

Juan Carlos **Morón** Urbina^(*)

Las **concesiones de infraestructura** a iniciativa de inversionista^(**)

«EL RÉGIMEN LEGAL DE LA INICIATIVA PRIVADA NO SOLO ESTA CONCEBIDO COMO UNA APERTURA PARA LA PRESENTACIÓN DE PROPUESTAS DE PROYECTOS DE INVERSIÓN, SINO QUE DEBE PREVER UNA SERIE DE PAUTAS Y SEGURIDADES PARA QUE ESTA PARTICIPACIÓN SEA REALMENTE PROVECHOSA AL INTERÉS PÚBLICO».

1. Planteamiento del tema^(***)

Dentro de las renovadas relaciones de asociación público privada, si bien se ha institucionalizado en la mayoría de países la progresiva asunción de la gestión privada en la realización, por ejecución y financiación de infraestructura o servicios públicos, existe una nueva tendencia a que el ordenamiento permita al impulso privado ingresar a la fase de planificación de proyectos públicos para tener tratativas preliminares con la Administración de cara a un posible proyecto de inversión. De este modo, la participación privada adopta un papel trascendente ya no solo en la gestión misma de los servicios públicos o en la dotación de infraestructura pública, sino en la propia identificación de los proyectos, mediante su iniciativa.

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- solo al emprendimiento de inversiones y proyectos que puedan ser analizados con el presupuesto público y que arrojen resultados de ser socialmente rentables, sostenibles y concordantes con los lineamientos

(*) Abogado. Catedrático en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Curso de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y en los Postítulos de Derecho Público, Contratación Estatal y Procesos Constitucionales de la misma Universidad) y en la Universidad de Lima (Diplomado Gestión Estratégica de las Contrataciones y Adquisiciones Públicas).

(**) Ponencia presentada ante las VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo organizadas por la Universidad Externado de Colombia los días 25, 26 y 27 de julio del 2007. Una primera aproximación a este tema fue publicada bajo el nombre de «La Generación por Iniciativa Privada de Proyectos Públicos de Inversión: La Nueva Colaboración Pública-Privada y el Interés Público»(2005).

(***) Agradezco a las colegas Ana Sofía Reina y Auda del Castillo, funcionarias de PROINVERSION por haber compartido reflexiones sobre los alcances y perspectivas de la iniciativa privada para superar el déficit de infraestructura y servicios públicos en Perú.



de política sectorial o regional y acordes a los planes nacionales. Para ello, cada estado desarrolla consecutivamente una serie de pasos administrativos dirigidos a incrementar la seguridad de la inversión, reduciendo proporcionalmente el riesgo de pérdida de recursos, mediante estudios sucesivos (perfil, prefactibilidad, factibilidad) 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. Como se puede entender, todo el ciclo se encuentra justificado cuando se trata de proyectos de inversión con recursos estatales. Pero es posible externalizar este proceso de identificación y posterior satisfacción de proyectos de inversión convenientes al interés público, a través de las denominadas «Iniciativas Privadas o Propuestas no Solicitadas» (*unsolicited proposals*).

Por la figura de las «Iniciativas Privadas», se reconoce a los integrantes de la comunidad, la facultad de participar en la labor de identificar y proponer al Estado estudios sobre posibilidades innovativas de infraestructura, servicios públicos o emprendimientos sobre recursos públicos, que siendo de interés empresarial del proponente, también puedan ser prioritarios para el interés público, esto es, proyectos socialmente rentables, sostenibles y concordantes con las políticas y lineamientos del Estado. El rasgo característico de estas iniciativas privadas, es que recayendo sobre activos (bienes o recursos) del Estado o actividades de titularidad pública, requieren de la conformidad estatal para su emprendimiento. A partir de esta nueva facultad se fomenta a los particulares a colaborar en la identificación de 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, mediante esta institución «(...) 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

«LA NOCIÓN ESENCIAL DE LA «INICIATIVA PRIVADA» ES QUE SE TRATE DE UNA NUEVA E INNOVADORA IDEA QUE SE PROPONE A LA AUTORIDAD CON EL OBJETIVO DE OBTENER UN CONTRATO CON EL ESTADO».

considerado, es decir, desde los puntos de vista técnico, económico, financiero y jurídico, al punto que el plexo normativo vigente solo será aplicable (en muchos aspectos) de manera supletoria, ante la falta de previsión específica en las bases o en las ofertas respectivas»⁽¹⁾.

2. Panorama de la iniciativa privada en América Latina y aproximación conceptual a su naturaleza

La concepción tradicional de la contratación del Estado concebía a la Administración como el promotor del diseño contractual y reservaba a los ciudadanos el rol de oferentes a los procesos de selección, previa convocatoria.

En determinadas materias de la contratación estatal este modelo tradicional ha venido cediendo progresivamente mediante la figura de la iniciativa privada que ha sido desarrollada en países como Corea, Filipinas, Sudáfrica, Australia, Sri Lanka para afrontar su déficit de infraestructura y servicios, ha sido incorporada en ordenamientos europeos como España e Italia, y acogida en países de América Latina como Chile, Argentina, Uruguay, Costa Rica,

(1) MERTEHIKIAN, Eduardo. *La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1992. p. 109.

Juan Carlos Morón Urbina

Venezuela, Ecuador, Colombia y Perú⁽²⁾ en particular, hasta permitir la apertura hacia la iniciativa privada como tratativa preliminar para identificar intervenciones de interés público.

Vamos a pasar revista al tratamiento regional de esta figura en materia de contratos administrativos.

El régimen legal chileno -que es el más antiguo de la región en esta materia- contempla en el Reglamento del Decreto 900 (texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Concesiones de Obras Públicas) como actuaciones preparatorias la postulación de iniciativas, en los siguientes términos:

«Artículo 4. Proyectos de Iniciativa Privada

1. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2 inciso 2 y siguientes del DS MOP 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».

En Costa Rica, el Reglamento de los Proyectos de Iniciativa Privada de Concesión de Obra Pública o de Concesión de Obra Pública con Servicio Público aprobado por el Decreto 31836-MOPT, conceptúa la iniciativa privada de la siguiente manera:

«Artículo 2. Proyectos de iniciativa privada

Se entenderá por proyectos de iniciativa privada, la propuesta y el conjunto de documentos que personas físicas o jurídicas de derecho público o privado presentan ante la Administración concedente y que contienen una propuesta de diseño, modificación, planificación, financiamiento, construcción, conservación, ampliación, reparación o explotación de una obra pública mediante el régimen de concesión de obra pública o concesión de obra pública con servicio público».

La República de Ecuador, ha incluido en el Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado aprobado mediante Decreto Ejecutivo 2328 de diciembre de 2004, la figura de las iniciativas privadas, en los siguientes términos:

«Artículo 175. Toda persona natural o jurídica podrá proponer al CONAM o a la entidad u organismo competente, la delegación a iniciativa privada de funciones estatales, mediante la concesión de uso, servicio u obra pública.

El proponente deberá hacer su presentación con los requisitos de fondo y forma que establezca el CONAM o la entidad u organismo competente, según el caso, quien la estudiará, aprobará o rechazará en un plazo máximo de 30 días. La resolución que la acepte deberá ser fundada y en ella el CONAM designará a la entidad competente para que realice los estudios y actuaciones preparatorias de la licitación, quien deberá licitarla o desecharla en el plazo máximo de tres meses (...) En caso de aprobación, el proponente de la idea, tendrá como premio un veinte por ciento de mejoramiento en la evaluación de su oferta económica. Igualmente si se realiza precalificación, antes de la licitación, el proponente de la idea, individualmente o asociado quedara automáticamente calificado. (...)».

Por su parte, en Argentina el Régimen Nacional de Iniciativa Privada aprobado por Decreto 966/2005 de 17 de agosto de 2005⁽³⁾, establece que:

- (2) Durante el año 2006 ha sido presentadas a nivel del Gobierno Nacional diez (10) iniciativas privadas a la fecha, seis (06) vinculadas a temas de saneamiento, tres (03) a obras de infraestructura en carreteras y puertos y una (01) a predios inmuebles del Estado.
- (3) Es recomendable leer, para una revisión de los sucesivos tratamientos normativos a la iniciativa privada en Argentina, GALLEGOS FEDRIANI, Pablo. *Régimen actual de Iniciativa Privada: requisitos de presentación y procedimiento legal*. CRIVELLI, Julio César (director). *Infraestructura y Construcción: Problemas de Actualidad*. Primera Parte. Año XXVII. Número 320. Buenos Aires: Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, 2005. pp. 181-191.

«Artículo 1. La presentación de proyectos bajo el Régimen de Iniciativa Privada será de aplicación a los diversos sistemas de contratación regidos por las Leyes 13064, 17520 y 23696. Toda presentación de un particular ante el estado nacional, cuyo objeto sea regulado por la normativa enunciada en el párrafo precedente, quedará sujeta al presente régimen.

Artículo 2. La presentación de proyectos bajo el Régimen de Iniciativa Privada deberá contener como mínimo los siguientes requisitos de admisibilidad: a) Identificación del proyecto y su naturaleza; b) Las bases de su factibilidad económica y técnica; c) Monto estimado de la inversión; d) Los antecedentes completos del autor de la iniciativa; e) La fuente de recursos y de financiamiento, el que deberá ser privado».

Asu turno, en la República Oriental del Uruguay, la Ley 17555, Ley de Reactivación Económica, consagra la figura de iniciativas privadas del modo siguiente:

«Artículo 19. Facultase al Estado, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y los Gobiernos Departamentales a recibir iniciativas relativas a actividades susceptibles de ser ejecutadas directamente por los organismos referidos o de ser concesionadas de acuerdo con las normas constitucionales y legales en vigencia, sea a impulso de parte o mediante invitación de oficio.

A tal efecto, la reglamentación establecerá las condiciones y requisitos a ser cumplidos por la Administración y los particulares en relación con la presentación de iniciativas y otorgamiento de concesiones u otros mecanismos en virtud de dicho régimen (...).

La caracterización del régimen legal queda desarrollada adicionalmente en el Decreto 442/002, reglamentario, por el que se consagra que el Poder Ejecutivo, los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados recibirán iniciativas relativas a actividades susceptibles de ser ejecutadas directamente por los organismos referidos o de ser concesionadas de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes, sea a impulso de parte o invitación de oficio. (artículo 2) y, por su parte, «las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras podrán postular por este sistema ante la

Presidencia de la República, la compra, ejecución, reparación o conservación de obras públicas, concesión o prestación de servicios y/o bienes, recibiendo como contrapartida a su explotación, mediante el sistema de concesión, siempre que la obra o el servicio respectivo no esté, al momento de la presentación, siendo estudiada por los organismos mencionados en el artículo primero para ser ejecutada por ese sistema o por otro que haya determinado la Administración de acuerdo a las normas sobre contratación administrativa vigentes».

(Artículo 3).

En España, el artículo 222 de la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, la figura de la iniciativa privada, facultando su presentación por igual al sector privado como a otras entidades públicas distintas al concedente, fue reintroducida de la siguiente manera:

«Artículo 222. Contrato de concesión de obras públicas a instancia de particulares o de otras Administraciones Públicas

Con independencia de la iniciativa de la administración competente para licitar posibles concesiones, podrá iniciarse el procedimiento a instancia de personas naturales o jurídicas o de otras Administración que se propongan construir y explotar una obra de las reguladas en esta Ley, siempre que el solicitante además de cumplir los requisitos generales establecidos en ella, acompaña su petición del correspondiente estudio de viabilidad prevista en el Artículo 227 con el contenido previsto en el apartado 2 de dicho artículo. Esta solicitud iniciará el procedimiento establecido en dicho artículo».

También ha sido incorporada por la Ley 80, Estatuto de Contratación Pública de

Juan Carlos Morón Urbina

Colombia, dándole naturaleza jurídica de oferta a la iniciativa, de la siguiente manera:

«Artículo 32. De los contratos estatales

(...)

2. Las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal, en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de la misma, la estudiara en el término máximo de tres meses y si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado. En caso contrario, expedirá una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2 y 3 del artículo 30 de esta Ley».

En Perú, el Reglamento de La Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada aprobado por Decreto Supremo 015-2004-PCM, contiene el capítulo III denominado «Iniciativas Privadas en Proyectos de Inversión sobre Recursos Estatales». En dicho capítulo, las iniciativas privadas han sido conceptuadas de la siguiente manera:

«Artículo 13. Generalidades

Las disposiciones contenidas en el presente capítulo tienen por objeto regular el tratamiento de la promoción de la inversión privada que involucren 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.

La promoción de la inversión privada como consecuencia de la presentación de iniciativas privadas constituye un instrumento de apoyo a los distintos niveles de gobierno en

la formulación de proyectos públicos de inversión privada, sin perjuicio de las iniciativas provenientes de estos»⁽⁴⁾.

Finalmente, el Decreto, con rango y fuerza de Ley Orgánica, sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones vigente en Venezuela, contempla esta figura en el artículo 17 bajo la denominación de «Licitaciones originadas por Particulares» con las siguientes características:

«Artículo 17. Formulación y examen de propuestas

Las empresas interesadas podrán presentar propuestas para la construcción de nuevas obras, sistemas o instalaciones de infraestructura, o para el mantenimiento, la rehabilitación, la modernización, la ampliación y la explotación de obras, sistemas o instalaciones de infraestructura ya existentes, bajo el régimen de concesiones. A los fines de su consideración, las propuestas deberán acompañar:

- a) La descripción general del proyecto;
- b) Estudios de prefactibilidad técnica y financiera, así como la indicación de los beneficios sociales esperados;
- c) La evaluación del impacto ambiental de la obra a por ejecutarse.

El órgano o entidad contratante estudiará la viabilidad de la propuesta y dentro de los

(4) No obstante la breve historia que la iniciativa privada tiene en el escenario internacional, la normativa de orden nacional ha atravesado por tres momentos distintos que podemos concretar en: la fase de incorporación (1992-1996); la fase de desaliento (1996-2003); y la fase de relanzamiento. (2003, en adelante). Hasta el 24 de julio del 2007, PROINVERSION reporta la existencia de nueve iniciativas privadas sobre recursos estatales admitidas a trámite, entre las cuales merecen destacarse: la planta de tratamiento de aguas residuales tabeada, mejoramiento integral del sistema de abastecimiento de agua potable del Norte de Lima Metropolitana, Planta de Tratamiento de Aguas Residuales y Emisor Submarino La Chira, Cuidad Sol de Collique, etcétera.

seis (6) meses siguientes a su presentación, deberá pronunciarse mediante acto motivado aprobándola o rechazándola. A partir de la aprobación de la propuesta las partes definirán de común acuerdo los términos de referencia para la elaboración del proyecto definitivo, cuya preparación no podrá en ningún caso exceder de dos (2) años contados desde la fecha de aprobación de la propuesta.

Presentado el proyecto definitivo, el ente concedente convocará a licitación dentro de los seis (6) meses siguientes. La licitación se regirá por las normas contenidas en el capítulo II de este título.

Una vez aprobada una propuesta en los términos previstos en esta disposición, la misma no podrá ser posteriormente rechazada por razones de oportunidad o conveniencia. La República será responsable por los daños o perjuicios que pueda causar a los proponentes».

Como se puede apreciar de esta revisión panorámica de los ordenamientos representativos de la región, ya existe consenso en torno a la admisión de la figura de la iniciativa privada como un instrumento para la presentación de proyectos de inversión al Estado, siendo de su incumbencia calificar el interés público implicado, aprobarlo o desecharlo dentro de una fase precontractual.

No obstante esta común idea, subsisten algunas diferencias notables en el tratamiento dispensado a esta figura, siendo las más notables: (i) el alcance objetivo de la iniciativa, esto es, si es una figura aplicable únicamente para actividades constructivas y de servicios concesionables o puede comprender otro tipo de relaciones con la Administración; (ii) el procedimiento que debe seguir la Administración para evaluar si la propuesta reviste interés público; (iii) la determinación del procedimiento de selección aplicable en caso de calificarse positivamente el proyecto; y, (iv) los instrumentos de fomento ofrecidos al iniciador para promocionar su actividad.

Respecto de cada uno de ellos, retornaremos a lo largo de la presente ponencia.

3. Naturaleza jurídica de la iniciativa privada sobre recursos estatales

Desde su perspectiva sustantiva, la iniciativa privada aparece como una forma de tratativa preliminar entre el iniciador y la Administración de cara a un eventual contrato de contenido público.

La iniciativa privada tiene cabida en la fase previa prenegocial o preparatoria, siendo una forma de tratativa preliminar entre el iniciador y la autoridad administrativa competente para analizar la propuesta y definir la existencia o no de interés general en el negocio.

En este sentido, la iniciativa provoca una negociación preliminar que permite al iniciador colaborar en la identificación, diseño y concertación del objeto de un probable contrato con el Estado⁽⁵⁾.

Lo importante es denotar, que fiel a la naturaleza de tratativa preliminar, las declaraciones que se producen en este momento, no son compromisos definitivos en lo referido al procedimiento a seguirse o al contrato que se pueda celebrar, ya que las partes (iniciador y autoridad) mantienen la libertad para seguir configurando el objeto de la iniciativa, su contenido, las declaraciones y condiciones, en incluso con la posibilidad de cancelar las tratativas sin responsabilidad⁽⁶⁾. Las declaraciones

(5) De ahí que en algunos ordenamientos regionales (por ejemplo: Chile o Venezuela) califiquen de «licitación provocada» o «licitación originadas por particulares» cuando se refieran al procesamiento de una iniciativa privada.

(6) Hay que anotar que pese a su naturaleza de tratativa preliminar en algunos ordenamientos como el argentino y costarricense se obliga al iniciador a presentar una garantía de mantenimiento o de participación para garantizar la seriedad de la propuesta por lo que se ejecutará en caso el iniciador finalmente no presentara la oferta.

Juan Carlos **Morón** Urbina

producidas en esta etapa, son solo prolegómenos a una eventual y mediata concertación, que bien puede no producirse, ya que el procedimiento puede quedar frustrado en forma unilateral fundamentalmente por el desinterés del Estado en el negocio⁽⁷⁾. Pero de concertarse el negocio, las tratativas preliminares que consisten en el procesamiento de la iniciativa adquieren trascendencia para explicar su contenido e interpretar su alcance.

El régimen legal de la iniciativa privada no solo está concebido como una apertura para la presentación de propuestas de proyectos de inversión, sino que debe prever una serie de pautas y seguridades para que esta participación sea realmente provechosa al interés público.

Desde la perspectiva formal o adjetiva, la iniciativa privada se nos presenta como un procedimiento administrativo antepuesto temporalmente al de selección del contratante y con objetivo distinto. Así, mientras el procedimiento de iniciativa privada está dirigido a determinar el objeto de una querida contratación administrativa (por lo general, una concesión) dentro de una etapa preparatoria de la voluntad contractual, los procedimientos de selección, se dirigen a concretar la contraparte en un contrato administrativo con el objeto ya definido⁽⁸⁾. Como se puede apreciar propiamente el procedimiento de la iniciativa se inicia con la convocatoria a iniciativas privadas o la presentación de la iniciativa hasta la calificación final de la misma por la Administración, siendo en todo caso la fase posterior de selección del contratista un procedimiento sucesivo y conexo que se sigue por sus propias reglas.

4. El ámbito material de las iniciativas privadas

En el ordenamiento regional podemos apreciar la existencia de dos tendencias para delimitar el ámbito de las iniciativas privadas, entendido como el tipo de supuestos contractuales que pueden ser provocados a través de este instrumento.

En su origen, la iniciativa privada estuvo concentrada para que el iniciador presente proyectos de iniciativas sobre obras públicas de infraestructura que pudieran ser concesionadas (por ejemplo: carreteras, aeropuertos, etcétera). Luego, se extendió para los casos de actividades de servicios - anexos o no a obras de infraestructura- que pudieran ser concesionables. Pero en todos estos casos (ordenamientos de Ecuador, Costa Rica, Uruguay, Chile), nos referimos siempre a iniciativas privadas sobre actividades concesionables y obviamente referidas a servicios públicos y a obras de infraestructura. En este sentido, dentro del marco de las nuevas relaciones entre la sociedad 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

(7) Por ejemplo, esta particularidad ha sido tratada -desde una categoría procedimental- en el ordenamiento peruano calificando a la propuesta del iniciador como una petición graciable o de gracia, para denotar que no se sustenta en algún derecho material de obtener el petitorio y, por tanto, la Administración posee discrecionalidad para apreciar su mérito, en función del interés público que le ha sido encomendado.

En efecto, el artículo 15 del Reglamento de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada Descentralizada aprobado por Decreto Supremo 015-2004-PCM.

«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 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) GOROSTEGUI, Beltrán. *Régimen Nacional de Iniciativa privada*. En: AUTORES VARIOS. *Cuestiones de Contratos Administrativos. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho*. Buenos Aires: Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, 2007. p. 302.

determinada o la explotación de un servicio público definido, siempre y cuando la obra o el servicio sean declarados de interés público por la autoridad de aplicación⁽⁹⁾. Dentro de este contexto, se entiende que la iniciativa privada sea identificada como un instrumento jurídico idóneo y recepticio emanado de un sujeto privado, tendente a poner en evidencia ante una Administración la existencia de una actividad de interés público o general y la factibilidad (técnica, económica, jurídica) de que su prestación sea llevada a cabo por particulares, mediante el otorgamiento de una concesión (privilegio) administrativa⁽¹⁰⁾.

Siendo este su ámbito genuino de alcance, existen ordenamientos (por ejemplo: el peruano y argentino) que no aprecian inconveniente alguno para que este instrumento pueda ser provechoso en otro tipo de actividades ampliando su alcance respecto a diversas modalidades de inversión que permitan concluir en contratos sobre bienes o recursos públicos.

Por ejemplo, analizando el caso peruano veremos que las iniciativas privadas han sido admitidas para la concreción de proyectos de inversión que tengan como objeto: (i) activos del Estado⁽¹¹⁾; (ii) empresas del Estado; (iii) proyectos estatales; (iv) servicios; (v) obras públicas de infraestructura; y, (vi) servicios públicos. En este sentido, no podrá haber iniciativa privada que no tenga por objeto básico un proyecto de inversión respecto a alguno de estos recursos estatales. Obviamente no podrá emplearse este mecanismo para tratar preliminarmente la participación del Estado o sus entidades en actividades netamente privadas, por cuando aquí el particular no necesita de la asociación con el Estado, ni corresponde participar en ellas.

Aparte de tener que concretarse sobre alguno de los objetos aludidos, la iniciativa privada procede para convocar diversos contratos típicos con el Estado, además de la tradicional

concesión. En este sentido, dentro del modelo peruano la iniciativa podrá provocar de manera mediata alguno de los siguientes negocios con el Estado: (i) venta de activos⁽¹²⁾; (ii) concesión; (iii) asociación en participación; (iv) contrato de gerencia; (v) *joint venture*; y, (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 de infraestructura pública o servicios públicos.

5. El estatuto jurídico del iniciador y medios de fomento para la presentación de iniciativas privadas

Teniendo un rol protagónico en las iniciativas, resulta de interés las particularidades que posee el estatuto jurídico del iniciador. Estatuto jurídico que aparece integrado por una serie de derechos subjetivos y deberes correspondientes a su propia naturaleza.

Entre los derechos de iniciador se nos manifiesta en primer lugar el derecho de obtener una respuesta de la entidad pública, en la forma, modo y tiempo que la ley indica. Como la iniciativa conforma una de las manifestaciones del derecho constitucional de petición exige obtener una respuesta por

(9) DE GOYCOECHEA, Juan Carlos. *Iniciativa privada. Concurso Integral de Proyectos*. Córdoba: Advocatus, 1999. p. 24.
(10) MERTEHIKIAN, Eduardo. *La iniciativa privada en la Concesión Administrativa (Breves reflexiones sobre su aplicación por los municipios bonaerenses)*. Número 218. Buenos Aires: Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, noviembre 1996.
(11) Por ejemplo, existe una iniciativa admitida a trámite para construcción la Ciudad Sol de Collique sobre un activo público.
(12) Por ejemplo existe una iniciativa privada presentada y admita a trámite (IP003-2007) para la adquisición de Activo Público -1060.86 Hectáreas de Tierras Eriazas en el Proyecto Jequetupeque Zaña del INADE.

Juan Carlos Morón Urbina

parte de la Administración, la misma que tiene que satisfacer las exigencias racionales para ser válidas constitucionalmente. No resultaría necesario recordar que el derecho de respuesta que mencionamos no es asimilable a la facultad de obtener lo solicitado, por cuanto la apreciación del interés público del proyecto es una valoración discrecional (no arbitraria) de la Administración.

En algunos ordenamientos (por ejemplo, Costa Rica), se reconoce también al iniciador un derecho de prioridad en función de la oportunidad de presentación del proyecto, que impide la concurrencia de propuestas similares o alternativas durante esta fase por parte de otros administrados. Pero este tratamiento, no resulta uniformemente aplicado, ya que en otros (por ejemplo, Argentina y Perú) se admite la concurrencia de proyectos durante esta fase, con el objeto de poder seleccionar aquel que califique de interés público. En caso que la Administración decidiera llevar a cabo la adquisición mediante una fase de preselección, el iniciador será admitido de pleno derecho.

Pero en todo caso, estamos frente a derechos aplicables a la primera fase del procedimiento, hasta antes de la declaración de interés sobre el proyecto, en caso de un resultado favorable.

A partir de la declaración de interés público que hace la Administración, el estatuto del iniciador se ve reforzado, porque aparecerán otros varios derechos, que tienen por virtud servir de estrategia para fomentar o incentivar la presentación de iniciativas.

5.1. Derecho a mejorar oferta en una segunda vuelta

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 mejorar sus respectivas ofertas. Esta es la modalidad empleada por la normativa argentina, en la que se reconoce que si la diferencia entre la oferta mejor calificada

y la del iniciador, fuese superior hasta en un 20%, el oferente mejor calificado y el autor de la iniciativa serán invitados a mejorar sus ofertas, en forma simultánea y en sobre cerrado⁽¹³⁾ También, el ordenamiento uruguayo considera que si la oferta del promotor, considerando el beneficio respectivo, no resultara ganadora, el promotor podrá solicitar que se promueva un proceso de mejora de oferta en un plazo que no excederá el término original que se hubiere otorgado para el procedimiento competitivo previsto.

A decir de Gordillo, este mecanismo legal constituye una adecuada tutela del derecho de autor de la iniciativa y de aquel que mejoró 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 inicial»⁽¹⁴⁾.

Aunque aparezca como un derecho factible de ser aplicable cuando el factor de competencia sea netamente económico, resulta de determinación compleja cuando se trate de competir entre proyectos integrales. En este último caso, será difícil

(13) Artículo 9, Decreto 966/2005.

(14) GORDILLO, Agustín. *Después de la Reforma del Estado*. 2da. edición. 1998. pp. 11-19.

definir cuando se mejora una oferta tratándose de diferentes especificaciones técnicas y diseños.

5.2. 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. Por ello, los ordenamientos que lo acogen, como el argentino, acuden a la ficción de considerar ofertas de equivalente conveniencia cuando la diferencia entre ofertas no supere el 5%⁽¹⁵⁾.

5.3. Derecho al reembolso de gastos de los costos de desarrollo del proyecto

Conforme a lo anotado antes, en caso que el iniciador titular de una iniciativa declarada de interés público no resulte adjudicatario del contrato, tendrá derecho a recuperar la suma que la Administración haya aceptado como «costos de desarrollo del proyecto» (incluye todos los costos relacionados con la elaboración, presentación y revisión, a instancia propia o requeridos por el Estado, de los estudios del proyecto hasta la decisión final en la etapa de proposición, mas no los gastos de postulación al proceso competitivo que se convocara). Así está contemplado en los ordenamientos argentino, uruguayo, peruano, chileno, costarricense, etcétera. Para su procedencia es consenso que solo opere cuando concurren las siguientes circunstancias: que la iniciativa haya sido declarada de interés público, se haya producido un procedimiento competitivo en el que haya participado el iniciador y no le haya sido favorable. Por tanto, no corresponderá el reembolso, si la iniciativa no es calificada de interés público, si convocando el proceso de selección no se presenta el iniciador, si aquel queda frustrado por cualquier circunstancia ajena a la entidad pública, ni cuando el iniciador resulte ser adjudicatario de la competencia.

Por lo general, este reembolso se financia con recursos del beneficiario del contrato y no con recursos del Estado, y debe producirse al momento del cierre de su contrato, por lo que su

cumplimiento puede convertirse en una barrera de acceso a los postulantes no iniciadores. De hecho, todo competidor debe prever financiar este reembolso en su presupuesto inicial, haciendo una diferencia importante en la estructura de costos del proyecto. Por ello se acude, con frecuencia, a mecanismos de aprobación administrativa del monto a compensar en función a su razonabilidad con el proyecto, existencia de sustentación y sujeción a los montos legales previstos. Pero este desplazamiento del deber del Estado al contratista, no resulta eficaz cuando el proceso queda perfeccionado por falta de adjudicación, o sea declarado desierto o nulo.

Las experiencias revelan que este derecho influencia positivamente en la cantidad y calidad de las iniciativas recibidas por el Estado, dado que mantiene el interés durante el desarrollo del proyecto. Pero su administración debe ser sumamente rigurosa pues una actitud permisiva sobre su monto y composición puede incrementar el nivel de presentación de iniciativas innecesarias (en búsqueda de obtención de recursos) o estimular a los iniciadores a incrementar el costo real de sus presupuestos (en búsqueda de desalentar la presentación de competidores).

5.4. 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 966/05 de Argentina, autoriza que el iniciador no favorecido con el proceso pueda recibir en calidad de

(15) Artículo 8, Decreto 966/2005.

Juan Carlos Morón Urbina

honorarios esta figura, aprobando una escala porcentual máxima de honorarios permisibles hasta por un 1% del monto que resulte aprobado que será pagado por el adjudicatario del contrato.

En esta misma línea, el ordenamiento español considera la posibilidad de resarcir al iniciador no adjudicatario, siempre que su estudio haya sido idóneo para el proceso, los gastos efectuados en su elaboración más un 10% como compensación, a cargo del beneficiario de la buena pro (artículo 227, Ley 13/2003).

5.5. Derecho a bono o 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. Por ejemplo, este derecho es reconocido en el ordenamiento uruguayo y chileno.

En Uruguay se establece (artículo 16.2.) que si el promotor se presentare al procedimiento competitivo solo o integrado a un consorcio o sociedad, tendrá como única compensación el derecho a beneficiarse con un porcentaje del 5% (cinco por ciento) sobre el valor ofertado, que deberá ser precisado en el pliego de condiciones particulares. Y, además dicho porcentaje podrá ser elevado hasta un 20% (veinte por ciento) cuando exista en forma previa a la presentación de una iniciativa una resolución fundada del jerarca del inciso o del organismo declarando el interés en la concesión del servicio o del bien, dicha resolución haya sido publicada en el Diario Oficial; y hayan transcurridos 60 (sesenta días) desde su publicación.

Por el contrario, en Chile, el régimen diferencia el puntaje (entre 3% y 8%) a otorgarse en función del nivel de inversión que el proyecto demanda.

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 candidatos»⁽¹⁶⁾.

Finalmente, el deber fundamental del iniciador es asumir los costos y riesgos de la elaboración, presentación y revisión de los estudios del proyecto hasta que sea calificado en definitiva por la Administración.

Evidentemente, el más importante deber que tienen es asumir los riesgos de los costos del desarrollo del proyecto. De ahí que el iniciador no tendrá facultad de pedir al Estado algún tipo de compensación económica, gastos o retribuciones por su proyecto que sea rechazo por carecer de interés público. Solo a partir de la calificación de interés público de la iniciativa, ese deber se atenúa porque surgen algunos derechos de iniciador; como por ejemplo, el derecho a la compensación de gastos realizados en el proyecto.

5.6. Derecho de contratación preferente o de tanteo

Otro medio de fomento empleado por el Derecho comparado (por ejemplo, regulación italiana) a favor del iniciador, es reservar un derecho de preferencia para ser declarado adjudicatario en las mismas condiciones de la mejor oferta presentada al proceso. Según este derecho, el iniciador puede declarar en el mismo acto público que modificando su oferta original para ajustarse en todo a la mejor propuesta presentada al proceso y hacerse de la adjudicación. Es una estrategia que suele ser criticada por servir más que como incentivo a las iniciativas, como un desaliento a la competencia con el iniciador, en desmedro del interés público de cotejar posibilidades.

(16) COMUNIDAD EUROPEA. *Libro Verde sobre la Colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*. Número 327. Bruselas: Comisión de las Comunidades Europeas, abril 2004. p. 15.

6. La innovación como elemento consustancial a todo proyecto de «iniciativa privada»

La característica singular que debe exigirse a un proyecto de inversión formulado por un iniciador para poder aplicársele el régimen de la iniciativa privada, es «su innovación» para abordar el asunto de interés público que se pretende atender. Debemos recordar que la noción esencial de la «iniciativa privada» es que se trate de una nueva e innovadora idea que se propone a la autoridad con el objetivo de obtener un contrato con el Estado. Nada del diseño legal tendría sentido, si se tratara de una propuesta para acometer una idea que ya es dominio público o que esté proyectada realizar por el Estado. Ni la evaluación para determinar si el proyecto es de interés público, y menos aun, el otorgamiento de algún derecho al -en este caso- pseudo iniciador.

La innovación del proyecto tiene que ver con el desarrollo y titularidad de la concepción por el iniciador (no por terceros), con su desarrollo sin ninguna supervisión, financiamiento, auspicio o tomando como fuente información esencial obtenida del gobierno, y además con su no vinculación con algún proyecto en desarrollo por parte del gobierno mismo. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional recomienda también tener en cuenta como limitación natural a la admisibilidad de iniciativas privadas: si versan 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 ya estudiada por la autoridad, ya que la apertura a la iniciativa privada responde a la necesidad de incentivar a detectar necesidades de infraestructura o servicios nuevas o no previstas⁽¹⁷⁾.

Esta disposición se acoge expresamente, en el régimen de iniciativas de Chile, cuando establece «de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2 inciso 2 y siguientes por el MOP

900 de 1996, las personas naturales o jurídicas podrán postular ante el Ministerio de Obras Públicas la por 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'»⁽¹⁸⁾.

En similares términos regula el régimen uruguayo, que «Las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras podrán postular por este sistema ante la Presidencia de la República, la compra, por la ejecución, reparación o conservación de obras públicas, concesión o prestación de servicios y/o bienes, recibiendo como contrapartida a su explotación, mediante el sistema de concesión, 'siempre que la obra o el servicio respectivo no esté, al momento de la presentación, siendo estudiada por los organismos mencionados en el artículo primero para ser ejecutada por ese sistema o por otro que haya determinado la Administración de acuerdo a las normas sobre contratación administrativa vigentes'»⁽¹⁹⁾.

En el régimen peruano se ha incorporado de una manera inacabada esta regla al establecer que los proyectos de iniciativa privada que se presenten como iniciativa privada, «no deberán coincidir total o parcialmente con aquellos respecto de los cuales, los Organismos Promotores de la Inversión Privada competentes hubieren aprobado el

(17) CNUDMI. *Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*. Preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Nueva York: Naciones Unidas, 2004. pp. 101 y 102.

(18) Artículo 4, Reglamento DFL MOP 164 de 1991.

(19) Artículo 3, Reglamento de condiciones especiales para la concesión de obra pública por iniciativa privada.

Juan Carlos Morón Urbina

respectivo Plan de Promoción de la Inversión Privada» (acto formal de aprobación del cronograma del proceso competitivo)⁽²⁰⁾. Afirmamos el carácter inacabado de la regulación, dado que la innovación o no de la iniciativa la hace depender de la existencia o no de un plan de promoción de inversión privada en concreto, cuando debería vincularse más bien con la existencia de estudios o proyectos desarrollados sobre la misma materia por el Estado.

No podemos dejar de abordar el aspecto innovador exigible a la iniciativa para ser tal, sin hacer referencia a la cuestión de la propiedad del iniciador sobre el proyecto que presenta. En nuestra opinión, la propiedad intelectual del iniciador sobre el proyecto es un aspecto contingente en la iniciativa mas no indispensable para su existencia como tal.

En nuestra consideración no es posible hablar de propiedad intelectual sobre el objetivo de la iniciativa (la necesidad pública de infraestructura o de servicios identificada por el iniciador aunque aquella necesidad aun no haya sido definida formalmente por la Administración) ni sobre el tipo de objeto sobre el que recaerá el contrato a provocarse con la iniciativa (la construcción de una obra determinada o la prestación del servicio mismo)⁽²¹⁾.

Pero sí existe propiedad intelectual que debe ameritar un tratamiento diferenciado de confidencialidad y preservación del privilegio del iniciador cuando la propuesta no solicitada suponga la aplicación de nuevos conceptos, tecnologías o procesos industriales, que disponga el titular de la iniciativa y redunden en mejora del proyecto. Así tenemos, por ejemplo, si la metodología o proceso industrial reduce notablemente el costo de construcción, acelerando su ejecución, mejorando su seguridad, elevando el rendimiento del servicio o la obra, prolongando su vida útil, reduciendo costos de mantenimiento y funcionamiento de la infraestructura, mitigando la

perturbación o impacto adverso medio ambiental y urbano durante la construcción o explotación del servicio⁽²²⁾.

En estos casos, quien plantea la iniciativa suma a su interés en colaborar en el diseño y planteamiento de propuestas viables, un aporte de originalidad o novedad que no es conocido 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, de modo que amerite reconocer 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 la legislación peruana, 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

(20) Artículo 14.1. Reglamento de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada.

(21) En sentido contrario a nuestra posición, tenemos la legislación chilena que reconoce derechos intelectuales al iniciador sobre su proyecto, en los términos siguientes: «En la etapa de proposición, la iniciativa privada seguirá perteneciendo al postulante hasta la respuesta del MOP sobre su aceptación o rechazo. Si la proposición es aceptada, esta se entenderá transferida al Ministerio de Obras Públicas a cambio del premio en la evaluación de la oferta, aunque el postulante no se presente a la licitación de que se trate». (Artículo 9).

(22) CNUDMI. *Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*. Preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Nueva York: Naciones Unidas, 2004. p. 100.

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 autor»⁽²³⁾.

En una perspectiva correcta, el ordenamiento de Costa Rica (artículo 11) diferencia para efectos de la propiedad intelectual, tres elementos: (i) la idea del proyecto, (ii) los estudios presentados por el iniciador; y, (iii) las tecnologías de ingeniería que el proyecto demande. En esa línea, dicho ordenamiento contempla que el iniciador no goza de derecho exclusivo alguno sobre la idea de concesionar sino hasta que haya sido aceptada su postulación. La propiedad sobre los estudios realizados directamente o a través de otra empresas, por el iniciador le pertenecerán hasta que obtenga su reembolso, no obstante lo cual pueden ser usados durante la licitación. Solo cuando el reembolso se haga efectivo, se entenderá transferido el derecho a la Administración. Finalmente, en cuanto al derecho de propiedad sobre las tecnologías a emplearse seguirá perteneciendo al iniciador o al tercero que le haya autorizado su empleo, por lo que el ordenamiento le asigna un tratamiento especial.

En esta misma línea, el ordenamiento argentino considera que los derechos de autor del iniciador sobre el proyecto de iniciativa tendrá una vigencia de dos años, aunque no sea declarada de interés público o habiéndosele declarado de interés, el proceso de selección haya sido declarado desierto.

7. El procedimiento de evaluación de la iniciativa privada

La iniciativa privada debe seguir por un cause administrativo especial por medio del cual se agotará la fase tratativas preliminares en búsqueda de trascender hasta el momento de provocar declaraciones negociales, recepticias y vinculantes a modo de oferta y aceptación por parte de la entidad y el iniciador. Claro está que técnicamente este camino puede quedar clausurado en cualquier momento por

la voluntad de la Administración en sentido contrario a la propuesta.

En líneas generales⁽²⁴⁾, el procedimiento adoptado por los países de la región está conformado por las siguientes fases:

- a) La convocatoria estatal a la presentación de iniciativas.
- b) La presentación del proyecto por el iniciador.
- c) La evaluación del interés público por parte de la Administración.
- d) La determinación del procedimiento de selección (en caso de haber declaración de interés favorable al proyecto).

Con posterioridad a estas fases, sobrevienen las fases ordinarias de la conducción del procedimiento de selección, adjudicación de la buena pro, y la negociación/cierre contractual, que conforman un momento de formación contractual.

7.1. La convocatoria estatal a la presentación de iniciativas

Una primera fase formalizada por algunos ordenamientos (y llevada a cabo de manera informal por otros gobiernos) consiste en la promoción estatal para la presentación de iniciativas privadas sobre los sectores u objetivos sectoriales priorizados.

Es la convocatoria a la presentación de iniciativas privadas que debe ser realizada de la forma más abierta y transparente

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

(24) Esta es la secuencia ordenada típica del procedimiento, excluyendo las particularidades procesales que pueden suscitarse en caso de concurrencia de iniciativas, análisis de proyectos de inversión cofinanciados, etcétera.

Juan Carlos Morón Urbina

posible para evitar sesgos en la información o información privilegiada. Aquí el gobierno no realiza una invitación a ofertar como en la convocatoria a procesos de selección, ya que no tiene el proyecto de negocio en concreto, sino solo exterioriza problemas a solucionar, objetivos a lograr, sectores necesitados de inversión privada o incluso el objeto de un proyecto de inversión y sus características iniciales (por ejemplo, las peculiaridades de una determinada obra necesaria pero aun sin delimitar sus lineamientos generales, que corresponderá a la propuesta del iniciador), invitando públicamente a todos los interesados para que presenten sus propuestas de iniciativas⁽²⁵⁾.

Un ejemplo de esta fase, la encontramos regulada en Costa Rica, donde se ha establecido que la Administración concedente deberá identificar y hacer públicos los sectores y proyectos que son de su interés y que podrán ser atendidos a través de la figura de la concesión regulada por la ley (artículo 7, Decreto 31836-MOPT).

7.2. La presentación del proyecto por el iniciador

Como primer acto formal del procedimiento, el iniciador deberá dirigirse a la instancia competente del gobierno⁽²⁶⁾ para presentarle su proyecto de iniciativa privada. Para incentivar la presentación de iniciativas y resguardar la información estratégica del promotor acerca del negocio propuesto, es común disponer que el contenido de los lineamientos que se proporcionan a la Administración se mantenga confidencial y reservado hasta su calificación por parte de la Administración.

La iniciativa debe 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»⁽²⁷⁾. En este sentido, si la información a entregarse es de demasiado detallada, 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 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 catalogo único e invariable de aspectos que la presentación deba contener, a pesar de que su sistematización haya sido intentada en la legislación»⁽²⁸⁾, 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 doctrina⁽²⁹⁾, ha señalado tres pautas sobre la información que debe ser suministrada a la Administración por el iniciador:

- (25) 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. MERTEHIKIAN, Eduardo. *Op. cit.*; p. 58.
- (26) Por lo general, las instancias nacionales de Gobierno han centralizado la recepción y análisis de las iniciativas privadas en organizaciones especializadas, tales como Ministerio de Obras Públicas de Chile, PROINVERSION en Perú, la Presidencia de la República en Uruguay, la Comisión de Evaluación y Desarrollo de Iniciativas Privadas en Argentina.
- (27) Mertehikian, Eduardo. *Op. cit.*; p. 42.
- (28) *Ibid.*
- (29) Goycochea, Juan Carlos. *Op. cit.*; pp. 87 y siguientes.



a) 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.

b) 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.

c) La Administración siempre tiene la potestad de requerir información suficiente al iniciador acerca de la viabilidad técnica, social, económica y jurídica del proyecto, pedirle las aclaraciones, ampliaciones o correcciones que sea menester al proyecto.

Con el objeto de buscar un equilibrio entre las necesidades públicas y del iniciador, la fase de presentación del proyecto se suele descomponer en dos momentos⁽³⁰⁾: la etapa de postulación y de proposición.

En un primer momento, el iniciador postula su idea de iniciativa privada presentando información a nivel de perfil o estudio de prefactibilidad para que la Administración pueda apreciar su interés preliminar en el proyecto, lo que se plasma en una declaración provisoria de admisibilidad, su aceptación inicial o su simple interés en conocer el proyecto definitivo. Pero a este nivel de análisis, la Administración puede también estar en condiciones de rechazar la petición si considera que existen razones fundadas para considerar la inadecuación del proyecto con la naturaleza de la iniciativa privada. Así sucederá, si la iniciativa carece del factor innovativo ya estudiado, o si se tratara de emplear el régimen de la iniciativa privada para evadir un proceso competitivo (por ejemplo, presentar una iniciativa de una inversión sobre un predio del Estado, cuando correspondiere acudir a una subasta pública para obtener el derecho de uso del bien).

Cuando se produce una decisión estimatoria de la Administración, concluye la postulación y se inicia la fase de

proposición en la que recién el iniciador presentará su iniciativa privada con la información completa y los estudios de factibilidad para que la Administración pueda ponderar íntegramente el proyecto y definitivamente expresar su declaratoria de interés público de acometerlo. En toda esta fase, la información será confidencial a favor de la protección de la reserva del iniciador.

La información mínima exigible a la propuesta debe contener información en los órdenes: personal del iniciador, técnica, económico-financiera, y ambiental del proyecto.

a) Información personal del iniciador
La información relevante versará sobre los generales de la persona iniciadora, sus antecedentes en proyectos de inversión análogos, información acerca de conflicto de intereses con autoridades nacionales, o relacionas al ámbito de los Organismos Promotores de la Inversión Privada, las entidades concedentes, o similares⁽³¹⁾.

b) Información técnica del proyecto
La solicitud debe estar acompañada de manera indispensable de cuatro componentes:

«LO DETERMINANTE PARA APROBAR UN PROYECTO DE INICIATIVA PRIVADA ES QUE EL PROYECTO SEA NECESARIO DESDE LA PERSPECTIVA DEL INTERÉS PÚBLICO»

(30) Es el esquema recomendado por la CNUDMI y seguido, por ejemplo, en Chile y Costa Rica.

(31) Recomendaciones de CNUDMI. Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada. Preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Naciones Unidas. Nueva York, 2004.

Juan Carlos Morón Urbina

b.1. 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*, etcétera).

b.2. 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 cuál 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 por la ejecución del proyecto reportarán para la localidad donde sea ejecutado y, de resultar aplicable por el tipo de proyecto, que permitirán a la Administración apreciar las razones por las cuales el proyecto amerita ser calificado favorablemente; y, (iv) ingeniería preliminar del proyecto, en el que de acuerdo a las características del mismo, se incluya la información técnica necesaria, referida a la iniciativa privada presentada.

b.3. 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.

b.4. 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, etcétera).

También es usual solicitar 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 (por ejemplo, si la obra redundará en incrementar el valor de predios del promotor colindantes al proyecto).

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, etcétera.

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. 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.

Como consecuencia del análisis que la Administración realice de estos elementos informativos, 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 solo 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.

En todo caso, la admisión de la iniciativa privada no confiere ningún derecho al presentando salvo a la confidencialidad de la información que hubiere presentado, incluyendo la idea misma objeto de 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»⁽³²⁾.

7.3. La calificación del interés público del objeto del proyecto de inversión

Como consecuencia del análisis realizado por la Administración a los estudios presentados por el iniciador, la entidad destinataria debe concluir definiendo su conformidad o no con el interés público⁽³³⁾.

La calificación de interés público del proyecto, su aprobación, elegibilidad o declaración de viabilidad efectuada por la Administración implica la aceptación de la iniciativa privada propuesta y la voluntad estatal de emprender su por ejecución

posterior, mediante los procedimientos contemplados en el ordenamiento.

Lo que determina la aprobación de una iniciativa privada no es que sea un negocio rentable, en términos económicos, aun cuando lo sea para la Administración Pública (por ejemplo, si se le ofreciere un pago bajo a cualquier título). Tampoco se trata de admitir solo la existencia de negocios privados en base a recursos públicos, sino de promover proyectos de inversión privada en asuntos de interés público con provecho para la colectividad.

Lo determinante para aprobar un proyecto de iniciativa privada es que el proyecto sea necesario desde la perspectiva del interés público, lo cual implica que sea: (i) socialmente rentable (aporte al bienestar de la colectividad); (ii) sostenible (capacidad del proyecto para mantener un nivel aceptable de beneficios netos, durante su existencia); (iii) compatible con las políticas públicas aplicables (respecto de la actividad económica o mercado sobre el cual recaerá el proyecto); y, (iv) que la vía de la concesión sea la más adecuada para el interés estatal que proveérsela mediante un contrato de obra pública o por ejecutar el proyecto directamente. Eso se define si la concesión rinde un mayor valor por el dinero a comprometerse por todos los riesgos y garantías contractuales a incurrirse, en relación con los costos que la entidad podría

(32) GORDILLO, Agustín. *Después de la Reforma*. pp. 2-11.

(33) La normativa presupone que el análisis de la entidad deberá ser realizado a su propio costo sin demandar mayores recursos, lo cual puede dificultar una buena decisión por los niveles de información con que cuentan las entidades. Por ello, en el Derecho comparado se ha reconocido que estos costos de análisis extraordinarios y no presupuestados (personal calificado, simulaciones financieras, verificaciones ambientales, etcétera) a cargo de la entidad, también deben ser cancelados por el proponente, quien lo trasladará a los costos de desarrollo que se retornaran por el adjudicatario (modelo costarricense).

Juan Carlos Morón Urbina

afrontar de acometerla por ejecución directa (costos de construcción, explotación y mantenimiento) o por contratación de obra (presupuesto de obra)⁽³⁴⁾.

Ahora bien, como el interés público constituye un concepto jurídico indeterminado los ordenamientos en esta materia acuden a la técnica de señalar algunos indicadores para decidir la calificación del proyecto de iniciativa.

Por ejemplo, el ordenamiento costarricense la declaración de interés público de la iniciativa es definida positivamente de la siguiente manera:

«Artículo 7. Sectores y proyectos de interés

7.1. Se considerarán de interés público los proyectos de iniciativa privada de concesión de obras públicas y de concesión de obras públicas con servicios públicos que se conformen con las políticas del estado, que satisfagan las necesidades de los usuarios y que apoyen la inversión pública y privada en Costa Rica. Para ser considerado de interés público deberá demostrarse que el proyecto es legal, ambiental, técnica y económicamente viable».

De distinto modo, el ordenamiento ecuatoriano indica que el rechazo de una iniciativa privada solo puede fundarse validamente en las siguientes causales: (i) encontrarse el proyecto en ejecución por parte de la entidad u organismo competente; (ii) carecer de interés público o de una adecuada rentabilidad privada o social; (iii) afectar la seguridad nacional (artículo 175, Decreto Ejecutivo 2328).

A su turno, el ordenamiento peruano establece algunos factores a tener en cuenta para decretar la elegibilidad del proyecto de iniciativa privada:

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 por 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 pasible 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 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 por 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.

La aprobación de la iniciativa determina -por lo general- la incorporación al patrimonio de la entidad de la iniciativa a cambio del

(34) CASARES MARCOS, Anabela. *La concesión de obra pública a iniciativa particular: transmisión, adjudicación y garantía contractual de calidad*. Madrid: Montecorvo, 2007.

reconocimiento de los costos de desarrollo debidamente sustentados a ser asumidos por el postor adjudicatario, y el cese del estado de confidencialidad sobre el procedimiento. No constituye una consecuencia 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 Rufián, «(...) si la proposición es aceptada esta 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»⁽³⁵⁾. En el caso peruano, la transferencia se entiende realizada a cambio del reembolso de gastos reconocidos en el mismo acto de aprobación⁽³⁶⁾.

Otra consecuencia de esta aprobación, es la aprobación del costo de desarrollo del proyecto que será devuelto al iniciador en caso de no resultar adjudicatario del negocio. 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 reconocidos o aceptados

por la administración. Para ello, debe advertirse que de un lado, un monto diminuto definitivamente no retribuirá de manera adecuada y proporcional al iniciador (desincentivo), pero un monto excesivo, determinara una limitación injustificada para la competencia en la etapa de selección, ya que esta obligación será asumida por el postor adjudicatario.

El ordenamiento venezolano contiene otra consecuencia importante de la aprobación de la iniciativa, en orden a dar mayores seguridades al iniciador. Se trata de la imposibilidad de ser rechazada la iniciativa por razones de mérito o conveniencia⁽³⁷⁾.

7.4. 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 más frecuentes para este

(35) RUFIAN, Dolores. *Manual de Concesiones de Obras Públicas*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. p. 39. En similares términos se pronuncia VARGAS FRITZ, José. *La concesión de Obras Públicas*. La Ley. p. 164.

(36) 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 Pública 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 este 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».

(37) «Artículo 17. Una vez aprobada una propuesta en los términos previstos en esta disposición, la misma no podrá ser posteriormente rechazada por razones de oportunidad o conveniencia».

Juan Carlos **Morón** Urbina

rechazo pueden ser: (i) el proyecto no sea satisfactorio al interés público, (ii) la información proporcionada sea contradictoria o equivocada o el iniciador se resista a realizar las ampliaciones o modificaciones indicadas por la autoridad, (iii) si el proyecto no fuere admisible ambiental, económica o financieramente, o si, (iv) el iniciador no requeriría de algún título público para realizar la actividad (por ejemplo, concesión).

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 esta decisión pueda ser cuestionada por el particular o dé lugar a resarcimiento alguno»⁽³⁸⁾.

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 los estudios y las técnicas a aplicarse en la por ejecución. 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.

7.5. La determinación del procedimiento de selección (en caso de haber declaración de interés favorable al proyecto)

Habiendo manifestado la Administración su interés en acometer el proyecto del iniciador, los ordenamientos encaminan el proceso de selección hacia la concurrencia competitiva, esto es: la Licitación Pública o el Concurso de Proyectos Integrales. Sin embargo, entre ambas consideramos que particularmente debería ser predominante el 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 estudios de

detalle para definir con base suficiente sobre las bondades del proyecto. Hacemos nuestras las reflexiones del profesor Gordillo cuando afirma que «(...) debe preferirse el procedimiento de concurrencia o de competencia de proyectos antes que la clásica compulsión 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 íntegros»⁽³⁹⁾. 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 uno 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 discrecional»⁽⁴⁰⁾.

En resumen, la tendencia seguida por los ordenamientos regionales es seguir un procedimiento competitivo luego de aprobada la iniciativa privada, de tal suerte que se conducen hacia lo que denominan una licitación o un concurso provocado por el iniciador.

No obstante esta tendencia mayoritaria en la región, queremos compartir la experiencia de la normativa peruana que incorpora la posibilidad de adjudicar directamente el contrato al iniciador sin pasar por un proceso competitivo, si dentro de un breve plazo de exposición pública del

(38) DE GOYCOCHEA, Juan Carlos. *Op. cit.*; pp. 103 y 104.

(39) GORDILLO, Agustín. *Op. cit.*; pp. 11-13.

(40) *Ibid.*; pp. 11-15.

proyecto, no aparecen otros interesados en firme para asumir dicha actividad.

Para el efecto, se contempla que luego de aprobada la iniciativa, su autor debe publicar un resumen ejecutivo con el objeto de atraer el interés de terceros interesados (potenciales competidores del iniciador) sobre el proyecto. De no presentarse un tercero manifestando su interés, contando con la experiencia necesaria para ser precalificado para la ejecución del proyecto, y afianzando su propuesta, queda expedito el empleo de una contratación directa con el iniciador. Se entiende que dentro de un breve plazo, los potenciales interesados -que serán probablemente solo 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.

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, que además deberán afianzar el mantenimiento de su propuesta. Ante esta situación cobra singular importancia la 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).

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 más fugaz) o si se privilegia la posibilidad de obtener

otras ofertas en competencia (optando por un plazo más 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 en determinar si ella era rentable y luego formuló el proyecto que permitió la iniciación del procedimiento, aunque este en si mismo continúe reservado en resguardo de su derecho de propiedad intelectual»⁽⁴¹⁾.

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

(41) FANELLI EVANS, Guillermo. *La Concesión de Obra Pública*. Buenos Aires: Ciencias de la Administración, 1989. pp. 35 y siguientes.

Juan Carlos **Morón** Urbina

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 competitiva»⁽⁴²⁾.

Es más, en este estudio si bien se considera la vía directa o no competitiva como una posibilidad de procedimiento contractual, debe quedar reservada para cuando la propuesta de iniciativa aprobada ofrezca utilizar nuevos conceptos o tecnologías para atender la necesidad pública sobre los cuales el iniciador tenga derechos exclusivos, y, se compruebe objetiva y transparentemente, que no exista ninguna otra opción tecnológica razonable. De acordarse el otorgamiento de esta ventaja al iniciado cuando no converjan estas condiciones, estaríamos afectando la competencia y transparencia del proceso, creando un incentivo ineficiente para el iniciador que intentará preferentemente acceder a la vía directa al contrato con el Estado.

8. Las oportunidades y los desafíos de las iniciativas privadas

La apertura a la presentación de propuestas no solicitadas (denominada comúnmente «iniciativa privada») implica la habilitación legal para que los inversionistas colaboren con la Administración en la planificación y diseño de proyectos públicos presentando estudios e ingresando en tratativas con el Estado para determinar el objeto de un posible proyecto a emprenderse para satisfacer necesidades ciudadanas.

La novedosa apertura de la fase de planificación pública a las propuestas de iniciativa privada sobre bienes o recursos estatales no solo conlleva a profundizar una nueva relación entre las empresas y el Estado sino también contiene conveniencias prácticas indudables. Como muestra de esta conveniencia nos referiremos a las cuatro más señaladas:

a) El incentivo al sector privado para invertir en la identificación de proyectos viables con contenidos de interés público.

b) Facilitar la posibilidad de promover infraestructura y servicios públicos con tecnologías modernas e innovadores, acudiendo a la iniciativa privada.

c) Liberar recursos actualmente comprometidos en labores de planificación administrativa para invertirlos en la evaluación de proyectos propuestos.

d) Ampliar las posibilidades de identificar proyectos relevantes para el interés público, dada la escasez de recursos para realizar estudios de factibilidad, prefactibilidad y perfil de los proyectos.

En efecto, mediante la regulación de las iniciativas privadas, se logra 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

(42) CNUDMI. Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada. Preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Naciones Unidas Nueva York, 2004. p. 99.

identificación de proyectos públicos de inversión⁽⁴³⁾. No debe perderse de vista que la aprobación de este régimen favorable a la presentación de iniciativas privadas no constituye una autorización para realizar negocios privados en «asuntos de incumbencia pública», sino se constituye en un verdadero «instrumento de apoyo a los distintos niveles de gobierno en la formulación de proyectos públicos de inversión privada».

Pero también, la incorporación de esta figura, facilita al sector privado la posibilidad de promover infraestructuras y servicios, que siendo beneficiosos para sus intereses sean también valiosas para la sociedad en su conjunto. De este modo, se abre el espacio para el interés privado 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 educacionales, entre otros), y provisión de ciertos servicios municipales (recolección, tratamiento y reciclaje de residuos, recaudación de tributos, entre otros).

En ese mismo orden de ideas, la inversión privada en el desarrollo de estos proyectos permite liberar recursos afectados de ordinario a la preinversión burocrática y a la identificación de prioridades, para poder concentrarlos en acciones de mayor incidencia hacia la sociedad, como la supervisión, ejecución de proyectos y la regulación económica. Con la ventaja adicional que se alienta la innovación tecnológica en servicios y obras públicas, en la medida que el empresario desarrollará la iniciativa con la finalidad de maximizar utilidades, acelerar el retorno de la inversión, o mejorar la calidad de las prestaciones o construcciones.

Por otro lado, los principales desafíos de cualquier regulación y administración de iniciativas privadas son:

a) Los riesgos de limitación a la competitividad que se puede naturalmente o inducir artificialmente del proceso de selección del concesionario de la inversión, tanto por la distorsión que implican las medidas de discriminación inversa (otorgamiento de puntajes adicionales, preferencias frente a otros interesados, etcétera) 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. Por ello, una de las críticas más frecuentes a las iniciativas privadas deriva más que de la figura misma, de la inexistencia de suficientes y adecuados mecanismos de competencia y transparencia en la evaluación de la iniciativa y en la adjudicación del contrato⁽⁴⁴⁾.

b) De la mano con el riesgo anterior, se presenta la necesidad de satisfacer altos estándares de transparencia a la operación de presentación, calificación, negociaciones y declaración de interés público de la iniciativa privada. Las pautas de transparencia en la contratación pública han sido pensadas en proyectos de iniciativas estatales mas no de iniciativas privadas, en las que la información es poseída por el iniciador (no por la Administración), y la evaluación debe llevarse bajo reglas de confidencialidad. Pero aquí, además, la

(43) 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.

(44) HODGES, John. *Unsolicited Proposals. Competitive Solutions for Private Infrastructure*. The World Bank Group. Private Sector and Infraestructura Network, marzo 2003. Notas 258 y 256; y, *Unsolicited Proposals. The issues for Private Infrastructure Projects* The World Bank Group. Private Sector and Infraestructura Network, marzo 2003. Notas 257 y 255.

Juan Carlos **Morón** Urbina

Administración cuenta con mayor discrecionalidad y se encuentra en posición monopólica para calificar la oferta, admitirla, pedir modificaciones, ajustes, aprobar costos, etcétera.

c) Las administraciones promotoras de la iniciativa privada deben contar con información vasta y especialistas en diversas materias tecnológicas para desarrollar el análisis del perfil, prefactibilidad y factibilidad del proyecto con la información disponible y en los breves plazos que este régimen le impone. Pero además, con experiencia en negociación de proyectos de gran inversión, como los que se abordan en estas iniciativas.

d) Abordar con prudencia y propiedad los argumentos empleados -mayoritariamente

interesados- para fortalecer el empleo de procedimientos no competitivos para cerrar el negocio con el iniciador. No existen derechos intelectuales sobre la idea de iniciativa privada, ni es sostenible en el mediano y largo plazo una contratación directa de infraestructura o servicios públicos, si bien puede ser de rápida concreción en el corto plazo.

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 beneficio del iniciador, sin el correlato beneficioso -en grado proporcional- para el interés público.

No obstante, consideramos que la iniciativa privada (propuestas no solicitadas) en el ámbito regional constituye un nuevo e indispensable escenario para la renovación de las relaciones contractuales con el Estado y aprovechar la inventiva y decisión privadas en apoyo de la detección de proyectos de inversión público-privada.