

Marco legal de las Iniciativas Privadas Cofinanciadas vigente desde setiembre de 2014



MILAGROS MARAVÍ SUMAR

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster en Administración Pública por el Instituto Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid, Profesora de la Maestría de Derecho Administrativo Económico de la Escuela de Gerencia Continental y del Diploma de Postgrado de Derecho Administrativo Económico de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Profesora del Programa Internacional de Especialización: Gestión de APPs de la Universidad del Pacífico,



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Marco legal.
- III. Ámbito de las Iniciativas Privadas Cofinanciadas.
- IV. IPCs sobre Servicios Públicos.
- V. Iniciativas Privadas Autosostenibles o Cofinanciadas.
- VI. Disponibilidad presupuestal para la IPC.
- VII. La IPC como petición de gracia.
- VIII. Otras recientes novedades sobre IPCs.
- IX. A manera de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Desde el 2013 las Iniciativas Privadas Cofinanciadas (IPCs) se han incluido en el país como un mecanismo de gestión pública eficiente para ejecutar Proyectos de Inversión Pública (PIPs) con participación del sector privado.

En un contexto de (i) brecha visible de infraestructura y servicios públicos de calidad; (ii) deterioro de la infraestructura desarrollada por el Estado por falta de mantenimiento; (iii) inexistencia de mecanismos de exigencia real al Estado por parte de la población de niveles mínimos de servicio; (iv) recurrente ejecución de inversión deficitaria; (v) PIPs del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP) que muchas veces no están bien elaborados, se desactualizan o desfasan; las IPCs se vislumbran como una alternativa que permite la colaboración privada para identificar proyectos socialmente rentables, elaborar con recursos privados los PIPs respectivos, lograr la más pronta viabilidad de los mismos y comprometer a ese privado u otro que sea producto de un concurso público, a través de un Contrato de Asociación Público Privada a su ejecución, con la ventaja de asegurar no sólo el desarrollo del proyecto en lo que se refiere a la infraestructura (obra o equipamiento), sino su debido mantenimiento y niveles de servicio a la ciudadanía.

Esto es muy significativo en términos de eficiencia de la gestión pública. Las IPCs, como Asociaciones Público Privadas (APPs), son un mecanismo de gestión pública que permiten asegurar, a través del Contrato, una planificación sectorial a largo plazo y se incorpora inversión privada en proyectos de inversión pública, la cual financia los proyectos y el Estado puede repagar en cuotas predecibles a lo largo del tiempo.

Para el entorno comparado es llamativo que este mecanismo sea de tan frecuente utilización, lo cual se explica en las razones antes esbozadas.

Este artículo describe y analiza este mecanismo y propone mejoras a su marco normativo.

II. MARCO LEGAL

El marco legal que rige las IPCs es el siguiente:

- La Ley Marco de APP, Decreto Legislativo 1012, recientemente modificado por la Ley 30167, publicada el 2 de marzo de 2014, y la Ley 30264, publicada el 16 de noviembre de 2014.
- El Reglamento de la Ley Marco de APP, Decreto Supremo 127-2014-EF, recientemente modificado por el Decreto Supremo 376-2014-EF, publicado el 31 de diciembre de 2014.
- El Reglamento del Fondo de APPs cofinanciadas, Decreto Supremo 136-2014-EF.
- La Directiva 001-2014-EF/53.01 y su modificatoria respecto del trámite de los PIPs objeto de las IPCs.
- La Resolución Ministerial N° 249-2014-EF/15, que aprueba la Metodología del Análisis Comparativo.
- Los Lineamientos para la Presentación y Admisión a Trámite de las IPCs, aprobados por Acuerdo N° 654-1-2015-DE del 9 de enero de 2015, de acuerdo a la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo 376-2014-EF.
- Los TUOs de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y servicios públicos, Decretos Supremos 059-96PCM y 060-96-PCM.

III. ÁMBITO DE LAS INICIATIVAS PRIVADAS COFINANCIADAS

La IPC es el mecanismo mediante el cual el sector privado presenta proyectos de APPs cofinanciadas a las entidades del Estado.

De acuerdo al artículo 14 de la Ley Marco de APPs, las iniciativas privadas cofinanciadas estarán destinadas a cubrir el déficit de infraestructura pública, servicios públicos y/o prestar los servicios vinculados a éstos que requiera brindar el Estado,

así como a desarrollar proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica.

Estas iniciativas deberán cumplir con los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública porque son Proyectos de Inversión Pública - PIPs.

El artículo 26 del Reglamento de la Ley de APPs precisa que pueden presentarse IPCs respecto de PIPs declarados viables pero cuya ejecución aún no se haya iniciado. Asimismo, pueden presentarse ideas de PIPs cuya formulación se realizaría en el marco del proceso de las IPCs.

Aquí tenemos un primer inconveniente. Existen miles de proyectos en formulación en el SNIP que están inactivos y sin embargo, no podría presentarse iniciativas privadas respecto de recursos que están considerados en esos PIPs porque no cumplen con el requisito de haber sido declarados viables. No debería ser exigible para la entidad y el privado asegurarse que esos PIPs estén desactivados lo cual sólo debería requerirse cuando se inicie la formulación de un nuevo PIP. Antes ni siquiera es seguro que una IPC vaya a admitirse o declararse de relevancia y prioridad.

Por otro lado, dado que la tramitación de una IPC y su concreción en un contrato suscrito y en ejecución puede tomar un tiempo, es muy probable que las entidades planeen y ejecuten intervenciones (PIPs) que son necesarias para mantener una infraestructura o servicio público pero pueden coincidir con el ámbito de una IPC y eso no debería determinar la inadmisibilidad de la IPC.

La experiencia indica que la formulación de PIPs por el sector privado puede realizarse en un plazo más breve y con acceso a mejores recursos técnicos y económicos. Por eso, entendemos que se utilizará más intensivamente esta figura en adelante para desarrollar APPs en Perú.

El marco legal de las IPCs permite utilizar todo tipo de contratos. En la actualidad se utiliza el

contrato de concesión porque la mayoría de APPs son contratos de infraestructura pública y/o servicios públicos. En el caso del sector salud, hay contratos de gerencia (por ejemplo el Hospital del Niño) y también de APP para la constitución del derecho de superficie, diseño, construcción de infraestructura, dotación de equipamiento, operación y mantenimiento (como en los hospitales de EsSalud). El marco legal de las IPCs priorizadas (reguladas por el Decreto Supremo 005-2013-EF) preveía que se acuda a la figura de la concesión. Todos los proyectos presentados en la ventana hasta el 29 de agosto de 2014 deberían utilizar esta figura contractual.

Sin embargo, el reglamento de la Ley de APPs dice expresamente que *"las modalidades de Asociación Público Privada Incluyen todos aquellos contratos en los que se propicia la participación activa del sector privado, tales como la concesión, asociación en participación, contratos de gerencia, contratos de riesgo compartido, contratos de especialización, así como cualquier otra modalidad contractual permitida por ley"* (artículo 4 del Decreto Supremo 127-2014-EF).

El contrato puede ser innominado y se rige por el Código Civil. Hasta la fecha sólo se han desarrollado IPCs mediante contratos de concesión porque así lo establecía el marco legal antes vigente¹. A partir de la fecha se puede acudir a la más amplia variedad de figuras contractuales.

IV. IPCS SOBRE SERVICIOS PÚBLICOS

Un tema que ha devenido en relevante es definir el concepto de servicio público al que se refiere la Ley de APPs y su reglamento. ¿Se trata de un concepto amplio según el cual pueden ser objeto de una Inversión Privada (IP) cualquier servicio, sea de competencia de una entidad pública o sólo aquellos que puedan ser conceptualizados como "servicio público" en estricto o los que la Ley nombre como tales? Recordemos que las IPs serán sobre "servicios públicos y/o servicios vinculados a éstos".

1. Artículo 3 del Decreto Supremo 005-2013-EF.

La prestación de servicios como transporte, salud, saneamiento, comunicaciones, energía están definidos como servicio público por ley. Sin embargo, no todas las entidades tienen sus servicios así definidos. SUNAT (la recaudación tributaria), SUNARP (Registros Públicos), OEFA (la fiscalización ambiental), RENIEC (identificación), ANA (Gestión de Recursos Hídricos) no son servicios públicos en estricto. La seguridad ciudadana a cargo del Ministerio del Interior no tiene la denominación legal de servicio público. La provisión de servicios vinculados a programas sociales como "Qaliwama", ¿se puede considerar la asistencia social un servicio público?

Entonces ¿estas entidades no pueden desarrollar proyectos por APPs?

También podría asumirse que es servicio público el que satisface una necesidad pública y se debe brindar con las características de universalidad, generalidad, oportunidad, uniformidad. Así lo ha definido el Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 00034-2004-PI/TC:

"(...) De esta manera, es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son:

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad.*
- b) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.*
- c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad.*
- d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad".*

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional desarrolla el concepto de servicio público

prescindiendo de una norma declarativa que establezca que un determinado servicio o accionar tiene el carácter de público. Asimismo, es preciso señalar que en nuestro ordenamiento legal y constitucional no existe una norma que exija la declaratoria legal de un servicio como público ni habilita a alguna entidad estatal a solicitarla.

En tal sentido, para el supremo intérprete de la Constitución basta que un servicio cuente con los elementos citados en el numeral anterior para que sea caracterizado como público.

La doctrina más actualizada habla de servicios de interés general.

Sin embargo, es conveniente no mantener esto en el ámbito de la interpretación y debe precisarse normativamente que servicios públicos, para efectos de esta norma, es cualquiera brindado por una entidad pública dentro del marco de su competencia.

Por otro lado, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión) definió en esta "ventana" que infraestructura pública no incluía equipamiento. En ese sentido, ha habido dificultad con la admisión de algunas IPCs que incluían inversión pública pero era sólo de servicios, o principalmente de equipamiento más servicios. Por ejemplo, las IPCs de tecnología de información asociada a servicios públicos.

El Estado debería precisar en el Reglamento de la Ley de APPs en una fecha muy próxima que, para efectos de la Ley de APPs: (i) se entiende por servicio público todo aquél servicio que sea brindado por una entidad dentro del marco de su competencia; e, (ii) infraestructura sí incluye equipamiento.

Cabe mencionar finalmente, que, hasta la fecha, las IPCs admitidas y declaradas de relevancia y prioridad están referidas exclusivamente a servicios calificados por ley como tales: (i) transporte; (ii) saneamiento; (iii) salud; y, (iv) educación.

INICIATIVAS PRIVADAS COFINANCIADAS PRIORIZADAS POR SECTOR 2014

Transporte (6)	Salud (8)	Educación (7)	Saneamiento (2)
Anillo Vial Periférico	Hospital Sergio Bernales	COAR Zona Norte (4 Colegios)	Sistema de tratamiento de las aguas residuales - Lago Titicaca
Monorriel de Arequipa	Nuevo Hospital Nacional Hipólito Unzué	COAR Zona Centro (4 Colegios)	SEDALIB
Carretera Tarma — La Merced	Hospital Nacional Cayetano Heredia	COAR Zona Sur (4 Colegios)	
Corredor Económico Central (CET)	Hospital Huaycán	Colegios en riesgo Ate y SJL (14 Colegios)	
Sistema Inteligente de Transporte	Radioterapia a nivel de Lima Metropolitana	Colegios en Riesgo SMP y Comas (9 Colegios)	
Pistas y veredas Miraflores	Patología Clínica	Colegios en riesgo Lima Metropolitana (14 Colegios)	
	Residuos Hospitalarios Lima Callao	Colegios UGEL VMT (5 Colegios)	
	Gestión Escuela de Salud Pública		



V. INICIATIVAS PRIVADAS AUTOSOSTENIBLES O COFINANCIADAS

Otro tema jurídico relevante es que se defina claramente cuándo estamos ante una IP Cofinanciada o Autosostenible, porque su trámite y requisitos son distintos y el proyecto de una IPC se formula en el SNIP.

De acuerdo al artículo 4 de la Ley de APPs, es autosostenible aquella que satisfaga las siguientes condiciones:

- a. Demanda mínima o nula garantía financiera por parte del Estado, que no supere el cinco por ciento (5%) del Costo Total de Inversión.
- b. Las garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar

el uso de recursos públicos, no sea mayor al diez por ciento (10%) para cada uno de los primeros cinco (5) años de vigencia de la cobertura de la garantía prevista en el contrato. Los lineamientos para los cálculos requeridos serán aprobados mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF)².

Es cofinanciada, en cambio, aquella que requiera del cofinanciamiento o del otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos.

Las garantías financieras y las garantías no financieras tendrán una probabilidad significativa de demandar recursos públicos cuando excedan los límites antes mencionados en los puntos a. y b.

2. Mediante Resolución Ministerial N° 048-2015-EFG/S2 se han aprobado las siguientes normas:

Lineamientos para la Valuación de Compromisos contingentes cuantificables y del flujo de Ingresos derivados de la explotación de los proyectos materia de los Contratos de APP.

Lineamientos para determinar la probabilidad que una garantía no financiera demande el uso de recursos públicos en el marco de una APP autosostenible.

Lineamientos que regulan el registro y la actualización de los compromisos firmes y contingentes cuantificables, netos de ingresos, derivados de Contratos de APP así como la implementación del Registro Nacional de Contratos de APP.

Se considerará como cofinanciamiento a cualquier pago total o parcial a cargo de la entidad para cubrir las inversiones y/o la operación y mantenimiento, a ser entregado mediante una suma única periódica y/o cualquiera que convengan las partes en el marco del Contrato de APP. Dicho pago puede provenir de cualquier fuente que no tenga un destino específico establecido por ley.

De acuerdo al artículo 5 del Reglamento de la Ley de APPs, no se considerará cofinanciamiento la cesión en uso, en usufructo o bajo cualquier figura similar, de la infraestructura o inmuebles preexistentes, siempre que no exista transferencia de propiedad y estén directamente vinculados al objeto del proyecto. Asimismo, no se considerará cofinanciamiento a los pagos por concepto de peajes, precios, tarifas, entre otros, cobrados directamente a los usuarios finales o indirectamente a través de empresas, incluyendo aquellas de titularidad del Estado o entidades del mismo para su posterior entrega al titular del proyecto, en el marco del Contrato de APP.

Hasta antes del Decreto Supremo 376-2014-EF, que modificó el Reglamento de la Ley de APPs, el 31 de diciembre de 2014 se consideraban autosostenibles aquellos proyectos en los que si bien existe un pago por parte del Estado, *"pago total o parcial a cargo de la entidad para cubrir las inversiones y/o la operación y mantenimiento, a ser entregado mediante una suma única periódica, y/o cualquiera que convengan las partes en el marco del contrato de Asociación Público Privada"*, dicho pago proviene de peajes, precios, tarifas, entre otros, cobrados directamente a los usuarios finales o indirectamente a través de empresas, incluyendo aquellas de titularidad del Estado o entidades del mismo para su posterior entrega al titular del proyecto, en el marco del Contrato de APP.

Esto en el entendido que esos ingresos son una fuente con destino específico. Sin embargo, la última modificación del artículo 5 del Reglamento de la Ley de APPs ha eliminado la frase "entre otros", con lo cual se restringen las IPs autosostenibles a aquellas que se pagan exclusivamente con: peajes, precios y tarifas.

En ese sentido, existen determinadas Municipalidades en Lima y en todo el país cuyos ingresos por arbitrios remuneran los contratos de concesión para el servicio de limpieza pública o mantenimiento de parques y jardines en los que no se utilizaba la modalidad de cofinanciamiento y, en adelante, lo serán.

Asimismo, están las APPs de EsSalud. Esta entidad ha constituido un Fideicomiso Matriz de Administración, Garantía y Pagos para financiar sus IP autosostenibles. Específicamente, la fuente de financiamiento es el equivalente al doce por ciento (12%) de las sumas de dinero por concepto de contribuciones y/o aportaciones al Fondo de Salud que administra EsSalud según Ley 26790. Así se repagan los de Hospitales de Callao, Villa María del Triunfo, Red de Almacenes y Farmacias de Lima de EsSalud.

En estos casos, los ingresos son propios del presupuesto de dichas entidades para luego ser destinados a realizar los pagos de los contratos y, en los dos últimos casos, estos ingresos se ceden a un fideicomiso.

Estas APPs se considerarían en adelante cofinanciadas.

Consideramos que el marco normativo no debería ser restrictivo y permitir que los proyectos que tengan un flujo de recursos dirigidos a financiarlos, aunque sean recursos directamente recaudados y no sólo peajes, tarifas o precios, sean considerados autosostenibles.

VI. DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL PARA LA IPC

De acuerdo al marco legal aprobado originalmente (Decreto Supremo 005-2013-EF) para las IPs cofinanciadas, la capacidad presupuestal y financiera del Estado para desarrollar el proyecto, se evaluaba en el proceso de la formulación en el SNIP.

Sin embargo, en el nuevo procedimiento para las IPCs del Decreto Supremo 127-2014-EF, para las IPs que se presenten desde enero se prevé un "Informe de Impacto Fiscal" en el caso de las

entidades del Gobierno Nacional y, en el caso de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, Proinversión solicitará al MEF opinión sobre el monto máximo de los compromisos que podrían asumir dichas entidades.

Esta evaluación de la capacidad presupuestal inicial puede tener como efecto que se descarten proyectos que por su trascendencia deberían ser financiados aunque no exista en el momento de la presentación una idea clara respecto de la consistencia presupuestal. Sólo a manera de ejemplo, hay un Fondo de APPs que puede servir de fuente de financiamiento y hay programas en diversos sectores del Gobierno Nacional que pueden financiar proyectos cuya titularidad es de una entidad que, en principio, no tiene los recursos correspondientes asignados a su pliego. Con esta evaluación presupuestal inicial se limita la formulación de PIPs que pueden ser beneficiosos para el Estado y que, al fin y al cabo, son formulados a cuenta, costo y riesgo de un privado.

El PIP puede ser formulado y definirse su financiamiento para la viabilidad o ejecutarse por fases cuando sea financiado.

Es cierto que el sector privado no debería invertir recursos en proyectos a ciegas y que no tiene perspectiva de poder ser financiados o repagados por el Estado. Esto no se soluciona con este filtro previo, sino a través de una clara exposición por parte de las entidades de los diferentes niveles de Gobierno y del MEF respecto del interés del Estado por sectores y tipos de proyectos y, de preferencia, de la disponibilidad presupuestal para los mismos. Así, nadie invierte recursos en vano.

Ya ha cerrado la ventana de IPCs del 2015 y no se ha aprobado: (i) ni los criterios para definir

el impacto fiscal o la capacidad presupuestal; y tampoco, (ii) los criterios para que las entidades ordenen en prelación a las IPCs recibidas lo cual puede no sólo consistir en preferir unos proyectos sobre otros; sino elegir respecto de proyectos iguales presentados por distintos Proponentes.

VII. LA IPC COMO PETICIÓN DE GRACIA

Una duda recurrente de los Proponentes de las IPC es respecto de lo vinculatorio de presentar una IPC. Así como por el carácter de petición de gracia la entidad puede declinar su interés en el mismo en cualquier momento, hasta cuándo el Proponente puede también decidir no seguir adelante con el proyecto.

A este respecto, es preciso tener en cuenta que, en efecto, las IPCs tienen el carácter de solicitud de gracia y su presentación da lugar al inicio de un procedimiento administrativo en ejercicio del derecho de petición³. Por lo tanto, hasta la declaratoria de interés y, aún después, puede operar el desistimiento del proceso por parte del Proponente. Es verdad que lo invertido hasta ese momento no será objeto de reembolso. Asimismo, si el Proponente, luego de la declaratoria de interés, ha otorgado una fianza y declina en seguir adelante, perderá la misma salvo que le sea devuelta por presentarse un tercero interesado y convocarse a un proceso de selección.

El que se trate de una petición de gracia implica que la declaración de no relevancia y prioridad o de no interés no pueda ser impugnada; asimismo, que no opere el silencio administrativo. Sin embargo, Proinversión está obligada a responder a la petición de manera expresa⁴; y, además, la declaración de inadmisibilidad, que consiste en el cumplimiento objetivo de los requisitos estableci-

3. *Artículo 106.- Derecho de petición administrativa*

(...)

106.2 El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia⁵.

4. *106.3 Este derecho implica la obligación de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal⁶.*

dos, si es impugnabile, de acuerdo a la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, por la vía de la reconsideración o la apelación⁵.

VIII. OTRAS RECIENTES NOVEDADES SOBRE IPCS

Mediante Decreto Supremo N° 376-2014-EF, publicado el 31 de diciembre de 2014, se ha modificado el Reglamento de la Ley de APPS estableciendo lo siguiente:

- Se especifica que las propuestas de IPCs deberán tener plazos contractuales mayores a diez años y un Costo Total de Inversión superior a 10 000 Unidades Impositivas Tributarias (UITs). Cuando se trate de iniciativas que impliquen únicamente la operación, incluyendo la gestión y mantenimiento, deberán tener un Costo Total del Proyecto superior a 10 000 UITs.
- Se precisa que las observaciones que pueda formular Proinversión, deben realizarse en el plazo de 10 días hábiles, contados desde la presentación de la iniciativa (ya no desde que vence el periodo al que se hace referencia en el numeral 25.1 del Reglamento, es decir, los 45 días calendario de cada año). En caso que no se requiere subsanación alguna, Proinversión comunicará al Proponente que la IP ha sido admitida a trámite en un plazo máximo de 10 días hábiles, contados desde el día siguiente de la fecha de presentación de la propuesta, más 3 días hábiles para la notificación.
- Se incrementa a 20 días hábiles el plazo máximo para que las Entidades emitan opinión sobre la consistencia de los objetivos estratégicos de las propuestas de IPCs de su competencia. En caso la entidad no emita opinión en el plazo mencionado, se entenderá como no favorable y se rechazará la propuesta de IP.
- En caso de proyectos de competencia de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, Proinversión notificará la propuesta de IPC, además del Gobierno Subnacional competente, al Sector correspondiente del Gobierno Nacional. Dichas entidades deberán emitir su opinión de consistencia dentro de 20 días hábiles. En caso las referidas entidades públicas no emitieran su opinión en ese plazo, se entenderán como no favorables y se rechazará la propuesta de IPC. Esto rige aunque los proyectos se financien exclusivamente con recursos del Gobierno Regional o Local correspondiente.
- Si las IPCs son financiados por el Sector correspondiente conforme los acuerdos, convenios interinstitucionales u otros adoptados con el Sector, tales acuerdos deberán ser suscritos dentro de los 20 días hábiles de notificada cada Iniciativa Privada al Gobierno Regional o Gobierno Local.
- En la parte pertinente a la elaboración de la propuesta de Declaración de Interés, se especifica que Proinversión deberá solicitar

5. *Artículo 206º.- Facultad de contradicción*

206.1 *Conforme a lo señalado en el Artículo 108º de la presente Ley, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente.*

206.2 *Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzcan indefensión. (...).*

Artículo 207º.- Recursos administrativos

207.1 *Los recursos administrativos son:*

a) *Recurso de reconsideración*

b) *Recurso de apelación*

(...).

la opinión favorable de la entidad competente y del MEF. Si no se emite dichas opiniones en el plazo previsto, se entenderán como no favorables.

- Se incorpora el literal c) del numeral 33.1 del artículo 33. Dicho literal señala que los gastos que se podrán reconocer a favor del Proponente de una IPC son los siguientes:
 - Los gastos efectivamente realizados en la elaboración de la IP presentada;
 - Los mayores gastos originados por la preparación de la información adicional solicitada por el Organismo Promotor de la Inversión Privada, hasta la declaratoria de interés, que a su criterio sean razonables y hayan sido debidamente sustentados.
 - Los gastos correspondientes a las propuestas de los estudios de preinversión realizadas para el PIP, siempre que cuente con los siguientes requisitos: (i) el proyecto haya sido declarado viable; y, (ii) el proyecto cuente con la declaratoria de interés y no sea adjudicado a dicha parte.

Además de las modificaciones mencionadas, las Disposiciones Complementarias Finales señalan las siguientes directrices:

- El MEF emitirá, mediante Resolución Ministerial, las disposiciones para la evaluación de las IPCs que no involucren proyectos de inversión pública.
- Se modifica el stock acumulado por los compromisos firmes y contingentes cuantificables, netos de ingresos, asumidos por el Sector Público No Financiero en los Contratos de APP calculado a valor presente establecido en el artículo 13 del Decreto Legislativo 1012, hasta el límite del 12% del Producto Bruto Interno.
- Proinversión, a través de su Consejo Directivo, aprobará los criterios para la elaboración del consolidado con el orden de preferencia

de iniciativas privadas de competencia del Gobierno Nacional.

Desde inicios del año 2015 varios sectores publicaron en la página web de Proinversión líneas estratégicas a manera de listado de proyectos, en cuyo marco esperaban recibir IPCs detallando inclusive en algunos casos los esquemas de cofinanciamiento deseados. Esto ha sido sumamente valioso para orientar los esfuerzos del sector privado.

Finalmente, el 9 de enero de 2015, Proinversión publicó el Acuerdo N° 654-1-2015-DE, mediante el cual aprueba los Lineamientos para la Presentación y Admisión a trámite de las Iniciativas Privadas Cofinanciadas (los "Lineamientos"), que establece, entre otras disposiciones, las siguientes:

- Se exige presentar un resumen ejecutivo de la IPC, según formato del Anexo 3 de los Lineamientos.
- Entre las formalidades para su presentación destaca que: (i) los documentos de la IPC deben estar marcados como confidenciales; y, (ii) debe presentarse dos copias para Proinversión, así como una copia para cada sector, Gobierno Regional o Local involucrado.
- Para acreditar su existencia, el Proponente puede presentar alternativamente al documento constitutivo, copia simple del Estatuto actualmente vigente o instrumento equivalente.
- En el caso de consorcio, además de su documento constitutivo (contrato), se presentará copia simple del Estatuto actualmente vigente o instrumento equivalente de los integrantes del consorcio.
- Se pone a disposición un modelo de "Análisis y la propuesta de distribución de riesgos del proyecto" y de cronogramas de ejecución de las inversiones y de requerimiento de los recursos públicos.
- La capacidad técnica y financiera se acredita con información respecto del propio

Proponente o de empresas vinculadas (no sólo matriz, filial o sucursal).

- La acreditación de la capacidad técnica, se mide a través de la presentación de por lo menos tres experiencias acreditadas en Proyectos Similares. Estos se definen como *“proyectos de infraestructura de características técnicas similares y, de ser el caso, de servicios públicos y servicios vinculados a estos similares al contenido en la IPC”*. Estos proyectos deben haber concluido su etapa constructiva o estar en etapa operativa y ser del mismo sector. Conforme a las Respuestas a Preguntas Frecuentes publicadas por Proinversión, esto implica que el proyecto corresponde a la misma función de acuerdo al clasificador funcional programático del MEF. La capacidad técnica será medida con el cumplimiento de la experiencia constructiva, y también en el cumplimiento de la experiencia en operación y mantenimiento de la infraestructura pública, prestación del servicio público o del servicio vinculado a estos, de ser el caso.

Si bien es conveniente que existan criterios claros de evaluación, debería preverse excepciones para los casos en que se trata de proyectos totalmente innovadores en las que no puede acreditarse experiencias similares en los términos exactos de los lineamientos. De hecho, en las Respuestas a Preguntas Frecuentes (N° 4), no se descarta la presentación de proyectos novedosos, pero se precisa que se debe buscar que la empresa Proponente o alguno de los integrantes del consorcio tengan experiencia en proyectos similares al planteado.

En caso se acredite la capacidad técnica a través de alguna empresa vinculada, se deberá adjuntar una carta de compromiso de medios de dicha empresa vinculada, por la cual se comprometa a brindar los recursos técnicos y humanos que sean requeridos por el proyecto. A esta carta se debe adjuntar copia simple de los poderes de quien la firma.

Respecto de la capacidad financiera, es preciso tener presente que en la ventana de IPCs que

cerró el 29 de agosto se aplicaron dos reglas poco transparentes y predecibles de evaluación de la capacidad financiera de los Proponentes y que no estaban establecidos en norma alguna:

- a. Que los estados financieros deben reflejar que la empresa Proponente o integrante de un consorcio tienen un patrimonio de más de 30% del monto de la cifra del costo total del proyecto presentado.
- b. En el caso de empresas que han presentado varias IPCs se ha sumado el monto de todos los proyectos, lo cual ha limitado la admisibilidad de aquellas que sumadas no cumplieran con el ratio señalado en el punto a.

Esto fue ilegal porque los criterios o reglas antes mencionados no estaban en una norma. En el caso de los concursos que dirige Proinversión, este criterio se expresa en montos de patrimonio como requisito de capacidad financiera. En esos concursos, la capacidad financiera se puede acreditar a través de empresas vinculadas.

Ante este fuerte cuestionamiento, Proinversión ha recogido en los lineamientos para la admisión de las IPCs, criterios para evaluación de capacidad financiera basados en patrimonio y ratios de endeudamiento. La información se presenta en un formato que figura en los Lineamientos.

Los criterios de evaluación de capacidad financiera no deberían utilizar la regla prevista en el literal b, porque se trata de una norma que restringe las IPCs a presentar cuando se está en un momento del procedimiento en que es muy remota la viabilidad y concreción del mismo. Poniendo un paralelo, a las empresas inscritas en el Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) les reducen su capacidad de contratación sólo si firman un contrato; cómo así se pretende en el procedimiento de petición de gracia de las IPCs hacerlo al inicio del procedimiento.

Los indicadores financieros a evaluar para medir la capacidad financiera del Proponente serán los siguientes:

- a. $\text{Porcentaje de Deuda} = \frac{\text{Pasivo Neto}}{\text{Pasivo Neto} + \text{Patrimonio Neto}}$.
- b. $\text{Porcentaje de Patrimonio Neto} = \frac{\text{Patrimonio Neto}}{\text{CAPEX de la IPC}}$.

En lo anterior:

- Pasivo Neto corresponde al pasivo total menos la posición de efectivo.
- La capacidad financiera será adecuada cuando el indicador Porcentaje de Deuda no sea mayor a 80% y si satisface alguno de los 2 escenarios de evaluación descritos:
 - Escenario de evaluación 1: Cuando el indicador Porcentaje de Deuda sea menor o igual a 80% y mayor a 60%, el Proponente deberá acreditar que su indicador Porcentaje de Patrimonio Neto es mayor o igual a 30%.
 - Escenario de evaluación 2: Cuando el indicador Porcentaje de Deuda es menor o igual a 60%, el Proponente deberá acreditar que su indicador Porcentaje de Patrimonio Neto es mayor o igual a 15%.
- Los indicadores financieros se evaluarán con la información contenida en los estados financieros auditados del último ejercicio disponible.
- Si se presentan estados financieros de alguna de sus empresas vinculadas, se deberá adjuntar una carta de compromiso conforme al modelo del Anexo 06, firmada por su representante legal con facultades suficientes para ello, por la cual se comprometa a brindar los recursos financieros que sean requeridos por la IPC. A esta carta se

debe adjuntar copia simple de los poderes de quien la firma.

- Proinversión sumará las IPCs presentadas en cada período para determinar el indicador Porcentaje de Patrimonio Neto, según estricto orden de recepción en mesa de partes y se admitirán las propuestas siempre que el indicador Porcentaje de Patrimonio Neto sea mayor o igual a 30% o 15%, según sea el escenario de evaluación.

IX. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La ventana que cerró el 29 de agosto acogió 67 IPCs y 23 han pasado a etapa de formulación de estudio de preinversión. En la ventana que ha cerrado el 16 de febrero de 2015 se han presentado 147 IPCs. Antes de medio año sabremos cuántas de ellas pasarán a sumarse a las 23 IPCs antes mencionadas.

Esperamos que la falta de criterios pre establecidos respecto de la priorización y del impacto fiscal y la capacidad presupuestal no determinen que los proyectos sean rechazados de plano y más bien se abra espacios de adaptación de proyectos a las necesidades, requerimientos y capacidad presupuestal de las entidades.

El déficit en el ámbito nacional de proyectos para satisfacer necesidades de infraestructura, equipamiento y servicios que son responsabilidad del Estado y la oportunidad de apoyar la gestión pública a través del desarrollo de APPs en beneficio del país, imponen una actitud constructiva por parte de las entidades en la tramitación de las IPCs.

Como señalamos al inicio y no hay que perder de vista, las IPCs se han incluido en el país como un mecanismo de gestión pública eficiente para ejecutar PIPs con participación del sector privado.