

La Regulación de las Iniciativas Privadas en Proyectos de Infraestructura y Servicios Públicos



MANUEL UGARTE MAGGIOLO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
LLM en la Universidad de Columbia.

DANIEL GONZALES LA ROSA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Concepto de Iniciativa Privada.
- III. Antecedentes Legislativos de la Iniciativa Privada:
 - 1. Decreto Legislativo No. 758.
 - 2. Decreto Legislativo No. 839.
 - 3. Ley 28059.
- IV. La iniciativa privada en la actualidad:
 - 1. Características Principales.
 - 2. Principales incentivos de la Ley.
- V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el déficit de infraestructura existente en nuestro país, así como la necesidad de que determinados servicios públicos sean provistos de manera más eficiente y con un mayor alcance, ha motivado que se promueva la participación del sector privado en ámbitos que, bajo una concepción tradicional, habrían estado reservados para el Estado.

En efecto, según cálculos del Ministerio de Economía y Finanzas, las brechas de infraestructura para los sectores transporte y saneamiento alcanzan los US \$ 4,200 millones y US \$ 4,042 millones, respectivamente. Por su parte, en el sector educación y salud, la brecha se calcula en US \$ 1,394 millones y en electricidad en US \$ 858,6 millones. De otro lado, según el Instituto Peruano de Economía, el Perú presenta una brecha de inversión de infraestructura de servicios públicos por un total de US \$ 22,879 millones, considerando a Chile como país de referencia.¹

Adicionalmente, durante los últimos veinticinco (25) años se pudo apreciar una clara tendencia a la baja en la inversión bruta del sector público como porcentaje del Producto Bruto Interno. Factores internos y externos, así como los altos niveles de deuda externa asumidos por el Estado, han hecho que los recursos públicos sean orientados hacia otros sectores.

De lo anteriormente expuesto se desprende que la inversión en infraestructura y servicios públicos en nuestro país no ha alcanzado los montos necesarios para asegurar la provisión de niveles de servicio adecuados que permitan promover un crecimiento económico sostenible en el mediano plazo, con impactos sociales tangibles. En vista de este déficit, de sus consecuencias sobre la productividad de la economía y considerando las restricciones presupuestarias que presenta el Tesoro Público, el Estado ha venido impulsando la participación del sector privado en proyectos

de inversión en infraestructura y servicios públicos, mediante contratos bajo la modalidad de Asociaciones Público Privadas (APP), término que hace alusión a un espectro muy amplio de relaciones de cooperación entre el sector público y el privado en beneficio mutuo, en las cuales los riesgos de un proyecto se distribuyen de manera eficiente entre dichos sectores, con la finalidad de alcanzar un resultado público deseado, vinculado al desarrollo de infraestructura y la prestación de servicios públicos.²

Dentro de los mecanismos de impulso estatal para la participación del sector privado en proyectos de inversión de infraestructura y servicios públicos se encuentra la iniciativa privada, figura que rompe la tradicional idea de la exclusividad estatal en la prestación de los servicios públicos. Así, mediante este esquema, el Estado permite a los particulares proponer la realización de un proyecto determinado de infraestructura o servicios públicos, con las particularidades, características y detalle desarrollados en el presente trabajo.

Así, la iniciativa privada viene cobrando mayor relevancia en la mayoría de países del mundo, principalmente en aquellos en los cuales se ha presentado el fenómeno privatizador. Efectivamente, mediante este mecanismo, se agiliza la dinámica de las políticas de desarrollo de infraestructuras del país, al permitir a los privados identificar y proponer al Estado la realización de proyectos que favorezcan el interés general de la población, utilizando al esquema de APP para minimizar el contraste derivado de la alta demanda de la población por más y mejores infraestructuras, y la limitada capacidad de oferta del Estado ante dicha demanda.

II. CONCEPTO DE INICIATIVA PRIVADA

La iniciativa privada es definida como la facultad otorgada a los particulares de participar en la labor de identificar y proponer al Estado estudios

1. Exposición de Motivos del Decreto Legislativo No. 1012.

2. KUMAR, Sati, *Public-private partnerships in urban infrastructure*. Eric Kerala Calling, Febrero, 2004, p. 36.

sobre posibilidades 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.³

De lo antes expuesto, podemos concluir que la iniciativa privada tiene las siguientes características:

- a) *Es una facultad otorgada a los particulares:* Sin embargo, a efectos de ejercer tal facultad, la legislación exige determinados requisitos, los cuales desarrollamos en líneas posteriores.
- b) *Es una petición de gracia:* Significa que el derecho otorgado a los particulares se agota con la proposición correspondiente al Estado, sin que se genere en este ninguna obligación de acoger la iniciativa propuesta. En efecto, nuestra legislación establece que la iniciativa tiene la naturaleza de una petición de gracia, regulada por la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444 (LPAAG).
- c) *Es una forma de tratativa:* 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. Así, la iniciativa privada provoca una negociación preliminar que permite al proponente colaborar con la identificación, diseño y concertación del objeto de un probable contrato con el Estado.

d) *Recae sobre activos estatales:* Esta característica sustenta el que la iniciativa privada se plantee al Gobierno. En efecto, en tanto este último es el titular de "recursos estratégicos" para la realización del proyecto, el particular debe dirigir su solicitud a la Administración, con la finalidad de que esta evalúe el proyecto y se alcance, de ser el caso, una fórmula de colaboración público privada que concilie, de un lado, los intereses empresariales del proponente y, de otro, el interés público en la prestación del servicio o la provisión de la infraestructura correspondiente.

- e) *Debe ser una propuesta novedosa:* El acogimiento estatal de una iniciativa privada conlleva el otorgamiento de diversos beneficios. En ese sentido, las legislaciones de diversos países del mundo sustentan el otorgamiento de estos beneficios en el interés público que engloba la realización del proyecto propuesto y, además, en que el proyecto sea novedoso, esto es, que no sea un proyecto que haya sido previamente identificado, en lo sustancial, por el Estado u otro particular, así como la innovación para abordar el asunto de interés público que se pretende atender.
- f) *Debe revestir interés público⁴:* Lo que determina la aprobación de una iniciativa privada no es que sea un negocio altamente rentable (en cuanto a factores económicos) para el Estado y/o el particular, sino que sea un proyecto que redunde en provecho de la población en general (esto es, tenga una alta rentabilidad social⁵), permitiendo cubrir los déficits en infraestructura y servicios públicos comentados

3 MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Las concesiones de infraestructura a iniciativa privada de inversionistas*. En: *IUS ET VERITAS*, N° 35, Año 2007, p. 157.

4 De acuerdo a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 2488-2004-AA/TC, el interés público es típicamente un concepto indeterminado, esto es, se trata de un concepto que hace referencia a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen precisados en su enunciado, pero que, sin embargo, podrán ser concretizados en cada caso, en atención a las circunstancias.

5 La rentabilidad social puede ser definida como el beneficio que recibe la sociedad de un proyecto de inversión o de una empresa determinada, mediante la asignación de los recursos a los mejores usos posibles.

en la introducción del presente trabajo. En ese sentido, es el interés público subyacente el proyecto propuesto lo que justifica el uso de activos y bienes estatales por parte del proponente.

Sin perjuicio de lo antes señalado, debemos precisar que la iniciativa privada deberá cubrir los costos de la ejecución del proyecto, así como garantizar un adecuado retorno al particular. Ello debido a que, bajo la concepción vigente en nuestro país, las iniciativas privadas no pueden ser cofinanciadas por el Estado.⁶

III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA INICIATIVA PRIVADA

1. Decreto Legislativo No. 758

La primera ley que reguló el tema de la iniciativa privada en nuestro país fue el Decreto Legislativo No. 758 (en adelante, el DL 758), del 8 de noviembre de 1991, por medio del cual se dictaron normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos. Así, ya a inicios de los noventa, se reconocía legalmente que el sistema de concesiones a empresas privadas para la construcción, conservación y explotación de obras de infraestructura y servicios públicos constituía un mecanismo valioso para ampliar la cobertura de los servicios públicos y desarrollar la infraestructura del país.

El DL 758 reconocía expresamente la potestad de las *personas jurídicas* de presentar iniciativas que identifiquen proyectos a contratar con el Estado. Para tal efecto, el proponente debía incluir los lineamientos generales del proyecto, los cuales debían contener, como mínimo, las

bases de factibilidad económica y técnica del mismo. Adicionalmente, el Decreto Legislativo bajo comentario reconocía el carácter confidencial y reservado de los lineamientos presentados por el particular.

Asimismo, es pertinente señalar que el DL 758 fue promulgado durante la vigencia de la Constitución de 1979, la cual reconocía el ejercicio de la iniciativa privada en el ámbito de una economía social de mercado. En efecto, el artículo 115 de nuestra Carta Magna de 1979 establecía lo siguiente:

"Artículo 115.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social".

Cabe resaltar que, de acuerdo al DL 758, el análisis para determinar el acogimiento estatal de la iniciativa privada se centraba en la posibilidad de que el proyecto propuesto se adopte al procedimiento de *concesión*⁷, sin contener dicha norma una referencia expresa al concepto de interés público.⁸

A efectos de incentivar la presentación de iniciativas privadas, el DL 758 otorgaba al proponente y al tercero que hubiese presentado la mejor propuesta en el concurso público convocado con ocasión de la iniciativa privada, la posibilidad de mejorar sus respectivas ofertas. Asimismo, en caso las propuestas mejoradas del proponente y del tercero fueran igualmente convenientes, se prefería la del proponente.

2. Decreto Legislativo No. 839

El 19 de agosto de 1996 se emitió el Decreto Legislativo 839 (en adelante, DL 839), el cual

⁶ Ver sección IV de este trabajo.

⁷ El DL 758 definía a la concesión como el acto administrativo por el cual el Estado, con el objetivo que el concesionario realice determinadas obras y servicios fijados o aceptados previamente por el organismo correspondiente, otorgaba a este último el aprovechamiento de una obra para la prestación de un servicio público, por un plazo establecido.

⁸ Sin perjuicio de ello, entendemos que al exigir que la iniciativa privada pueda adaptarse al procedimiento de concesión, se requería implícitamente la satisfacción del interés público, desde que la concesión englobaba per se la prestación de un servicio público, esto es, en beneficio de la comunidad.

modificó el tratamiento legal de las iniciativas privadas en nuestro país. Así, a partir de la entrada en vigencia del referido Decreto Legislativo, la iniciativa privada recibía el tratamiento de una "sugerencia" al Estado, la cual permitía a este "informarse" sobre posibles obras públicas de infraestructura o de servicios públicos susceptibles de entregarse en concesión al sector privado.

Adicionalmente, se incluyó una facultad ilimitada del Estado de modificar la iniciativa privada planteada, así como la referencia expresa a que el acogimiento de la iniciativa privada no establecería compromiso estatal alguno para con las personas que presentaron la sugerencia respectiva.

Como se puede apreciar, la dación del DL 839 marcó una etapa en la cual la figura de la iniciativa privada tuvo una incidencia casi nula en el desarrollo de infraestructuras y servicios públicos. En efecto, al tener un marco legal que no otorgaba incentivos adecuados para la participación privada en la identificación de proyectos de interés social, la iniciativa privada quedó relegada a un segundo plano en el desarrollo de proyectos de inversión sobre recursos estatales.

3. Ley 28059

La dación de la Ley 28509, Ley Marco de la Promoción de la Inversión Descentralizada (en adelante, Ley 28509)⁹, denota un claro esfuerzo del Estado por relanzar la figura de la iniciativa privada, devolviendo a la misma el carácter de facultad de los particulares¹⁰, así como reconociendo los gastos incurridos por los proponentes no adjudicatarios cuyas iniciativas privadas fueran acogidas por el Gobierno.

En efecto, de acuerdo con el Reglamento de dicha ley¹¹:

*"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."*¹²

Así, la Ley 28059 establecía la obligación de los distintos niveles de gobierno de promover la inversión privada mediante la presentación de iniciativas de los particulares, reconociéndose los gastos incurridos en la formulación de los estudios necesarios para la correcta identificación del proyecto, siempre que el proponente no hubiera sido favorecido con la adjudicación correspondiente.

Adicionalmente, el Reglamento de la Ley 28059 complementó el régimen de las iniciativas privadas, regulando al detalle los requisitos para la presentación de iniciativas privadas, el trámite correspondiente ante la administración, la atribución de la naturaleza de peticiones graciables y los criterios de evaluación de las iniciativas privadas, entre otros aspectos. Asimismo, el reglamento incluía un capítulo especial para la tramitación de iniciativas privadas que involucrasen el cofinanciamiento del Estado.¹³

Del mismo modo, se establecía la facultad del Estado de proponer la introducción de las modificaciones y/o ampliaciones que juzgase convenientes y/o necesarias en el contenido y diseño de la iniciativa privada, mediante la coordinación previa con el inversionista. Así, si bien el Estado tenía la decisión última acerca de las modificaciones y/o ampliaciones al proyecto

9 Del 12 de agosto de 2003.

10 En efecto, la versión original del artículo 11 del DL 758 contemplaba la posibilidad de que personas jurídicas presenten iniciativas que identifiquen proyectos estatales cuyo desarrollo se adapte al proceso de concesión.

11 Aprobado por Decreto Supremo No. 015-2004-PCM.

12 Artículo 13 del Reglamento de la Ley 28059.

13 Capítulo incluido por Decreto Supremo No. 013-2007-PCM, de fecha 23 de febrero de 2007.

propuesto, se establecía legalmente la obligación de coordinar las mismas con el privado, lo cual favorecía la negociación y mejor entendimiento entre ambos.¹⁴

Por último, es importante señalar que el Reglamento de la Ley 28509 incluía como uno de los criterios para evaluar las iniciativas privadas el que contengan una propuesta innovadora en materia de ejecución y/o explotación de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, utilizándose para efectos de su evaluación los requisitos exigidos a las creaciones protegidas por las normas sobre derechos de autor.¹⁵

El régimen de iniciativa privada establecido por la Ley 28059 fue derogado en diciembre del 2008, con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo No. 1012, el cual aprobó la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas para la generación del empleo productivo y dictó normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada (en adelante, la Ley), el cual se mantiene vigente a la fecha.

En ese sentido, las características, condiciones y procedimientos referidos a la presentación, acogimiento y desarrollo de iniciativas privadas en nuestro país se encuentran actualmente regulados por la Ley, cuyas principales características se desarrollan en la sección siguiente.

IV. LA INICIATIVA PRIVADA EN LA ACTUALIDAD

En la actualidad, las iniciativas privadas se encuentran reguladas por la Ley y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 146-2008-EF (en adelante, el Reglamento). Conforme a lo señalado anteriormente, en esta sección abordaremos las características generales de las iniciativas privadas en el régimen legal vigente en el Perú, así como los mecanismos que la Ley otorga para incentivar la presentación de las mismas.

1. Características generales

De acuerdo con la Ley, las iniciativas privadas se realizan sobre proyectos de inversión en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, las mismas que *no pueden demandar garantías financieras*¹⁶ por parte del Estado.

De acuerdo con lo expresado en el párrafo precedente, las iniciativas privadas en el Perú deben ser *"autosostenibles"*, esto es: (i) no deben demandar garantías financieras por parte del Estado; y, (ii) las garantías no financieras¹⁷ que demande el proyecto deben tener una probabilidad nula o mínima de demanda de uso de recursos públicos.¹⁸ Para tal efecto, se considera que una garantía no financiera tiene probabilidad mínima o nula cuando la probabilidad del uso de recursos públicos no sea mayor al 10%

14 En efecto, de acuerdo al artículo 15.4 del Reglamento de la Ley 28509, en caso de disconformidad del interesado con las modificaciones propuestas por el Estado, este último podía rechazar la iniciativa privada, mediante pronunciamiento expreso.

15 Inciso e) del artículo 16 del Reglamento de la Ley 28509.

16 La Ley define a las garantías financieras como aquellos aseguramientos de carácter incondicional y de ejecución inmediata, cuyo otorgamiento y contratación por el Estado tiene por objeto respaldar las obligaciones del privado, derivadas de préstamos o bonos emitidos para financiar los proyectos de APP, o para respaldar obligaciones de pago del Estado.

17 La Ley define a las garantías no financieras como aquellos aseguramientos estipulados en el contrato que se deriven de riesgos propios de un proyecto de APP.

18 Así, se exige como uno de los requisitos para la presentación de una iniciativa privada el que se adjunte una declaración jurada del proponente expresando que la iniciativa privada no solicitará cofinanciamiento público, garantías financieras a cargo del Estado o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos por parte de este.

(diez por ciento), para cada uno de los primeros cinco (5) años de ejecución del proyecto, de acuerdo a la metodología publicada por resolución ministerial del Ministerio de Economía y Finanzas.¹⁹

Asimismo, conviene precisar que no se considerará cofinanciamiento del Estado la cesión en uso, usufructo, o bajo cualquier modalidad similar, de infraestructura o inmuebles preexistentes, siempre que no exista transferencia de propiedad y estén directamente vinculados al objeto del proyecto.²⁰

En cuanto a las personas y/o entidades que están legitimados para presentar iniciativas privadas, la Ley establece que solo podrán ejercer dicha facultad las personas jurídicas (nacionales o extranjeras), así como consorcios de personas jurídicas o de personas naturales con personas jurídicas (nacionales o extranjeras). De esta manera, así como sus antecesoras, la Ley excluye a las personas naturales, consideradas individualmente, de la posibilidad de presentar iniciativas privadas.

Asimismo, la Ley otorga a las iniciativas privadas el carácter de *peticiones de gracia*.²¹ En ese sentido, el derecho del proponente se agota con la presentación de la iniciativa privada ante el órgano correspondiente, sin posibilidad de impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial. Dicho carácter se mantendrá hasta que el proyecto contenido en la iniciativa privada sea incorporado al proceso de promoción de la inversión privada correspondiente, y se convoque a una Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales.

En cuanto a los requisitos exigidos por la Ley para la presentación de iniciativas privadas, podemos mencionar los siguientes:

- i) Propuesta de modalidad de participación de la inversión privada.
- ii) Descripción del proyecto, incluyéndose: indicación del activo, empresa, servicio, obra pública de infraestructura y/o de servicios públicos del Estado sobre el cual se desarrollará el proyecto; objetivos; beneficios concretos de la ejecución del proyecto; ingeniería preliminar, entre otros.
- iii) Evaluación económica y financiera del proyecto.
- iv) Evaluación preliminar del impacto ambiental y, de ser el caso, plan de mitigación social y ambiental.

En relación al trámite de las iniciativas privadas, el Reglamento determina lo siguiente:

- i) Presentada la iniciativa privada y admitida a trámite, se dará publicidad de su contenido a través de la página web del Organismo Promotor de la inversión Privada correspondiente (en adelante, OP).
- ii) El OP podrá requerir información adicional al titular de la iniciativa, pudiendo condicionar la continuación de la evaluación a la entrega de la información requerida dentro de un plazo prudencial no mayor de treinta (30) días hábiles.

19. Artículo 4.1 del Reglamento.

20. Artículo 7.2 del Reglamento.

21. Artículo 112 de la LPAG: "Por la facultad de formular peticiones de gracia, el administrado puede solicitar al titular de la entidad competente la emisión de un acto sujeto a su discrecionalidad o a su libre apreciación, o prestación de un servicio cuando no cuenta con otro título legal específico que permita exigirlo como una petición en interés particular.

Las peticiones de gracia han sido conceptualizadas como aquellas solicitudes de los particulares, dirigidas a la Administración Pública, que tienen como único sustento el derecho de petición reconocido en la Constitución Política del Perú, sin tener base en algún derecho adicional reconocido a favor del particular.

- iii) Tratándose de iniciativas privadas de competencia del Gobierno Nacional, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN deberá solicitar opinión al sector o sectores correspondientes, sobre el interés y relevancia del proyecto y, en asuntos que resulten de su competencia, al Organismo Regulador correspondiente, así como opinión técnica a otras entidades. Asimismo, se requerirá la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas en los casos de iniciativas que requieran el otorgamiento de garantías no financieras.
- iv) Declarada de interés la iniciativa privada, el OP procederá a notificar la decisión al interesado en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la fecha de adopción del correspondiente acuerdo.

Por último, debemos señalar que, con fecha 25 de marzo de 2009, el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN adoptó el Acuerdo No. 278-01-2009, el cual regula el procedimiento a seguir cuando se presenten, ante dicha entidad, iniciativas privadas en proyectos de inversión. De esta manera, el referido acuerdo complementa las disposiciones del Reglamento en cuanto a la admisión a trámite, evaluación y posterior aprobación (de ser el caso) de las Iniciativas privadas que sean competencia del Gobierno Central.

2. Principales incentivos de la Ley

- a) *Confidencialidad*: La Ley establece que los OP deberán mantener el carácter confidencial y reservado de las iniciativas privadas que se presenten, bajo responsabilidad, extendiéndose dicha obligación a las entidades públicas y funcionarios que, por su cargo, tomen conocimiento de la presentación y contenido de una iniciativa privada. Dicho carácter confidencial y reservado de las iniciativas privadas se mantendrá hasta que estas sean declaradas de interés.²²
- b) *Derecho a igualar*: La Ley determina que, en caso el proponente de la iniciativa privada participe en la Oferta Pública, Concurso Público o Licitación Pública derivada del proyecto propuesto, tendrá el derecho a igualar la oferta que hubiera quedado en primer lugar en el procedimiento correspondiente. De ejercer este derecho, se procederá a un desempate definitivo entre el proponente y el postor que hubiera quedado en primer lugar, presentando cada uno una mejor oferta en función al factor de competencia correspondiente.²³
- c) *Reconocimiento de gastos*: En efecto, el proponente de la iniciativa privada tendrá derecho al reconocimiento de los gastos efectivamente realizados durante la elaboración del proyecto, en caso participe en la Oferta Pública, Concurso Público o Licitación Pública convocada con objeto de su iniciativa, y no resulte favorecido con la adjudicación de la misma.²⁴ Cabe señalar que el monto que será reconocido a favor del proponente corresponderá a los gastos que, a criterio del OP corres-

Para ejercer este derecho, el Reglamento exige que el titular de la iniciativa privada haya cumplido con los requisitos exigidos por las bases del proyecto a efectos de ser considerado un postor precalificado, así como haber presentado una oferta técnica y económica válida.²⁴

22. Artículo 15 de la Ley.

23. Artículo 16 de la Ley.

24. Artículo 18.5 del Reglamento.

25. Para tal efecto, el Reglamento exige que se acompañe a la documentación requerida para la presentación de la iniciativa privada, una declaración jurada de los gastos efectivamente incurridos en la elaboración del proyecto.

pondiente, resulten razonables y hayan sido debidamente sustentados.²⁶

A su vez, el Reglamento establece algunos límites cuantitativos para el reembolso de los gastos al proponente no adjudicatario de la iniciativa privada. Así, se dispone que el monto total de gastos a reintegrar no pueda exceder del 1% (uno por ciento) del valor total de la obra y/o el valor referencial previsto para el procedimiento de selección (para el caso de prestación de servicios públicos). Sin perjuicio de ello, para el caso de proyectos cuyo valor referencial de inversión no supere un monto equivalente a mil ciento veinte (1,120) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) vigentes al momento de presentación de la iniciativa, el límite será fijado previamente en el documento que apruebe la iniciativa, no pudiendo exceder del 5% (cinco por ciento) del valor total de la obra y/o el valor previsto para la prestación de servicios públicos.²⁷

Consideramos que los límites para el reconocimiento de gastos descritos en los párrafos precedentes resultan adecuados, toda vez que están destinados a evitar que el proponente realice gastos desproporcionados en la elaboración del proyecto de iniciativa privada, a efectos de desincentivar la presentación de mejores propuestas por otros particulares interesados. Ello, toda vez que los gastos incurridos en la elaboración de la iniciativa privada son asumidos por el postor adjudicatario, siendo el pago de tales gastos un requisito para el cierre del contrato respectivo.²⁸

d) *Adjudicación directa*: Nuestra legislación establece que se procederá a la adjudicación directa del proyecto objeto de la iniciativa privada, a favor del proponente, en caso no se presenten terceros interesados en la ejecución de la misma. En este caso, se deberán negociar los aspectos no esenciales del respectivo contrato.²⁹

Sin perjuicio de los mecanismos antes descritos, consideramos relevante efectuar algunos comentarios a la regulación que la Ley y el Reglamento establecen acerca de la potestad del OP de efectuar modificaciones al proyecto de iniciativa privada.

Como mencionamos en la sección precedente, la Ley 28059 regulaba la posibilidad de efectuar alteraciones al proyecto inicial de iniciativa privada, favoreciendo la negociación y el intercambio de ideas entre el Estado y el privado. Así, si bien el Estado tenía la decisión última acerca de la inclusión de la mejor propuesta, el marco legal derogado otorgaba un espacio en el cual las tratativas puedan desarrollarse, a efectos de lograr el mejor resultado, en interés del privado, del Estado y del proyecto mismo (y, por ende, del interés de la población en general).³⁰

Al igual que la ley y reglamentos anteriores, el marco legal vigente en materia de iniciativas privadas otorga al OP correspondiente la facultad para proponer la introducción de las ampliaciones y/o modificaciones que juzgue convenientes en el contenido y diseño de la iniciativa privada presentadas. Sin embargo, la po-

26. Artículo 17 de la Ley.

27. Artículo 20.2 del Reglamento.

28. Artículo 20.1 del Reglamento.

29. Inciso b) del artículo 16 de la Ley.

30. El artículo 15.4 del Reglamento de la Ley 28059 aludía expresamente a la posibilidad de concertar reuniones en las cuales el OP y el privado pudiesen coordinar la introducción de ampliaciones y/o modificaciones al contenido y diseño de la iniciativa privada presentada.

sibilidad de negociar las modificaciones propuestas es eliminada, con lo cual tal facultad de "proponer" modificaciones al proyecto original de iniciativa privada deviene, en los hechos, en una potestad de modificar unilateralmente el proyecto.

En efecto, el Reglamento establece que:

"El OPIP comunicará al titular de la iniciativa privada, por escrito, las ampliaciones y/o modificaciones propuestas a efectos que manifiesta formalmente su conformidad o disconformidad con las mismas (el subrayado es nuestro), para efectos de lo cual se concederá al interesado un plazo máximo de quince (15) días hábiles contados desde la recepción efectiva de la comunicación remitida por el OPIP.

En caso de disconformidad del interesado, o si este no se pronuncia dentro del plazo antes indicado, el OPIP rechazará la iniciativa (el subrayado es nuestro) mediante pronunciamiento expreso".³¹

Al respecto, consideramos adecuado que se otorgue a la entidad estatal la potestad de determinar el diseño final del proyecto objeto de la iniciativa privada. No obstante, somos de la opinión que no debió eliminarse la posibilidad de la coordinación previa con el titular, lo cual favorecía la conciliación de los intereses privados y públicos, característica esencial en la ejecución de proyectos públicos bajo la figura de las APP. De esta manera, la legislación actual deja únicamente al particular la posibilidad de aceptar o rechazar los cambios propuestos (lo cual conllevaría, en el último caso, el rechazo

de la iniciativa misma), eliminando la posibilidad de entrar en tratativas mediante las cuales se pueda alcanzar una fórmula media que favorezca al proyecto mismo.

II. CONCLUSIÓN

Como señalamos en la introducción del presente trabajo, las iniciativas privadas cumplen un rol esencial en el desarrollo de la infraestructura y servicios públicos en el Perú. Efectivamente, el crecimiento vertiginoso de la demanda de la población por más y mejores infraestructuras y servicios públicos no puede ser atendido exclusivamente con recursos estatales, por lo que las asociaciones con privados resultan esenciales a efectos de mantener la competitividad y desarrollo sostenido de nuestro país.

En dicho escenario, las iniciativas privadas permiten a los particulares colaborar con el Estado en la identificación y ejecución de proyectos social y económicamente rentables, permitiendo conciliar las restricciones presupuestarias del Estado para identificar proyectos de interés público con las necesidades de inversión en sectores que, bajo una concepción tradicional, habrían estado cerrados al capital privado.

Debido a su importancia, la regulación eficiente de las iniciativas privadas, y de las APP en general, debe estar acompañada de un compromiso político del Gobierno por incentivar el desarrollo de estos proyectos, así como un marco legal estable que impulse a los particulares a participar en los mismos y propicie la asignación eficiente de los riesgos inherentes a toda actividad económica, facilitando la obtención de beneficios compartidos entre el particular y la población en general.

³¹ Artículo 17.4 del Reglamento.