

# Procesos de selección regulados en el Perú para el otorgamiento de concesiones

Milagros Maraví Sumar\*

*El presente artículo realiza un minucioso análisis del marco regulatorio actual de los procesos de selección para el otorgamiento de las concesiones, en especial en lo que respecta a los requisitos técnicos y legales necesarios. Asimismo, plantea la problemática de dicho marco regulatorio en relación a la excesiva duración de los procesos de selección.*

## MARCO LEGAL VIGENTE DE LAS CONCESIONES HASTA EL 2008

A partir de la década de los noventa, en que el Estado peruano comenzó a convocar al sector privado para la provisión de infraestructura y prestación de servicios públicos, se viene desarrollando en el Perú procesos para que la selección de esas empresas privadas o consorcios ocurra en procesos competitivos y transparentes y los proyectos llevados a un proceso de promoción de la inversión privada sean viables.

Los procesos de promoción a la inversión privada han estado principalmente a cargo de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) -antes COPRI- hasta la reciente aprobación de la nueva Ley Marco de Asociaciones Público Privadas (Ley de APPs) Decreto Legislativo N° 1012 modificada por el Decreto Legislativo N° 1016 y su Reglamento publicado con el Decreto Supremo N° 146-2008-EF (Reglamento de la Ley de APPs) que ha sumado otras entidades públicas como competentes como por ejemplo, los Ministerios. Hasta la vigencia de estas normas, el marco legal de promoción de la inversión privada se basaba en la Constitución Política del Perú, la Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada, aprobada por Decreto Legislativo N° 757, la Ley de Promoción de la Inversión Extranjera aprobada por Decreto Legislativo N° 662, la normatividad sobre privatización y concesiones principalmente el Texto Único Ordenado de la Ley que regula la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y servicios públicos y su reglamento (aprobado mediante Decreto Supremo No. 059-96-PCM y No. 060-96-PCM), la legislación sobre promoción de la inversión descentralizada, así como algunas normas sectoriales complementarias y los acuerdos internacionales en materia de inversión suscritos por el Perú. La Ley de APPs y su Reglamento

se suman a este marco normativo, porque no lo deroga ni reemplaza.

Las normas vigentes antes de la Ley de APPs y su Reglamento permitían convocar a la inversión privada para que, a través de un contrato de concesión, puedan brindar servicios públicos o proveer y administrar infraestructura, asegurando el Estado niveles de calidad, acceso y tarifas reguladas.

Los procesos de promoción de la inversión privada comienzan: i) por iniciativa de cada uno de los sectores (Ministerios u entidades de los sectores), que identifican oportunidades de inversión por parte del Estado sobre activos o servicios públicos y proyectos de infraestructura, así como el desarrollo de los estudios necesarios que demuestren que la oportunidad de inversión es económicamente rentable y que podría ser de interés del sector privado a quien posteriormente se le ofrecerá; o, ii) por la identificación de similares oportunidades de inversión pero por parte del sector privado y que son planteadas a una entidad pública y PROINVERSIÓN a través de una iniciativa privada.

Los procesos de selección utilizados para la concesión de obras de infraestructura o servicios públicos son la licitación pública o el concurso de proyectos integrales. Mientras que en la licitación la entidad que dirige el proceso define previamente y al detalle las características del postor y su oferta, radicando la evaluación al privado en la verificación del cumplimiento de los requisitos técnicos y legales requeridos, destacándose la propuesta económica como factor determinante para la diferenciación de los postores; en el concurso de Proyectos Integrales se requiere una mayor participación del inversionista en el diseño de la obra y/o las características del servicio, la cual se materializa en la propuesta técnica, que ha de ser evaluada con detalle por el ente que dirige el proceso de promoción a la

\* Abogada del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados. Profesora de Organización del Estado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

inversión, teniendo la misma o mayor incidencia que la propuesta económica en la adjudicación de la buena pro.

En todos estos procesos, sea a cargo de PROINVERSIÓN -o ahora de cada sector - participan varias entidades públicas para definir la viabilidad del proyecto y durante el proceso de selección, de realizarse éste.

El proceso de promoción de la inversión privada para llevar a una concesión de obra pública o de servicios públicos a cargo de PROINVERSIÓN tiene, de acuerdo al marco normativo vigente, el siguiente desarrollo:

- El Sector decide encargar a PROINVERSIÓN el proceso de promoción a la inversión privada.
- El Sector adjunta o no documentos técnicos que sustentan el proyecto.
- PROINVERSIÓN recibe una Resolución o carta con el encargo.
- El Consejo Directivo de PROINVERSIÓN ratifica el encargo.
- Se emite la Resolución Suprema que ratifica el encargo.
- El Comité competente de PROINVERSIÓN asume el tema.
- Un Jefe de Proyecto de PROINVERSIÓN y su equipo asumen el tema.
- Se completan los Estudios Técnicos del proyecto o se elaboran si no cuenta con ellos.
- Cuando se requiere, se contrata Banco de Inversión que acompañe el proceso.
- Se elabora el Plan de Promoción de las Inversiones, el cual es aprobado a su vez por el Comité y posteriormente con el Consejo Directivo.
- Por Decreto Supremo se ratifica Plan de Promoción de la Inversión Privada.
- Se elaboran las Bases y el cronograma del proceso.
- Se manda el proyecto de Bases a opinión del sector.
- El Comité aprueba las Bases y el cronograma de la concesión.
- El Consejo Directivo ratifica el Acuerdo del Comité y se publica la convocatoria en la web y en Diarios.
- Se publican las Bases.
- Los postores formulan consultas y observaciones respecto de las Bases.
- Los cambios sustanciales son aprobados por el Comité; en caso contrario sólo por el Jefe de Proyecto.
- Se publica segunda versión de las Bases, las cuales pueden ser variadas a lo largo del proceso mediante circular. Se publican Bases integradas.

«Estas disposiciones parecen muy convenientes para agilizar los procesos de promoción de la inversión privada de los procesos. Si se verificara el cumplimiento de estos doce proyectos, se ayudaría a remontar el grave déficit de infraestructura existente en el Perú. La gran pregunta es: ¿por qué la misma Ley de APPs y su Reglamento no recogen estas disposiciones para todos los procesos?»

- Se elabora la primera versión del Contrato.
- Se envía al Sector para opinión.
- El Comité lo aprueba y luego el Consejo Directivo ratifica el acuerdo.
- Se publica la primera versión del Contrato.
- Se reciben opiniones al contrato por parte de los postores.
- Se envía a la Contraloría General de la República (Contraloría) y al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) para opinión previa si el proyecto es cofinanciado o hay garantía financiera del Estado.
- Se envía al Organismo Regulador si es sobre materia de su competencia.
- Con opinión de entidades opinantes, se publica versión final del Contrato.
- Los postores presentan documentos para ser precalificados.
- El Comité evalúa precalificación y da resultados.
- Los Postores presentan documentos para calificación.
- Se publican los postores calificados.
- Apertura de sobre de propuesta económica y otorgamiento de la buena pro.

Si bien se pueden resumir las etapas del proceso conforme a lo anterior, los procesos de promoción de la inversión privada tienen plazos de duración muy variables que no dependen necesariamente de la complejidad de los mismos. Por ejemplo, el proceso de concesión del Proyecto Olmos duró casi 7,5 años, el proceso del Muelle Sur un año y dos meses, IRRSA Norte dos años y tres meses, la Red Vial 4, cinco años y dos meses<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Estos datos y los que se precisan en este artículo, son producto de una investigación desarrollada como parte de un equipo de GOVERNA S.A.C. respecto de los procesos en PROINVERSIÓN.

Lo que sí se puede afirmar con certeza es que los procesos de concesión duran varios años y si bien los inversionistas conocen el inicio del proceso no pueden prever cuándo terminará, si se paralizará, o si el proyecto será variado sustancialmente en el camino.

Estas características de los procesos desincentivan la inversión privada pues las posibles empresas inversionistas no tienen seguridad respecto de los proyectos y su viabilidad.

La duración indefinida de los procesos y la incertidumbre respecto del destino de los mismos es el problema más lacerante de la promoción de la inversión privada. Un ejemplo vigente es el del proceso de concesión del Sistema Eléctrico de Transporte masivo de Lima, más conocido como "Tren eléctrico", que fue convocado en setiembre del 2007 y hace varios meses está en la Contraloría y el MEF para informe previo. Asimismo, el concurso que se desarrolla a partir de la iniciativa privada del proyecto Planta de Tratamiento de Aguas Residuales - PTAR "Taboada" cuya declaración de interés se publicó en diciembre de 2007, y está en la misma situación que el caso antes mencionado. Según un reciente artículo publicado en *Correo*<sup>2</sup> este es un caso paradigmático:

"El mayor déficit de infraestructura ocurre en desagüe y tratamiento de aguas residuales. En Lima Metropolitana sólo 9% de estas aguas son tratadas. El resto se vierte al mar o al río Rímac. ¡Imagínense cómo será en provincias! La necesidad es monumental. El proyecto de la Iniciativa Privada (IP) - Planta Taboada trataría 60% de todos los desagües de Lima y Callao. Se atendería a 4.5 millones de personas invirtiéndose unos 300 millones de dólares. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), con cada dólar invertido en tratar aguas residuales el Estado se ahorra 4 dólares en tratar enfermedades. Resulta prioritario para la salud llegar con agua y desagüe a los domicilios en todas las ciudades peruanas el 2011.

El estudio preliminar del proyecto Colector Taboada se hizo de 1998 al 2000. El trámite de la IP - Taboada empezó en noviembre del 2006. Han pasado dos años. El regulador Sunass actúa como si se tratase de una obra pública tradicional, y retrasa la definición del incremento tarifario para autosostener el proyecto. PROINVERSIÓN no logra coordinar a los entes involucrados. El MEF no alienta el proceso. La Contraloría atemoriza a los funcionarios involucrados. Naturalmente no se logra plasmar una versión final del contrato para ir a concurso. Cunde un peloteo generalizado: el MEF dice que la Sunass duda

de que los aumentos tarifarios solicitados por Sedapal para hacer frente al proyecto resulten suficientes. Mucho eufemismo. Las tarifas del agua están muy atrasadas, necesitan incrementarse para ampliar la cobertura y atender más gente.

Entre tanto, los vecinos de San Miguel, La Perla y Ventanilla conviven hace años con desagües contaminantes y sus inmuebles pierden valor. Algo de nunca acabar, a menos que esta iniciativa privada llegue a materializarse y se concurse pronto la concesión entre la empresa proponente y otros siete interesados. Otro proyecto similar, el colector de La Chira, duerme el sueño de los justos."

## ¿DE QUÉ FACTORES DEPENDE ESTA DURACIÓN EXCESIVA Y PARALIZACIONES SIN PLAZO?

Una primera etapa crítica de los proyectos se presenta desde el "Encargo a PROINVERSIÓN del proceso" hasta la aprobación de las Bases del mismo. Es en esta etapa donde las decisiones tomadas (o la ausencia de las mismas) inciden claramente en la duración del proceso en su totalidad. Un claro ejemplo de ello es el proceso de promoción del "Tramo Vial Red 5 ANCÓN-HUACHO-PATIVILCA", la del "Tramo Vial Nuevo Mocupe-Cayaltí-Oyotún" o la del "Proyecto Olmos". Es así que por ejemplo un plan de promoción ya aprobado y en proceso de desarrollo tuvo que ser nuevamente hecho por la decisión política de ampliar algunos tramos no considerados inicialmente (con todo el tiempo y recursos adicionales que ello implica) o casos donde primero se hace el plan de promoción y luego se contratan estudios técnicos, y, conforme al resultado de éstos, el plan tiene que cambiarse. En ese sentido, muchos procesos son encargados a PROINVERSIÓN sin la realización de estudios previos o se inician procesos que incluyen diseños elaborados con estudios que son claramente inconducentes. Un claro ejemplo es el del concurso de proyectos integrales del Terminal Portuario de San Martín (Pisco) cuyo diseño inicial considera en el plan de inversión primero el desarrollo de un muelle de contenedores cuando la demanda existente es de carga a granel y no cuenta con instalaciones para ser atendida por el terremoto del año 2007 que hizo colapsar el muelle. Asimismo, el siniestro no ha sido considerado en el plan de inversiones y en la actualidad se desarrolla un nuevo estudio para redefinir el nivel de inversiones. Cuando los Estudios son previos al encargo y han sido bien definidos, los procesos son mucho más breves. Por ejemplo, en el proceso de concesión: "Aprovechamiento óptimo de las aguas superficiales y subterráneas del río Chillón" que tuvo una duración de un año y cinco meses, SEDAPAL ya había realizado durante el año previo al encargo a PROINVERSIÓN los es-

2 PRIALÉ, Gonzalo. "Puro Peloteo", En: *Diario Correo*, 16 de Diciembre de 2008.

tudios respectivos y los había validado en un taller con expertos para analizar la propuesta antes de formalizar su pedido para concesionar el proyecto a entregar y por tanto el proceso se inició contando ya con Estudios técnicos preliminares. En el caso de la concesión de IIRSA Norte el proceso se inició en marzo de 2003 y culminó en junio de 2005. 31% del tiempo se toma en la realización de Estudios (principalmente tiempo de consultores contratados para apoyar al proceso de promoción a través de productos específicos).

Además, en la mayoría de procesos los estudios técnicos o económicos, o el acompañamiento de los Bancos de inversión, es contratado a través de un proceso independiente y para cada ocasión que se requiere. Lo indicado sería que estos estudios sean efectuados por empresas contratadas para varios procesos de promoción de la inversión privada o en procesos abreviados que consideren un registro de proveedores precalificados. Por ejemplo, en el proceso para la concesión del “Muelle Sur” que tuvo una comparativa corta duración (un año y dos meses) un tema crítico fue la contratación del Banco de Inversión que, hasta la culminación de sus servicios, tomó ocho meses.

En ese sentido, tenemos que los aspectos referidos al proceso mismo en PROINVERSIÓN corresponden en promedio al menos un 30% del tiempo total del proceso. Sin embargo, otro 30% está vinculado a los antes mencionados procesos de contratación y realización de estudios y/o apoyo al proceso a través de contratación de empresas especializadas o Bancos de Inversión.

El resto de tiempo de los procesos (40%) está vinculado a la participación de otras entidades distintas a PROINVERSIÓN, como el sector (Ministerio o entidad competente), el Organismo Regulador, la Contraloría General de la República o el MEF. Las idas y venidas entre entidades propician una parte importante de la dilación y los “tiempos muertos” de los procesos.

El marco legal prevé la participación de las entidades pero no garantiza su efectiva actuación:

#### **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (CGR):**

De acuerdo a la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (artículo 22°, literal I), le corresponde a la CGR. “Informar previamente sobre las operaciones, fianzas, avales y otras garantías que otorgue el Estado, inclusive los proyectos de contrato, que en cualquier forma comprometa su crédito o capacidad financiera, sea que se trate de negociaciones en el país o en el exterior”.

El citado dispositivo solo faculta a la CGR a informar con carácter previo sobre aquellas operaciones

que comprometan crédito o capacidad financiera del Estado. No obstante lo anterior y dado que a la misma CGR le corresponde el control posterior de los procesos, el personal de PROINVERSIÓN en la práctica durante años ha enviado para opinión previa también los proyectos autosostenibles, lo cual genera dilación en los plazos y malestar dado que la CGR pretende emitir opinión en aspectos técnicos que son ajenos a su ámbito de control.

En los Lineamientos para la Provisión de Servicios Públicos a través de Proyectos de Inversión que involucren Concesiones Cofinanciadas (CCF), aprobados por Decreto Supremo N° 104-2007-EF, se precisó que (artículo 3°, literal 3.5) se reitera lo anterior.

Por su parte la misma CGR aprobó el Reglamento para la Emisión de Informe Previo sobre las Operaciones de Endeudamiento y Garantías del Estado por Resolución de Contraloría N° 080-2004-CG que dispone (artículo 3°):

“Se encuentran dentro del alcance del presente Reglamento, salvo los casos de excepción contemplados en las Disposiciones Complementarias del presente Reglamento, los siguientes:

3.1. Todas las operaciones de endeudamiento previstas en las Leyes Anuales de Endeudamiento del Sector Público.

3.2. Las operaciones, garantías, fianzas, avales y proyectos de contrato que otorguen las entidades sujetas al ámbito del Sistema Nacional de Control, que no estando previstas en el numeral anterior, comprometan su crédito o capacidad financiera, sea que se trate de operaciones efectuadas en el país o en el exterior realizadas sin el aval del Gobierno Nacional, mayores a un (1) año.”

El Reglamento en alusión, norma el procedimiento de emisión de informe previo, en los términos del literal L del artículo 22° de la Ley N° 27785. Entre las cuestiones más destacables se encuentra el establecimiento de excepciones al informe previo (endeudamiento vía Decretos de Urgencia u operaciones que no afecten pasivos ni nivel patrimonial del Estado), la naturaleza de “documento técnico” del citado Informe Previo así como la inimpugnabilidad del acotado Informe.

Finalmente, la Ley N° 29143, Ley de Endeudamiento del Sector Público para el Año Fiscal 2008 (Tercera Disposición Transitoria) fijó un plazo para expedición del Informe Previo a cargo de la CGR. La citada modificación, que ha entrado en vigencia recién a partir del primero de enero de 2008, establece un plazo máximo de cinco días así como la responsabilidad del titular del órgano de control.

**Organismo Regulador:**

La Ley N° 27701, Ley que establece disposiciones para garantizar la concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones con la legislación regulatoria, en su artículo 2° precisa que las disposiciones que regulen la materia de competencia de los organismos reguladores, comprendidas en los expedientes finales de los procesos de concesiones de las empresas cuya regulación está a cargo de los organismos reguladores precisados en la Ley N° 27332, deberán contar con la opinión del respectivo Consejo Directivo de éstos como requisito previo a su aprobación por parte de PROINVERSIÓN.

Además, según el artículo 3° de la referida norma, se precisa que estas opiniones serán publicadas por PROINVERSIÓN dentro de un plazo no menor de quince (15) días calendario anteriores a la fecha de su aprobación. La publicación se hará en el Diario Oficial El Peruano y en su página web para su debida discusión pública de acuerdo con lo que establezca el Reglamento de dicha Ley.

Por su parte en los Lineamientos para la Provisión de Servicios Públicos a través de Proyectos de Inversión que involucren Concesiones Cofinanciadas (CCF), el artículo 3.2 del Decreto Supremo N° 104-2007-EF precisa que no son de aplicación a las concesiones onerosas o aquellas cuya inversión y/u operación y mantenimiento sea íntegramente financiada por los ingresos generados por la explotación de la concesión que se recauden de los usuarios del servicio. Para tales efectos, el Organismo Regulador dispondrá la elaboración de los estudios técnicos correspondientes.

Asimismo, en la fase 3.2, denominada "Elaboración, aprobación y Difusión de las Bases, y convocatoria a la Licitación o Concurso", se señala que "En la elaboración de las Bases - las cuales incluyen un borrador del contrato de concesión - deben participar el Sector, Gobierno Regional, o Gobierno Local, responsable de la provisión del servicio, el MEF y el Organismo Regulador, según corresponda, y se deben respetar las condiciones económicas establecidas en la Segunda Evaluación. Las Bases son aprobadas por el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN.

Además, conforme al punto 3.4 de los Lineamientos, "Elaboración y aprobación de la versión final del contrato de Concesiones Cofinanciadas", PROINVERSIÓN remite la propuesta actualizada de contrato al Sector, Gobierno Regional o Gobierno Local, al MEF y al Organismo Regulador (según corresponda). De conformidad con la Ley N° 27701, Ley que establece disposiciones para garantizar la concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones con la legislación regulatoria, PROINVERSIÓN publica la opinión del Organismo

Regulador respecto a la versión final del contrato de Concesión.

Con la conformidad a la propuesta de contrato de las entidades antes señaladas, PROINVERSIÓN aprueba la versión final del Contrato de Concesión, incluyendo las sugerencias de las entidades que han emitido opinión. Posteriormente, PROINVERSIÓN remite a cada uno de los postores y a la Contraloría la versión final del contrato de concesión cofinanciada.

A la Contraloría se le remite además todos los documentos elaborados en el Plan de Promoción, a fin que elabore su Informe Previo, acorde con la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

**Sector:**

De acuerdo a los Lineamientos para la Provisión de Servicios Públicos a través de Proyectos de Inversión que involucren Concesiones Cofinanciadas (CCF), aprobado mediante Decreto Supremo N° 104-2007-EF, para el caso de los Sectores debe destacarse su participación a lo largo de todo el proceso (selección del proyecto, preparación y aprobación del perfil, elaboración de estudios adicionales, elaboración de estudios de factibilidad, elaboración de bases, elaboración de la versión final del contrato, así como la firma del contrato).

Sin embargo, muchas veces se requiere la participación de otras entidades como el Instituto Nacional de Cultura (INC) si el proyecto involucra patrimonio cultural del Estado o el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA) si se trata de recursos naturales.

El cambio del diseño del proyecto también es un elemento no considerado en la ley y que toma mucho tiempo. Por ejemplo, en la concesión del "Tramo Vial Nuevo Mocupe-Cayaltí-Oyotún" - Costa-Sierra (iniciado en abril de 2005 y que sigue en proceso) un componente importante del tiempo del proceso se vincula a la etapa de estudios técnicos que ha representado más del 75% del tiempo total; y según la información analizada al menos un 30% es "aportado" por acciones del MTC. En esa misma línea se ha identificado que durante la etapa de estudios técnicos se tomó la decisión política de ampliar tramos del recorrido de la vía Zaña-Cayaltí y Nuevo Mocupe-Zaña, lo que llevó a hacer nuevos estudios técnicos e implicó en uno de los casos hacer modificaciones al proyecto ya aprobado por el SNIP. Esta decisión pudo dilatar hasta en cuatro meses el tiempo del proceso de promoción.

Lo mismo ocurrió en la Licitación Pública especial para la concesión: "TRAMO VIAL RED 5 ANCÓN-HUACHO-PATIVILCA" iniciado en mayo de 1997 y concluido en enero de 2003. Al igual que el proceso

de concesión “Tramo Vial Nuevo Mocupe-Cayaltí-Oyotún”, el proceso de elaboración y aprobación de estudios técnicos ha influido en la duración total del proceso y se ha visto influido por acciones y/o decisiones políticas. La decisión de realizar estudios técnicos que apoyen el proceso, se toma en Mayo de 1997 y el último informe fue aprobado en febrero del 2003. Del análisis realizado es necesario destacar por ejemplo que se tuvieron que realizar dos estudios de impacto ambiental (el segundo bajo los parámetros del Banco Interamericano de Desarrollo - BID) aspecto que pudo ser previsto y se pudo ahorrar tiempo. Además decisiones (o falta de decisiones) en algunas instancias públicas dilataron aún más el proceso. Es así que el BID en mayo del 2000 ya había aprobado el Informe de Impacto Ambiental y sólo “faltaba” la aprobación de ese documento por parte del MTC y el INRENA, pero tuvieron que transcurrir más de 2 años para que ello ocurriera. Esto tomó 50% de la duración total del proceso.

Sumado al problema de los cambios de diseño, están los efectos de las decisiones políticas y los cambios de gobierno. Un ejemplo claro es el del Proceso de concesión “Proyecto Olmos”, iniciado en febrero de 1997 y culminado en julio de 2004. Se considera probable que un porcentaje importante de los casi 7,5 años que demoró el proceso de concesión se haya debido a “tiempos de espera” y “decisiones y/o cambios políticos” (se puede ver ello en los plazos que transcurren en los informes del Banco de Inversión y los plazos entre aprobación del Plan de Promoción y la realización del proceso público de concesión). Casi 45% del total del tiempo.

### ¿QUÉ LECCIONES APRENDEMOS PARA EL FUTURO?

Los procesos de promoción de la inversión privada deben llevarse adelante, publicitarse cuando estén “maduros”. No es conveniente convocar a la inversión privada cuando no se tiene un proyecto definido, con sustento técnico y económico en cuyo proceso de promoción no haya clara definición respecto de su viabilidad. No más proyectos en PROINVERSIÓN, o ahora en los sectores, sin estudios previos.

La ley debe prever procedimientos distintos (en etapas, plazos y entidades competentes) en función de criterios diversos que están vinculados al monto de la inversión o la trascendencia económica y social de los mismos. La entidad competente debería decidir a qué procedimiento vincula un determinado proyecto.

Las entidades que participan en el proceso y deben emitir informes previos deberían tener plazos muy precisos para hacerlo, luego del cual se establecería que opera el silencio positivo o negativo y los funcionarios a cargo serán responsables admi-

nistrativamente por descartar un proceso valioso o determinar por silencio positivo la viabilidad de uno inconducente.

Las consultorías que se requiera contratar para el desarrollo de los procesos, sean estudios técnicos o económicos deben realizarse por procesos breves y sencillos, contándose con un listado de consultores *ad hoc* precalificados.

### PROCESOS DE CONCESIÓN A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA LEY DE APPS – DECRETO LEGISLATIVO N° 1012

La Ley de APPs, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1012 regula las asociaciones público privadas. Conforme al artículo 3° de esta norma, “las Asociaciones Público Privadas (APPs) son modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos. Participan en una APP: el Estado, a través de alguna de las entidades públicas establecidas en el artículo precedente, y uno o más inversionistas privados”.

Hasta la vigencia de este marco normativo, la modalidad de promoción de la inversión privada como APP para la provisión de infraestructura o servicios públicos ha sido la concesión, pudiendo además utilizarse la asociación en participación o “*Joint venture*”, el outsourcing (o tercerización) o los contratos de gerencia.

De acuerdo al artículo 4° de la Ley de APPs, las Asociaciones Público-Privadas pueden clasificarse en:

- 1) Autosostenible: aquella que satisfaga las siguientes condiciones: i) Demanda mínima o nula garantía financiada por parte del Estado: de acuerdo al Reglamento de la Ley de APPs, las Garantías No Financieras cuentan con probabilidad mínima o nula en el supuesto que la probabilidad de uso de recursos públicos no sea mayor al 10% para cada uno de los cinco primeros años de ejecución del proyecto, ii) Las garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos; de acuerdo al Reglamento de

«La duración indefinida de los procesos y la incertidumbre respecto del destino de los mismos es el problema más lacerante de la promoción de la inversión privada»

la Ley Las Garantías Financieras se consideran mínimas cuando no superen el 5% del Costo Total de la Inversión.

- 2) Cofinanciada: 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.

En lugar de establecer procedimientos distintos en función de la relevancia de los procesos, el nuevo marco legal ha optado por reducir el ámbito de competencia de PROINVERSIÓN. Así, serán de competencia de PROINVERSIÓN en adelante sólo los proyectos que cumplan alguna de las siguientes condiciones:

- a) Tener un monto total de inversión superior a 15,000 UIT.
- b) Ser multisectoriales.
- c) Tener alcance geográfico que abarque más de una región.
- d) Haya sido solicitada la conducción del proceso por la Entidad a PROINVERSIÓN y haber sido aprobada por su Consejo Directivo.

En los demás casos será competencia de los sectores del Poder Ejecutivo o de los respectivos Gobiernos Regionales o Municipales.

La Ley de APPs y su Reglamento (aprobado mediante Decreto Supremo N° 146-2008-EF) tratan de solucionar uno de los problemas de la legislación anterior al establecer (artículo 5°, numeral 5.1 del Reglamento de la Ley de APPs) que para la incorporación al proceso de promoción de la inversión privada de proyectos de provisión de infraestructura y servicios públicos a través de la modalidad de APP, la Entidad preparará y remitirá al Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP) competente un Informe de Evaluación que tendrá un contenido mínimo. Se entiende entonces que no se llevarán adelante procesos que no cuenten con estudios previos que definan su conveniencia y viabilidad.

Con ese informe se tramitará la Resolución Suprema de incorporación al proceso de promoción de la inversión privada y de aprobación del Plan de Promoción o Acuerdo de Consejo tratándose de proyectos regionales o municipales.

Para el caso de proyectos autosostenibles que requieran garantías y de los proyectos cofinanciados, la visación de la Resolución Suprema por el Ministerio de Economía y Finanzas se efectuará necesariamente previa emisión de opinión favorable por los órganos competentes. La opinión solicitada deberá emitirse como máximo en quince días hábiles contados a partir de la recepción de la solicitud completa. No establece la Ley de APPs ni su Reglamento ninguna consecuencia respecto de la falta de pronunciamiento de las entidades, ni hay plazo para el visto del MEF. En ese sentido, este es un escenario que introduce la posibilidad de que existan "tiempos muertos" en los procesos.

Si se trata de proyectos autosostenibles, continuarán su desarrollo en el marco del Texto Único Ordenado (TUO) 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 aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, del Decreto Legislativo N° 674 y de otras normas de promoción de la inversión privada que resulten aplicables.

Para los proyectos cofinanciados, previamente al proceso regido por el TUO:

- a) Los proyectos deberán cumplir con los requisitos y procedimientos establecidos en el marco normativo del Sistema Nacional de Inversión Pública y del Sistema Nacional de Endeudamiento.
- b) Adicionalmente, en los casos en los que el costo del proyecto supere las 100,000 UIT y que requieran un cofinanciamiento mayor al 30% de dicho costo, la Entidad deberá realizar una evaluación cuantitativa del costo-beneficio de desarrollar los proyectos a través de una APP, mediante la aplicación de la metodología del Comparador Público-Privado, que compara el costo neto en valor presente y ajustado por riesgo para el sector público, de proveer un proyecto de referencia, y el costo del mismo proyecto ejecutado a través de una asociación pública privada<sup>3</sup>.
- c) El monto de cofinanciamiento máximo deberá ser aprobado por el OPIP, con la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, previamente a la aprobación de la versión final del contrato. Asimismo, se deberá contar con la opinión del Ministerio de Economía y Finanzas desde el punto de vista de responsabilidad fiscal

3 El Manual referido debería considerar no sólo aspectos numéricos sino de capacidad y transparencia de la gestión; sino se puede optar por la obra pública sólo porque el costo financiero parece menor para el Estado que para el privado. Sin embargo, la evidencia del país enseña que estamos rodeados de obras públicas sin mantenimiento: puertos anticuados, hospitales ruinosos, carreteras destrozadas. Las obras públicas no se mantienen, se pierden. En cambio las asociaciones publico-privadas construyen bien, operan y mantienen la infraestructura por treinta años, brindando mejor servicio al público.

y capacidad presupuestal. Si bien hay una referencia a la versión final del contrato, se entiende que este aspecto debe estar definido antes de la convocatoria a la licitación o concurso respectivo. Una vez más hay un escenario para tiempos muertos al no establecerse un plazo para esta opinión ni las consecuencias de la falta de pronunciamiento.

Respecto de las opiniones previas en el marco del proceso de promoción de la inversión privada se establece lo siguiente:

De acuerdo al artículo 8° del Reglamento, en todos los casos (APPs autosostenibles o cofinanciadas) el diseño final del contrato y las modificaciones que se produzcan a la versión final del mismo, requerirá la opinión favorable de la entidad pública competente, del Ministerio de Economía y Finanzas, del organismo regulador y de la Contraloría General de la República. Con el objetivo de facilitar esas opiniones previas y precisar su ámbito, el artículo 11° del Reglamento establece que los contratos establecerán un capítulo específico que consolide los compromisos económico-financieros, las garantías asumidas por el Estado, y en general, los aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado. Las opiniones del MEF y el informe previo de la Contraloría, se referirán exclusivamente al contenido de dicho capítulo. Del mismo modo, la opinión del Organismo Regulador se restringirá a los temas tarifarios, facilidades esenciales y de calidad del servicio, los que deberán aparecer en capítulos específicos en el contrato.

El plazo para la emisión de la opinión será no mayor a quince días hábiles contados desde que es recibida la documentación sustentatoria. Para tales efectos, estas entidades contarán con un único plazo de cinco días hábiles a partir de recibida la documentación sustentatoria para requerir información faltante.

En el caso de modificaciones a la versión final del contrato, el plazo para la emisión de las opiniones será de diez días hábiles.

En los casos de opinión previa de la Contraloría, del MEF o del Organismo Regulador respecto de la versión final del contrato, transcurridos los plazos máximos sin respuesta, se entenderá que la opinión es favorable, conforme al artículo 11° numeral 4 del Reglamento de la Ley de APPs.

### **Nueva regulación de las Iniciativas Privadas**

El Decreto Legislativo N° 1012 ha definido un marco normativo novedoso respecto de las iniciativas privadas. Lo más relevante es que establece una ventaja para el proponente de la iniciativa, lo cual propicia la presentación de las mismas. En efecto, conforme al artículo 16° de la Ley de APPs, en el

caso que el proponente participe en la Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales que se convoque y cumpla con presentar en el plazo estipulado por las bases correspondientes la documentación requerida, tendrá derecho a igualar la oferta que hubiere quedado en primer lugar. De ejercer este derecho, se procederá a un desempate definitivo entre el proponente y el postor que hubiere quedado en primer lugar presentando cada uno una mejor oferta en función del factor de competencia. Este desempate deberá realizarse dentro de los quince días calendario de abiertas las ofertas económicas.

Asimismo, para propiciar la responsabilidad de los proponentes y seriedad de su oferta, el artículo 15° de la Ley de APPs establece que en el caso de las iniciativas privadas declaradas de interés, el proponente deberá presentar dentro del plazo de diez días calendario de comunicada la declaración de interés, una carta fianza, a fin de asegurar la suscripción del respectivo contrato en caso el proyecto sea adjudicado directamente al proponente. Dicha carta fianza se deberá mantener vigente hasta la suscripción del contrato correspondiente. El monto de la carta fianza será fijado en cada caso, por el Organismo Promotor de la Inversión Privada en función del monto de inversión del proyecto. En caso de existir terceros interesados en la ejecución del proyecto, la carta fianza entregada por el proponente, le será devuelta a éste.

Lo negativo de la Ley de APPs respecto de las iniciativas privadas es que en su artículo 14° limita éstas sólo a proyectos de inversión autosostenibles. Este es el aspecto de esta ley que requiere urgente derogación. Si hay un proceso de evaluación de las iniciativas privadas riguroso, no tiene por qué limitarse las Iniciativas Privadas a los proyectos autosostenibles. No es razonable limitar de esta manera la participación de los privados para definir proyectos en beneficio de la comunidad.

Las Iniciativas Privadas podrán ser presentadas ante PROINVERSIÓN cuando se trate de proyectos nacionales o sectoriales, o los Organismos Promotores de la Inversión Privada de los Gobiernos Regionales o Locales, por personas jurídicas nacionales o extranjeras, así como por consorcios de personas jurídicas o consorcios de personas naturales con personas jurídicas, sean éstas nacionales o extranjeras.

La Declaración de interés de la iniciativa privada deberá contar con opinión previa del Organismo Regulador cuando dicha iniciativa se financie con tarifas de servicio público (artículo 15° de la Ley), lo cual no era requerido según el marco legal antes vigente. Asimismo, se requerirá la opinión favorable del MEF en los casos de Iniciativas Privadas que requieran el otorgamiento de garantías. Las opiniones deberán ser emitidas en un plazo no mayor de



veinte días hábiles. Si el Organismo Regulador no emitiera su opinión en el referido plazo, aquélla se entenderá favorable. No ocurre lo mismo en el caso de la opinión del MEF. Otro escenario para tiempos muertos e incertidumbre a la inversión privada y el desarrollo de los proyectos.

Otro aspecto negativo del actual marco normativo de las iniciativas privadas es que el Reglamento de la Ley de APPs (artículo 20º numeral 2) ha establecido un límite al reembolso de gastos: El monto total de los gastos a reintegrar no podrá exceder el 1% del valor total de la obra, y/o el valor referencial previsto para el procedimiento de selección en el caso de prestación de servicios públicos, salvo en el caso de los 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, en cuyo caso el límite será fijado previamente en el documento que apruebe la iniciativa, no pudiendo exceder del 5% del valor total de la obra y/o el valor referencial previsto para la prestación de servicios públicos.

#### LEGISLACIÓN DE URGENCIA RECIENTEMENTE DICTADA PARA LAS CONCESIONES

El 18 de diciembre de 2008 se aprobó el Decreto de Urgencia N° 047-2008 que dictó disposiciones extraordinarias para facilitar las Asociaciones Público – Privadas que promueva el Gobierno Nacional en el contexto de la crisis financiera internacional

El Decreto de Urgencia declara de necesidad nacional y ejecución prioritaria por parte de PROINVERSIÓN, los siguientes procesos de promoción:

- Puerto de Paita
- Puerto de San Martín (Pisco)
- Puerto de Salaverry
- Puerto de Pucallpa
- Puerto de Iquitos
- Puerto de Yurimaguas
- Autopista del Sol, Tramo Trujillo – Sullana Carretera IIRSA Centro (Evitamiento Ramiro Prialé – Puente Ricardo Palma, La Oroya – Huancayo; La Oroya – Pucallpa)
- Aeropuertos Regionales - Segundo Grupo
- Proyecto Especial Majes – Siguas
- Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Taboada
- Proyecto Especial Chavimochic (agronegocios)

Muchos de estos proyectos ya están convocados y en pleno proceso de licitación o concurso, ciertamente algo paralizados por las opiniones previas con “tiempos muertos” o rediseño de los proyectos.

El Decreto de Urgencia recoge las siguientes disposiciones extraordinarias aplicables únicamente a los proyectos anteriormente mencionados:

- Declaración de viabilidad de los proyectos.- Puede ser otorgada con estudios a nivel de prefactibilidad. Según el marco jurídico vigente tienen que ser proyectos ya declarado viables.
- Cofinanciamiento y garantías financieras.- Se establece que el monto máximo de cofinanciamiento, así como el monto máximo de garantías financieras que pueden ser otorgadas por el Estado, será informado por el Ministerio de Economía y Finanzas a PROINVERSIÓN dentro de un plazo de quince días hábiles a partir de la vigencia de esta norma.
- Una vez establecidos dichos montos máximos, corresponde al Consejo Directivo de PROINVERSIÓN priorizar y decidir la asignación del cofinanciamiento y de las garantías financieras a cada uno de los proyectos mencionados. Asimismo, PROINVERSIÓN tiene la decisión acerca del otorgamiento de garantías contractuales no financieras sobre estos proyectos.
- Opiniones previas.- Las opiniones previas de los organismos reguladores y de la Contraloría General sólo se efectuarán respecto de la versión final del contrato de concesión y únicamente respecto de aquellos aspectos de su estricta competencia. El plazo para emitir dichos informes será de diez días hábiles (originalmente era de quince días hábiles) a partir de la recepción de la solicitud correspondiente. No pueden pronunciarse sobre el diseño de la transacción y/o el proceso de promoción, por ser de competencia exclusiva de PROINVERSIÓN.
- Contratación de estudios de consultoría.- Se promueve la contratación de estudios de consultoría para diseñar los procesos de promoción, a través de un nuevo reglamento de contratación. Estos procesos serán llevados a cabo mediante concursos por invitación, y no podrán demandar más de cuarenta y cinco días naturales. Además pueden celebrarse convenios con organismos multilaterales para la contratación de los mencionados estudios, previo acuerdo de Consejo Directivo.

«Muchos procesos son encargados a PROINVERSIÓN sin la realización de estudios previos o se inician procesos que incluyen diseños elaborados con estudios que son claramente inconducentes»

- Plazo máximo de los procesos de promoción.- La presentación de ofertas técnicas y económicas dentro de los procesos de promoción a cargo de PROINVERSIÓN, deberán efectuarse en el plazo máximo de seis meses, contados a partir de la finalización de los estudios paralelos al diseño del proceso de promoción, lo cual no puede exceder del 31 de diciembre de 2009.
- Reducción de exigencias legales.- A partir de la vigencia del Decreto de Urgencia los siguientes actos requerirán únicamente de su aprobación mediante Acuerdo del Consejo Directivo de PROINVERSIÓN:
  - a) Aprobación de la modalidad de promoción de la inversión privada y sus modificatorias.

- b) Aprobación de Plan de Promoción y sus modificatorias.
- c) La designación de miembros de los Comités Especiales.
- d) Autorización de viajes al exterior con motivo de actividades de promoción.

Estas disposiciones parecen muy convenientes para agilizar los procesos de promoción de la inversión privada de los procesos. Si se verificara el cumplimiento de estos doce proyectos, se ayudaría a remontar el grave déficit de infraestructura existente en el Perú. La gran pregunta es ¿por qué la misma Ley de APPs y su Reglamento no recogen estas disposiciones para todos los procesos? CA