Proyectos Integrales (Art. 17, Decreto de Alcaldía N° 166 de 2002).

No obstante, debemos advertir que la incorporación de una o varias de *«estas soluciones merecen ser estudiadas atentamente, para evitar que las ventajas competitivas que se conceden al iniciador del proyecto rompan la igualdad de trato de los candidatos⁴⁶»*.

5.2.3. Procedimiento de Adjudicación o Concesión Directa

Por el contrario, procederá la adjudicación directa o el otorgamiento de la concesión directa, en caso no se haya presentado cuando menos un interesado en la ejecución del proyecto objeto de la iniciativa privada propuesta, dentro del plazo de treinta (30) días calendario contados a partir del día siguiente de la última publicación de la iniciativa privada.

Como ya hemos adelantado, a nuestro criterio resulta impropia la manera en que se ha provocado la

45 GORDILLO, Agustín; op. cit., p. II-19.

46 Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, p. 15.



La Generación por Iniciativa Privada...

adjudicación o concesión directa, y, por ende, el procedimiento de negociación cerrada entre el iniciador y administración. Mucho más desacertado nos parece que el artículo 18.2 del Reglamento, faculte a la administración a descalificar la declaración de interés que pueda hacer cualquier tercero, a título de precalificación, y persistir en su intento de adjudicar directamente el negocio al iniciador. Es apreciable, el intento legislativo de persistir a llegar a una negociación directa con el iniciador, en contradicción con las recomendaciones internacionales, la doctrina y el sentido común.

En este sentido, la norma nacional prevé que si ningún tercero contesta la iniciativa presentando su declaración de interés, o si haciéndolo, es descalificado por la administración, el órgano competente, mediante un acuerdo de su órgano de más alto nivel (PROINVERSION, Consejos Regional o Municipal, según el caso), aprobará la propuesta de iniciativa privada y procederá la adjudicación o entrega en concesión directamente al solicitante, de la ejecución del proyecto de inversión propuesto, para lo cual se negociará y suscribirá el correspondiente Contrato⁴⁷.

A continuación, se iniciara un periodo de negociación sobre el contenido del respectivo contrato de participación de la inversión privada a suscribirse, que no podrá exceder de sesenta (60) días hábiles, ampliables a pedido del inversionista hasta un máximo de sesenta (60) días hábiles adicionales, siempre que la solicitud sea presentada dentro del plazo original a que se ha hecho referencia. Dicha negociación estará dirigida exclusivamente a la atención de aspectos complementarios, tendientes a posibilitar la ejecución del mismo, sin poder alterar, en forma sustancial, el

contenido de la iniciativa privada aprobada por el Organismo Promotor de la Inversión Privada.

6. Conclusiones

La forma contemporánea de relacionarse los ciudadanos con la Administración, en la búsqueda de servicios, obras u actividades de interés público, ha sido escenario propicio para la incorporación normativa de las figura de las iniciativas privadas. No obstante la regulación aprobada, y sucesivamente actualizada, no ha favorecido el dinamismo de la preparación y presentación de iniciativas privadas en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, siendo más bien precarias la presentación de iniciativas privadas, en términos satisfactorios.

El análisis realizado, de la mano del derecho comparado y el sentido común, nos reflejan la insuficiente y, en algunos aspectos, equivocada regulación de la materia que con el objeto de dinamizar los procedimientos de evaluación no ha sabido dar los incentivos necesarios para la consolidación de buenos estudios y proyectos de inversión, y que el ánimo de simplificar, ha arrinconado a la Administración hasta compelerla legalmente a una adjudicación directa sin competencia con el iniciador. Por un lado, inversionistas sin confianza legítima para desarrollar proyectos, y, por otro, una desconfiada administración, que prefiere denegar o rechazar iniciativas, antes que precipitadamente dar una evaluación a las propuestas.

No obstante, consideramos que las iniciativas constituyen un indispensable escenario para la renovación de las relaciones contractuales con el Estado y aprovechar la inventiva y decisión privada en apoyo de la planificación de la inversión público-privada, pero necesariamente debemos reformar este régimen jurídico

47 Para la CNUDMI el único supuesto en que una iniciativa privada puede conducir a un procedimiento de selección no competitivo con el iniciador, es cuando concurren dos elementos: a) Que la propuesta inicial poseyera algún aspecto innovador (diseño, metodología, concepto de ingeniería, etc.) sobre el cual el iniciador tenga derechos exclusivos en el ámbito regional o mundial; y, b) Que la administración comprobara, con el grado necesario de objetividad y transparencia, que no existen otras opciones técnicas razonables para llevar a cabo la actividad, sin la misma eficacia.