

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**“El control de la función administrativa en los procedimientos
de evaluación de las iniciativas privadas: En defensa del
interés privado y del interés público”**

**Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la
Empresa con especialidad en Regulación de Negocios**

AUTOR

Ronald José Pinto Tagle

ASESOR

Hebert Eduardo Tassano Velaochaga

JURADO

Vicente Alberto Cairampoma Arroyo

Alejandro Martín Moscol Salinas

Hebert Eduardo Tassano Velaochaga

LIMA – PERÚ

2015

Resumen

Las iniciativas privadas son mecanismos de promoción de la inversión privada que el Estado fomenta como instrumento de desarrollo, dentro del modelo constitucional económico “Economía Social de Mercado”, por tanto las decisiones administrativas deben estar orientadas a promoverlas y generar incentivos para la presentación de propuestas de proyectos por este medio..

La presente investigación estudia los procedimientos administrativos de evaluación de las iniciativas privadas y el rol de la administración pública. Las iniciativas privadas son calificadas normativamente como peticiones de gracia debido al contenido discrecional de la decisión administrativa que las califica, por lo que se analizan las implicancias y los alcances de esta naturaleza jurídica en el procedimiento administrativo, y como su aplicación irrestricta puede afectar derechos de los administrados vigentes en normas de rango legal y constitucional.

Sin perjuicio de la naturaleza de petición de gracia, las iniciativas privadas son procedimientos administrativos y por tanto son aplicables la Ley de Procedimiento Administrativo General, la Constitución y las normas que rigen la función pública, éstas garantizan el interés público, los derechos del proponente, limitan las prerrogativas públicas y evitan que la discrecionalidad de las decisiones administrativas se convierta en arbitrariedad lo que resulta contraproducente a la promoción de la inversión privada. En este sentido se analizan los diversos tipos de control aplicables a las actuaciones administrativas que son parte de este procedimiento, que en el caso de contener elementos discretionales adquieren una particular importancia e intensidad.

Palabras clave: Iniciativas privadas, discrecionalidad administrativa, control de la discrecionalidad, petición de gracia.

Abstract

Private Initiatives (Unsolicited Proposal) are mechanisms to promote private investment that the government impulse as a development tool, within the economic constitutional model "Social Market Economy", therefore, administrative decisions must be oriented to foster and create incentives for the presentation of projects proposals in this way.

This research studies the administrative procedures of Private Initiatives assessment and the role of public administration. Private initiatives are usually qualified as grace petitions (applications for clemency) because of the discretionary factors included in the administrative decision that qualify them,, accordingly the implications and scope of this legal status in the administrative procedure are analyzed, in addition how the unrestricted application of this may affect rights of private in current legal and constitutional rules.

Notwithstanding the nature of grace petition, private initiatives are administrative procedures and therefore are applicable the General Administrative Procedure Act, the Constitution and the rules of civil service, they guarantee the public interest, the proponents rights, limit public prerogatives and prevent the discretionary power of public administration becomes in arbitrarily, it produce adverse effects to the private investment promotion. In this regard the various types of control applicable to administrative behavior that are part of this procedure are studied, in the case contain discretionary elements acquire particular importance and intensity.

Key Words: Unsolicited Proposal (Private Initiatives), discretionary of public administration, discretionary control, grace petition (applications for clemency).

Agradecimientos

A mi madre, por su protección, apoyo y energía que todo lo hizo posible.

A mi abuela, por creer con amor y entender con inteligencia.

A Verónica, por su implacable impulso y su aporte incansable.



ÍNDICE

Introducción	1
Capítulo I	3
Iniciativas Privadas de inversión pública	
1. Nociones preliminares	3
1.1 Concepto	3
1.2 La evolución del rol del Estado frente a la promoción de la inversión e Iniciativas Privadas	5
1.3 Naturaleza jurídica	9
2. Iniciativa Privada como petición de gracia	13
2.1 Derecho de petición	14
2.2 Petición administrativa y Petición de gracia	15
2.3 Petición de gracia en el derecho constitucional	18
2.4 Petición de gracia en la Administración Pública	20
3. Fundamento constitucional	24
3.1 Marco constitucional	24
3.2 Economía social de mercado	26
3.3 Política sobre proyectos de inversión pública	31
Capítulo II	31
Procedimiento de las Iniciativas Privadas	
1. Regulación de la Iniciativa Privada en el ordenamiento jurídico peruano	37
1.1 Normativa sobre la promoción de la inversión privada e Iniciativas Privadas	37
1.2 Incorporación normativa de las Iniciativas Privadas	41
1.3 Aplicación de la normativa del procedimiento administrativo general en el procedimiento de las Iniciativas Privadas	47
1.4 Casos especiales de regulación de las Iniciativas Privadas	50

2.	Análisis del procedimiento de las Iniciativas Privadas	55
2.1	Consideraciones iniciales	56
2.2	Análisis y descripción del procedimiento de la Iniciativa Privada	58
2.2.1	Identificación de la entidad competente	60
2.2.2	Elaboración del proyecto	61
2.2.3	Presentación de la Iniciativa Privada y admisión a trámite	64
2.2.4	Relevancia y evaluación del proyecto	66
2.2.5	Declaratoria de interés	73
2.2.6	Proceso de selección en caso de terceros interesados	78
2.3	Beneficios de ser el proponente de una Iniciativa Privada	79
Capítulo III		82
El régimen de las Iniciativas Privadas y la actuación de la Administración Pública		
1.	Diseño del procedimiento administrativo	82
1.1	Identificación de actos administrativos y otras actuaciones de la administración	83
1.2	Individualidad de los actos administrativos	87
1.3	Impulso del procedimiento y plazos	92
1.4	Autoridades administrativas encargadas de conducir el procedimiento	94
2.	Decisiones de la Administración Pública	97
2.1	Discrecionalidad	97
2.2	Alcance del control de las facultades regladas y no regladas	100
2.3	Revisión de decisiones en sede administrativa	104
2.4	Aplicación de la revocación y nulidad de oficio	107
2.5	Control en sede judicial	112
2.5.1	Necesidad de control judicial de las prerrogativas públicas	112

2.5.2	Control de constitucionalidad y legalidad	113
2.5.3	Prohibición de revisión en sede judicial	114
2.5.4	Legitimación activa del proponente	116
2.6	Criterios orientadores y elementos de juicio de la Administración Pública	118
2.7	Interés público como determinante de la elegibilidad de un proyecto	120
3.	Derechos de los administrados	122
3.1	Derechos fundamentales vinculados a las Iniciativas Privadas	122
3.2	Relevancia de los principios (del procedimiento administrativo y del derecho administrativo)	123
3.3	Derechos vinculados al acto administrativo	128
4.	Deberes de la Administración Pública acerca de la promoción de la inversión privada	130
	Conclusiones	134
	Bibliografía	137
	Anexo I	142

Introducción

El presente trabajo estudia los procedimientos de evaluación de las Iniciativas Privadas y la función administrativa involucrada, a partir del análisis de las implicancias y alcances de la naturaleza jurídica que normativamente se ha asignado a las iniciativas privadas - petición de gracia – y la discrecionalidad de la administración pública que forma parte de estos procedimientos; para ello se ha considerado los derechos de los proponentes como administrados y los factores relacionados con la discrecionalidad que pueden generar desincentivos para los inversionistas.

Las iniciativas privadas son un instrumento de la política de promoción de la inversión privada, que constituye un elemento gravitante en el sistema económico para la satisfacción de necesidades de interés público que los mismos privados pueden identificar y satisfacer, compartiendo con el Estado el interés en desarrollar el proyecto y en mayor o menor medida el riesgo de llevarlo a cabo. En consecuencia es de interés del Estado propiciar la presentación de iniciativas privadas, y por tanto contar con un régimen normativo que las incentive. Partiendo de esta premisa se analiza el procedimiento de evaluación de las iniciativas privadas, sin perder de vista la necesaria coexistencia de la discrecionalidad administrativa que las califica con la aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo General la misma que como norma rectora de la función administrativa garantiza el interés público propio de la declaratoria de interés, los derechos del administrado y evita que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad.

El primer capítulo de la investigación da alcances sobre la definición de las iniciativas privadas y las instituciones jurídicas que pueden emplearse para explicarlas, desarrollando finalmente las características de las peticiones de gracia como integrantes del ordenamiento jurídico. Asimismo se explica cómo ha evolucionado la presencia de las iniciativas privadas en nuestro medio para evidenciar su trascendencia hoy en día, siendo este consenso un factor en las decisiones de la administración pública.

El segundo capítulo presenta el procedimiento administrativo de evaluación de las iniciativas privadas que lleva a cabo la administración pública en los tres niveles de

gobierno, examinando el régimen normativo que da paso a la presentación de los proyectos y se verifica paso por paso el procedimiento, lo que sirve para identificar las etapas más problemáticas desde la perspectiva del administrado, donde la administración pública tiene mayor margen de decisión, que finalmente puede incentivar o desincentivar la generación de estas propuestas.

El tercer y último capítulo, explica la función de la administración pública en el marco de este procedimiento, para ello se toma en cuenta cada actuación de la administración pública y se precisa el significado de la discrecionalidad, para evidenciar la pertinencia de los controles en sede administrativa y judicial sin perjuicio de su naturaleza graciable, así como la necesidad de la conducción del procedimiento administrativo de forma congruente con los principios generales del derecho y la normativa aplicable a los procedimientos administrativos, que garantiza el interés del privado y la finalidad pública de este procedimiento.

Se expone finalmente que la naturaleza de la petición de gracia es aplicable en lo que sea pertinente por la existencia de elementos discrecionales, que caracterizan ciertas decisiones de la autoridad administrativa pero que no pueden desconocer la presencia de criterios orientadores de sus decisiones dentro del modelo económico constitucional. Esta discrecionalidad no se encuentra contrapuesta con la plena vigencia de los derechos del administrado y las limitaciones a las prerrogativas públicas, además estos conducen a preservar la finalidad pública del procedimiento e incentiva la presentación de propuestas por este mecanismo.

Capítulo I

Iniciativas privadas de inversión pública

1. Nociones preliminares

1.1 Concepto

En nuestro ordenamiento legal se ha contemplado la posibilidad de que los privados (personas naturales, jurídicas o consorcios) propongan al Estado, en cualquiera de sus tres niveles de gobierno, alternativas de inversión que involucren “posibilidades innovativas de infraestructura, servicios públicos o emprendimientos sobre recursos públicos que, siendo de interés empresarial del proponente, también prioritarias para el interés público”¹, se materializan mediante la presentación de “iniciativas privadas”.

Se ha entendido tradicionalmente que esta propuesta de inversión incide en recursos del Estado, bienes de naturaleza pública, bienes de titularidad de alguna entidad pública y servicios cuya prestación es encargada al Estado o sobre los cuales posee titularidad, conformando una característica de las iniciativas privadas. Sin embargo no es posible definirla por esta peculiaridad, ya que existen iniciativas privadas sobre servicios complementarios a los servicios públicos, proyectos de innovación tecnológica y tecnología aplicada, según se ha regulado recientemente. De forma general se puede entender a las iniciativas privadas como procedimientos por los cuales un privado realiza una propuesta de inversión al Estado, pero ampliar este concepto resulta difícil por la diversidad de propuestas que creativamente el privado pueda realizar dentro del marco legal.

La iniciativa privada para los particulares constituye una facultad para desarrollar proyectos de inversión pública que hayan identificado, desde ésta perspectiva nos encontramos frente al derecho del administrado de formular una petición administrativa, específicamente una petición de gracia, que se fundamenta en el Artículo N° 2 inciso 20) de la Constitución Política y en el Artículo N° 106 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento

¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos, “Las concesiones de infraestructura a iniciativa de inversionistas”, En: *Iust et Veritas*, N° 35, Lima, diciembre, 2007, pág. 157.

Administrativo General. Este derecho se concreta en un procedimiento donde la administración pública tiene la tarea de evaluar la petición de acuerdo a la regulación específica y declararla de interés en el caso que se adecúe a los lineamientos y políticas públicas que se prioricen, de forma que sea llevada a cabo por el proponente o por un tercero. Este es el concepto sobre el cual se desarrollará el presente trabajo.

Las materias sobre las cuales puede presentarse iniciativas privadas son difíciles de clasificar y enumerar, pudiendo ser actividades típicamente públicas (servicios públicos) o actividades privadas que contribuyan a alcanzar objetivos del Estado. La Ley marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada aprobada por Decreto Legislativo N° 1012 (en adelante Decreto Legislativo N° 1012) en la definición contenida en el Artículo N° 3 (Definición de las Asociaciones Público-Privadas) indica cuáles son los objetos de las Asociaciones Público-Privadas, lo que también es útil para delimitar los proyectos de iniciativas privadas (que originan contrato de Asociaciones Público-Privadas) como son crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública y proveer servicios públicos. En la Ley N° 30167 que modifica el Decreto Legislativo N° 1012 se ha incluido como objeto de los proyectos a los servicios relacionados a los servicios públicos (no llegan a ser servicios públicos sino que se encuentran vinculados o son complementarios), proyectos de investigación aplicada e innovación tecnológica.

Desde otro punto de vista, la iniciativa privada es por sí misma un proyecto original elaborado por el privado cuya realización comprende beneficio propio e interés para la comunidad y que es propuesto al Estado. Ahora bien, desde la óptica del Estado y de la administración pública las iniciativas privadas son un mecanismo de promoción de la inversión privada, para las cuales se ha contemplado un procedimiento administrativo mediante el cual se analizará la pertinencia de llevar a cabo el proyecto a la luz del interés público y su rentabilidad social. De este modo, las iniciativas privadas pueden ser definidas partiendo de un enfoque procedimentalista: “un procedimiento administrativo especial, mediante el cual se le da la oportunidad al sector privado para que presente propuestas originales referidas a proyectos de obra pública, concesión de obra pública,

explotación de servicio público u otra técnica contractual, que tiendan a interpretar las necesidades de interés general individualizadas o no por el sector público”².

1.2 La evolución del rol del Estado frente a la promoción de la inversión e iniciativas privadas

En esta parte del trabajo, se describe como el rol del Estado ha cambiado dando cabida y protagonismo a los privados, esto nos sirve para conocer la posición del Estado desde una perspectiva histórica, política y constitucional, que se traduce no solo en una labor legislativa sino en un comportamiento a nivel ejecutivo. El desarrollo normativo intenta crear un sistema de promoción de la inversión privada de forma transversal a los órganos estatales y trasciende del consenso político a la actividad efectiva de los funcionarios de la administración pública, motivo por el cual resulta útil conocer el proceso histórico que ha dado este resultado unánime.

El régimen de las iniciativas privadas se ha desarrollado en una gran cantidad de países bajo diversos mecanismos, a la luz de la nueva relación entre la administración pública y la sociedad, originados como consecuencia del rol del Estado promotor de la inversión.

La crisis del modelo estatista de gobierno, donde el Estado asumía la titularidad y gestión de los servicios públicos, desarrollaba la infraestructura por su cuenta y riesgo bajo los criterios de necesidad e interés público que consideraba relevante dentro de la ideología del Estado Benefactor³, y la crisis del Estado de Bienestar de las economías occidentales de los años 70 del siglo XX, derivó de forma pendular en la economía monetarista de libre mercado⁴ acompañado de fórmulas de privatización y desregulación, las mismas que han sido desarrolladas progresivamente en la economía de países occidentales durante la última cuarta parte del siglo XX.

Es así como se va gestando un nuevo modelo de gestión pública y un nuevo enfoque del desarrollo de la infraestructura y servicios públicos, el cual necesitaba de mayor

² MUÑOZ, Ricardo Alberto, *La iniciativa privada como instrumento de desarrollo infraestructural en la Argentina: a la luz del Decreto N° 966/2005*, Rap, Buenos Aires, 2009, pág. 29.

³ MERTEHIKIAN, Eduardo, *La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 1.

⁴ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César, *Derecho Constitucional Económico*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, pág. 232.

intervención del sector privado tanto en la gestión como en el financiamiento, fenómeno que se produjo en Estados Unidos de Norteamérica luego de que la administración de Ronald Reagan realizó una reforma para frenar el gasto público, asimismo en Gran Bretaña durante el gobierno de Margaret Thatcher, el resultado es un nuevo esquema de colaboración público-privada, entendido como la colaboración entre el sector público y el sector privado para desarrollar proyectos de infraestructura y provisión de servicios públicos, mediante técnicas contractuales y de concesiones donde se distribuyen riesgos, involucran técnicas de fiscalización y se desplaza las actividades gestión del sector público al sector privado; este esquema “[...] constituye la respuesta dada por Gran Bretaña a los problemas de financiación de las obras públicas y de la provisión de servicios surgidos en los años 80 y 90 del siglo pasado, marcados por el elevado déficit fiscal y por una serie de políticas de recorte presupuestario”⁵.

Desde la etapa de las privatizaciones masivas en los años 80 a nuestros días, la evolución de la colaboración pública-privada ha perfeccionado el “equilibrio entre la iniciativa privada y la necesaria fiscalización e implicación del sector público en la provisión de los servicios e infraestructura básicos, de los cuales, no olvidemos, es responsable éste último”⁶.

Este proceso se vivió en Perú: el modelo estatista implantado con mayor rigidez en el gobierno de Juan Velasco Alvarado (1968-1975) y las políticas públicas propias del Estado benefactor y asistencialista que se consolidaron en el gobierno de Alan García Pérez (1985-1990), al amparo de la Constitución Política aprobada en 1979 (esta es la primera en desarrollar una Constitución económica formal)⁷, pusieron en evidencia la necesidad de una reforma del sistema económico donde el Estado tenga un rol diferente, motivo por el cual a partir de 1990 se dicta un paquete de reformas inspiradas en el Consenso de Washington, que posteriormente se constitucionalizan mediante el Congreso Constituyente Democrático que elabora la Constitución Política de 1993⁸.

⁵ En referencia al esquema de colaboración público – privada denominado *The Private Finance Initiative*, desarrollado en: DORREGO DE CARLOS, Alberto y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco, “La colaboración público-privada”, En: *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 41.

⁶ Loc. cit., pág. 40.

⁷ KRESALJA, B. y OCHOA, C., *Derecho Constitucional...*, Ob. cit., pág. 232.

⁸ *El proceso de privatizaciones en el Perú durante el período 1991-2002*, RUIZ CARO, Ariela, Santiago, 2002. Disponible en: <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/2/10712/LCL1762PE.pdf> (visitado el 04.04.14).

La estrategia económica resaltante del gobierno de Alberto Fujimori (1990-2000) fue la adherencia que mantuvo a los principios de libre mercado, lo que supuso una transformación para la economía peruana⁹. Inicialmente estos cambios se concibieron como una reforma liberal, privatizadora y desreguladora de la economía, que iban acompañados por reglas de libre mercado y protegidos por la Constitución Política de 1993, estos dieron paso a un marco legal de “promoción de la inversión privada desde la perspectiva de la iniciativa estatal, antes que en la iniciativa privada”¹⁰. A su vez, en este periodo se crea la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI), con el objetivo de privatizar las empresas públicas buscando incentivar de este modo la inversión privada, ya sea nacional o extranjera¹¹. Luego de esta primera oleada de privatización que son clasificadas como absolutas (ventas de activos y empresas estatales) se inició un proceso de privatizaciones que la doctrina denomina relativas (concesiones de obras y servicios públicos) donde la labor del Estado radica en regular la actividad del sector privado¹² y aun cuando ésta labor de policía se dio en algunos sectores con severidad, no ha implicado hasta la fecha volver a implantar medidas estatizadoras.

Finalmente, desde el Gobierno de Alejandro Toledo Manrique (2001-2006) se promovió la inversión privada a partir de la iniciativa privada con un relativo éxito, donde el rol del Estado era eminentemente promotor y la tarea de la administración pública era la de fomento, sin perjuicio de la labor fiscalizadora de los organismos reguladores.

El papel del Estado en la economía no se redujo a ser un simple observador o árbitro verificador del cumplimiento de las reglas del mercado, sino que ha facilitado y orientado la inversión privada, sea de iniciativa estatal o de iniciativa de los privados; en el último de los casos se busca que los propios privados identifiquen las necesidades de infraestructura y provisión de servicios básicos de interés para el Estado. El siguiente paso en ésta evolución son las iniciativas privadas cofinanciadas que requieren

⁹ PARODI TRECE, Carlos, *Perú 1960-2000 políticas económicas y sociales en entornos cambiantes*, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima, 2013, pág. 257.

¹⁰ MARTIN TIRADO, Richard, “Balance y perspectivas del régimen de las iniciativas privadas en el Perú”, En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 8, Lima, noviembre, 2009, pág. 341.

¹¹ PARODI TRECE, C., Ob. cit., pág. 278.

¹² MERTEHIKIAN, E., Ob. cit., pág. 9.

participación del Estado en el riesgo y financiamiento de las mismas (la gestión siempre recae en el privado).

En este contexto, se publicó el Decreto Supremo N° 127-2014-EF que aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, la primera norma que completa el marco legal necesario para la presentación, evaluación y tramitación de las iniciativas privadas cofinanciadas, ya que previamente fue regulado por la Ley de Presupuesto Anual para el ejercicio fiscal 2013 y la Ley de Presupuesto Anual para el ejercicio fiscal 2014 de forma temporal y restringida. En esta se señala de manera específica el destino al que deben orientarse las iniciativas privadas cofinanciadas: cubrir el déficit de infraestructura pública, cubrir el déficit de servicios públicos, prestar los servicios vinculados a la infraestructura pública y servicios públicos, y proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica¹³. Además, al interpretarse esta norma se puede afirmar que una iniciativa privada cofinanciada no sería viable si es que tiene por único objeto la operación o mantenimiento de una infraestructura pública ya existente, sin incrementar la capacidad de atención a los usuarios, porque no estaría contribuyendo, en estricto, a cubrir el déficit de infraestructura o de servicios públicos¹⁴.

Como se observa, en el Perú la promoción de la inversión privada se ha convertido en una política pública, que ha instaurado diversas formas de intervención privada como mecanismo de generación de bienestar por medio de la provisión privada de infraestructura, servicios públicos y diversos aportes, entre las que se encuentran las iniciativas privadas. Ello se articula en el sistema jurídico constitucional con otras instituciones de consenso como la subsidiariedad del Estado, la libre iniciativa privada, la propiedad privada, la libertad de empresa, entre otros. Todo ello influye en la aplicación de las normas y más aún cuando estas dan un espacio para la discrecionalidad y apreciación del mérito, oportunidad y conveniencia.

¹³ Artículo N° 14 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Supremo N° 127-2014-EF, El Peruano, 31 de mayo del 2014.

¹⁴ NALVARTE SALVATIERRA, Pierre, "Listo nuevo marco legal promotor – Parte I. Iniciativas privadas cofinanciadas", El Peruano, Lima, 05 de agosto del 2014, Jurídica 3-5.

1.3 Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de una iniciativa de gracia de acuerdo a la normativa es la de una petición de gracia por su alto componente discrecional, sin embargo el análisis no se termina en lo que el legislador ha consignado, ya que es una figura compleja, de donde se desprenden derechos en mayor o menor medida según se le califique y considere. En razón de ello se pueden apreciar distintas posturas en la doctrina que evidencian que las iniciativas privadas pueden ser identificadas con otras instituciones jurídicas, como se desarrolla en este apartado; en el mismo sentido otros países han situado a las iniciativas privadas dentro de otras instituciones como se menciona de forma posterior.

Las iniciativas privadas concebidas como un régimen tienen una doble perspectiva de análisis, desde un punto de vista formal o adjetivo la iniciativa privada es un “procedimiento administrativo especial”, que finaliza en la aceptación de la iniciativa privada y que se particulariza por dar al proponente una serie de prerrogativas, entre otras características particulares; un segundo punto de vista es el sustantivo o de fondo, que concibe a la iniciativa privada como una materialización de la “actividad de fomento” que el Estado se irroga para promover o proteger ciertas actividades de interés público, como por ejemplo la inversión privada por iniciativa de los particulares¹⁵, esto ayuda a entender el fundamento de las prerrogativas del Estado y su sustento político-económico, así como su aptitud para intervenir en la economía como promotor, pero no la esencia de la iniciativa privada misma¹⁶.

Este procedimiento administrativo especial aplicable para las iniciativas privadas tiene características adicionales que se pueden sintetizar, según Martín TIRADO, en las siguientes¹⁷:

- Faculta a cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, sola o consorciada.

¹⁵ GOROSTEGUI, Beltrán, “Régimen nacional de iniciativa privada”, En: *Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Rap, Buenos Aires, 2006, pág. 302-303.

¹⁶ Ver *Infra*, Política sobre proyectos de Inversión Privada, en el punto 3.3 del Capítulo I.

¹⁷ MARTIN TIRADO, Richard, “Las iniciativas privadas en el proceso de promoción de la inversión privada”, En: *Revista Peruana de Derecho Administrativo de la Asociación de Estudios en Derecho Administrativo*, N° 2, Lima, 2007, pág. 20.

- Una vez que se llega a declarar la iniciativa privada de interés público, se posibilita la ejecución del proyecto por medio de concesiones de obra o servicio público.
- Reduce la carga de la administración en tanto que la iniciativa privada no requiere de estudios previos (propuesta, diseño de proyecto, estudios de mercado, datos estadísticos, entre otros) pues el proponente es quien deberá generar dicha información o bien obtenerla solicitándola a la administración. Una vez declarada de interés y habiendo terceros interesados en el proyecto distintos al proponente, recaerá en la administración la obligación de elaborar las bases administrativas del concurso.
- La propuesta debe contener todos los aspectos contractuales, económicos, financieros y técnicos.

Sin embargo, la naturaleza de una iniciativa privada no puede reducirse a la de un procedimiento, entendido este como una serie de etapas concatenadas y sucesivas; sino más bien se puede observar que estamos frente a varios procedimientos progresivos, simultáneos y alternativos, que transcurren desde que se presenta el proyecto hasta que se ejecuta, donde están incluidos la etapa de evaluación, la declaratoria de interés, las consultas a las demás entidades involucradas, la negociación del contrato e inclusive un procedimiento de selección en caso de terceros interesados con características particulares.

Siguiendo a MORÓN URBINA, las iniciativas privadas se pueden clasificar como tratativas preliminares a un eventual contrato, donde el iniciador como parte formula un proyecto y lo propone, para que la otra parte que viene a ser el Estado evalúe el proyecto (incluso pedir modificaciones) y pueda celebrar el contrato. El autor señala que: “La iniciativa privada tiene cabida en la fase previa prenegocial o preparatoria, siendo una forma de tratativa preliminar entre el iniciador y la autoridad administrativa competente para analizar la propuesta y definir la existencia o no de interés general en el negocio”¹⁸.

Esta calidad de tratativa preliminar permite explicar la posibilidad de que el proyecto pueda ser rechazado por la autoridad administrativa, ya que al ser una etapa precontractual, no compromete a la suscripción del contrato; el iniciador también puede decidir si finalmente suscribe el contrato, sin embargo al haber hecho la propuesta e

¹⁸ MORÓN URBINA, J. C., “Las concesiones...”, Ob. cit., pág. 161.

iniciar el procedimiento administrativo, asume un compromiso de mantener dicha oferta y se le asigna responsabilidad, de forma que al retractarse se le castiga (mediante una sanción, ejecución de garantía o bien perdiendo la posibilidad de que los gastos de elaboración efectuados le sean compensados), este condicionamiento al derecho del proponente es una materialización de la buena fe que se espera en toda etapa precontractual.

Si bien, de forma subjetiva y sustantiva, se puede asignar a la iniciativa privada como una forma de tratativa preliminar y de este modo lograr explicar la necesidad del futuro acuerdo de voluntades, mas no se alcanza a explicar otras particularidades, como por ejemplo si entendemos a la declaratoria de interés como la voluntad afirmativa del Estado de llevar a cabo el proyecto, si estuviéramos ante una negociación precontractual, esta declaratoria constituiría de inmediato la celebración del contrato, pero a diferencia de ello esta no implica la celebración del contrato necesariamente, porque podrán incluirse terceros interesados. Además, existe una evidente asimetría del poder de negociación, donde el Estado tiene casi todas las prerrogativas como conductor del procedimiento administrativo más que como parte contractual.

Ahora bien, la propuesta del proyecto al Estado, encuentra fundamento en una facultad otorgada a los ciudadanos, por lo que subjetivamente la iniciativa privada es la expresión de un derecho, que tiene procedimiento de evaluación establecido que viabiliza el proyecto. Este derecho comprende la presentación del proyecto, la respectiva evaluación por autoridad competente, la emisión de actos administrativos sujetos a derecho, el reconocimiento de la autoría y los gastos efectuados; queda excluido el derecho de aceptación de la propuesta que está en la esfera de la discreción de la administración pública, por ello se le ha querido situar dentro de las peticiones de gracia. Cabe mencionar que el ordenamiento peruano al regular el procedimiento administrativo le ha conferido la naturaleza de petición de gracia para resaltar la discrecionalidad de la administración pública en la aprobación o desestimación de la propuesta, lo que no significa necesariamente que la institución jurídica del régimen de las iniciativas privadas se circunscriba a ser una petición de gracia. La iniciativa privada como derecho se sostiene en otros derechos como el de petición, de intervención en la economía, libertad de empresa y en el modelo económico del Estado que asegura la subsidiariedad y la promoción de la inversión privada.

De lo anterior se desprende otro derecho, al ser un proyecto novedoso e innovativo, cuya autoría genera un derecho que favorece al proponente, este derecho es reconocido en el procedimiento pues si un tercero es seleccionado para desarrollar el proyecto, deberá compensar los gastos y esfuerzos del proponente, asimismo se protege este derecho y la preeminencia de su postulación mediante la reserva y discreción a la que está obligada la administración pública mientras evalúa el proyecto hasta el momento de la declaración de interés, aun en el caso de la inclusión de la propuesta en el banco de proyectos no se desconoce su autoría. Cabe precisar, que los elementos involucrados en la iniciativa privada para que sean protegibles, deben tener aplicación industrial conforme a la normativa es un requisito indispensable para la patentabilidad; sin embargo, los secretos no industriales podrían encontrar protección en las normas de derechos de autor a pesar de no estar registrados en INDECOPI¹⁹.

De forma adicional, se pueden mencionar otras legislaciones que optan “por permitir la presentación de proyectos por parte del sector privado, pero desinteresando al iniciador con la adquisición de su proyecto en caso de resultar de interés para la Administración”²⁰, donde el régimen de iniciativas privadas se reduce a ser una facultad del privado para presentar y vender un proyecto al Estado, cuya naturaleza en este tipo de diseño normativo resulta ser principalmente contractual (compraventa de un producto que es el proyecto).

Finalmente, el régimen de intervención privada en proyectos públicos se puede incluir en la regulación jurídica bajo otras modalidades, por ejemplo como parte de las contrataciones públicas originadas por particulares, se puede citar el caso venezolano que regula éste régimen denominado “Licitaciones originadas por particulares” por medio de la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones, o bien el caso de Colombia que regula la participación privada en los contratos estatales por iniciativa privada asignándole naturaleza jurídica de oferta de contratar (Estatuto de Contratación Pública).

¹⁹ MERCADO NEUMANN, Edgardo, “Los secretos comerciales y el know how en las iniciativas privadas de inversión”, En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 7, Lima, mayo, 2009, pág. 403.

²⁰ GOROSTEGUI, B., Ob. cit., pág. 305.

Las diversas regulaciones han incluido la iniciativa privada en su ordenamiento como un régimen legal donde el privado propone un proyecto que puede ser desarrollado y ejecutado por el mismo iniciador, otorgándole algunas ventajas en el proceso de selección ulterior de ser el caso (como mecanismo para promover la presentación de iniciativas privadas y la creación de propuestas innovadoras que pongan en valor los activos estatales), caso en el que la iniciativa privada adquiere características de proyecto, propuesta de oferta competitiva, tratativa precontractual, de petición de gracia, de procedimiento complejo y/o una facultad del administrado que involucra interés social.

De acuerdo al Decreto Legislativo N° 1012 las iniciativas privadas tendrían el carácter de peticiones de gracia, precisando que se aplica en lo que sea pertinente, que el derecho del proponente se agota con su ejercicio sin posibilidad de impugnación en sede judicial o administrativa y que mantienen ese carácter hasta que se dé inicio el proceso de selección. Esta asignación normativa del carácter de la iniciativa privada se debe entender de forma coordinada con los demás mandatos constitucionales y legales, en especial aquellos que atañen a la relación del administrado frente a la administración. Para preservar la constitucionalidad y concordancia con el sistema normativo, se debería entender que la precisión realizada en el Decreto Legislativo N° 1012 sobre la aplicación de la naturaleza de petición de gracia “en lo que sea pertinente”, debe entenderse que dicha naturaleza aplica para los aspectos netamente discrecionales (con las reservas explicadas en el Subcapítulo 2.1 del Capítulo III del presente trabajo), pero no para todo el procedimiento, y en ningún caso desconocer la necesaria constitucionalidad y legalidad del procedimiento.

2. Iniciativa privada como petición de gracia

En esta parte de la investigación se explica que es el derecho de petición de gracia, como se regula y dentro de que derecho se halla contenido; así también se intenta describir como se ha desarrollado en nuestra legislación, con el objetivo de verificar como calza la figura jurídica con las iniciativas privadas. De forma paralela también se identifican los derechos de los administrados que derivan de la presentación de una iniciativa privada de igual forma como se identifican los deberes de la administración pública en el marco del procedimiento. En resumen se busca verificar si es posible corresponder este mecanismo con una petición de gracia, y por otro lado conocer qué derechos y deberes se generan de

forma inmediata por estar señalados de forma explícita en la Ley de Procedimiento Administrativo General y la Constitución, que son las normas que mencionan y/o desarrollan en alguna medida a las iniciativas privadas, y de forma implícita qué derechos y deberes le corresponden en el marco de un procedimiento, al proponente como administrado y la administración pública respectivamente.

2.1 Derecho de petición

La dinámica entre la administración pública y los administrados se ha instrumentalizado de distintas maneras, siendo el derecho de petición una forma de comunicación entre el ciudadano y las autoridades que implican derechos y deberes respectivamente. La petición funciona como un derecho facultativo, y si no estamos ante un derecho subjetivo específico o este no se sustenta en un interés legítimo que corresponda al administrado, estaremos ante un derecho de petición de gracia.

Los elementos objetivos del derecho de petición son la posibilidad de solicitar un beneficio a la administración pública y el derecho de obtener un pronunciamiento otorgando o no el derecho bajo criterios que pueden ser discrecionales, de oportunidad o merecimiento; los elementos subjetivos el derecho son el sujeto pasivo y activo: el sujeto pasivo de este derecho es potencialmente toda persona, pudiendo comprender como titular del derecho de petición inclusive a las personas jurídicas y personas que no han alcanzado ciudadanía²¹, siendo sujeto pasivo del derecho la autoridad administrativa a quien se la dirija y que sean competentes para realizar aquello que se les pide.

El derecho de petición implica la libertad de solicitar un beneficio a la administración pública y el derecho a obtener una respuesta de ella. Ahora bien, esta petición puede tener parámetros normativos respecto a la actuación de la administración pública que debe actuar bajo el principio de legalidad y sobre la cantidad y calidad de beneficio que el funcionario puede otorgar²²; diferente es el caso que normativamente se configuren derechos subjetivos específicos o que en el intento de desarrollar el derecho de petición,

²¹ SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo, "El derecho de petición y la administración pública en el Perú", En: Themis Época 2, N° 39, Lima, 1999, pág. 191.

²² El régimen de las iniciativas privadas se ha desarrollado normativamente creando el marco jurídico de actuación de la administración pública, precisando el procedimiento y beneficios que otorgarán al proponente, sin embargo no han creado titularidad subjetiva particular al proponente/peticionante.

el derecho positivo cree estatus jurídicamente protegidos, debido a que en este caso no se aplicaría el derecho de petición como tal sino el derecho específico, en otras palabras si existe titularidad de derecho o interés subjetivo que ampare la solicitud del administrado no se aplicaría el derecho de petición como tal.

Lo anterior no significa que el derecho de petición este desvinculado de los derechos subjetivos normativamente recogidos, sino que su ejercicio se efectuarán al amparo de otra norma, aun cuando el derecho de petición sea el género de otras peticiones existentes. Este aspecto resulta conflictivo pues aparte de la generalidad del derecho de petición se pueden haber desarrollado tipos de peticiones de acuerdo a la materia solicitada (informativa, consultiva, contradictoria), de acuerdo a la discrecionalidad del funcionario público (graciable), de acuerdo a los beneficiarios (subjetiva o cívica), estos no son diferentes del derecho de petición, ya que son esencialmente iguales y se fundamentan en el mismo derecho.

El derecho de petición jurídicamente protegido como un derecho fundamental o constitucional, puede estar o no regulado mediante normas las cuales pueden ampliarlos o limitarlos, y dar un marco de actuación a la administración pública, sin embargo este derecho tiene su fundamento en la misma condición de persona. En este sentido, comenta Roberto DROMI al referirse a los derechos subjetivos: “Los derechos preexisten a las leyes y éstas solo podrán regularlos fijando sus alcances y límites; pero aun cuando la ley no sea dictada, ya existen por imperativo constitucionales. La misión del derecho objetivo es entonces reconocer y proteger esos derechos por un lado y limitarlos por otro, aunque sólo en lo mínimo y en la medida necesaria para asegurar su mayor efectividad”²³.

2.2 Petición administrativa y petición de gracia

Lo dicho nos lleva a indicar que el derecho de petición puede ser fundamento de muchas peticiones que los administrados realicen al Estado, para efectos del presente trabajo nos vamos a referir al pedido de dar inicio a una procedimiento administrativo conocido como petición administrativa y a la petición de gracia que promueve una decisión discrecional por parte de la administración pública:

²³ DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo Tomo I*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pág. 148.

a. La petición administrativa.- Es un derecho subjetivo que faculta a promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo, que si bien no implica el otorgamiento de lo solicitado necesariamente, si genera una actuación por parte de la administración pública, este derecho “no depende de la existencia del derecho o interés sustantivo que podría sustentar la solicitud del administrado. Entonces, el derecho de petición operaría siempre en abstracto.”²⁴; sin perjuicio de que se orienten en satisfacer un derecho que el peticionante asume tener y el ordenamiento quiere dilucidar por medio de la actuación administrativa.

b. La petición de gracia.- Es aquella solicitud que el administrado hace para obtener un beneficio diferente al ejercicio de un derecho, obtención de una declaración, reconocimiento u otorgamiento de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, constancia de un hecho²⁵. En un pedido que no tiene sustento en derecho o interés legítimo, y que por tanto contempla principalmente discrecionalidad en su otorgamiento, el que es su elemento principal. Una solicitud cuya naturaleza es la de petición de gracia para su otorgamiento debe seguir un procedimiento, sin que ello suprima el contenido discrecional de la decisión final como es el caso de las iniciativas privadas. Por otro lado la discrecionalidad del otorgamiento de este pedido no se encuentra desvinculada de la razonabilidad de las decisiones de la administración, y no puede desconocer que la decisión debe orientarse por el marco legal en conjunto (por ejemplo ciertos objetivos de interés público) incluyendo parámetros contenidos en el marco legal, constitucional o político que orienten al funcionario público en su función.

Los elementos esenciales del derecho de petición de gracia son los siguientes²⁶:

- i. La discrecionalidad administrativa, que puede tener un margen de apreciación que varía según la competencia del funcionario y dentro de los estándares que debe seguir un procedimiento administrativo (principios generales del derecho y normas).

²⁴ GUZMÁN NAPURÍ, Christian, *Manual del Procedimiento Administrativo General*, Pacífico, Lima, 2013, pág. 442.

²⁵ Loc. cit., pág. 452.

²⁶ MARTIN TIRADO, Richard, “El control judicial de las peticiones de gracia: el indulto y las iniciativas privadas”, En: *Gaceta Constitucional*, Nº 31, Lima, julio, 2010, pág. 186.

- ii. La obligación de la administración de recibirla, la recepción puede tener ciertos requisitos, los que razonablemente no pueden ser un mecanismo de restricción del derecho.
- iii. La obligación de emitir pronunciamiento favorable o no, y dentro de un plazo razonable, este plazo puede estar reglado, pero en el supuesto que no lo esté no puede ser excesivo ya que ello desnaturalizaría el derecho de petición graciable, asimismo la respuesta debe tener un plazo adecuado de acuerdo a lo solicitado por tanto no existe un parámetro exacto.
- iv. Que el derecho de petición se agota con la sola presentación de la solicitud, lo que como mencionamos no significa que los deberes de la administración en relación al procedimiento administrativo desaparezcan o no apliquen los requisitos de validez del acto administrativo como tal.
- v. Inexistencia de título que habilite el pedido, interés legítimo por parte del administrado o derecho subjetivo que el ordenamiento haya otorgado de forma específica, por tanto supone la inexistencia de una vía procedimental particular para lo solicitado.

Si bien la petición de gracia tiene características particulares, sigue siendo un derecho fundamentado en el derecho de petición, que implica los derechos a presentar el pedido y el derecho a obtener una respuesta, y al ser ejercido por la administración pública no se excluye del régimen jurídico aplicable a éste sector.

Según lo visto hasta ahora, a las iniciativas privadas les puede corresponder la categoría de petición de gracia primordialmente por el contenido discrecional de la decisión final del procedimiento (declaratoria de interés) y a ello responde esa asignación hecha por la norma cuando señala que aplica en lo pertinente. Analizando los elementos esenciales del derecho de petición de gracias, a las iniciativas privadas se ajusta la discrecionalidad, la obligación de recibir la propuesta y la de responder a tiempo, sin embargo el agotamiento del derecho con la sola presentación y la inexistencia de derechos particular, no coincide exactamente con el régimen de las iniciativas privadas que regula el procedimiento de forma singular mediante el Decreto Legislativo N° 1012 y supletoriamente con otras normas como la Ley de Procedimiento Administrativo General y complementariamente con normas de rango reglamentario (Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 y Directivas) en el ámbito de entidades que regulan la presentación de

las propuestas y las funciones de sus órganos institucionales (Organismos de Promoción de la Inversión Privada) desarrollando deberes y derechos.

2.3 Petición de gracia en el derecho constitucional

El desarrollo constitucional de la petición de gracia se remonta a los inicios de nuestra propia historia constitucional, ya que esta figura se encuentra recogida en todas las constituciones que se han elaborado en nuestro país aunque con mayor incidencia y amplitud en la constitución de 1979 y 1993²⁷. La mayor innovación del artículo 2° inciso 20 con respecto a las constituciones anteriores es que se determina que la petición debe de hacerse en forma escrita para poder ser ejercitada de manera adecuada por aquel que realiza la petición.

Las principales límites a los que está sujeto el legislador con respecto a las normas que pueda crear y que debiera ejecutar la administración pública se hayan al determinar los elementos esenciales de este derecho constitucional ya sea que se trate de sus elementos objetivos o sus elementos subjetivos.

Con respecto a los elementos objetivos tenemos en primer lugar la discrecionalidad que tiene el órgano competente de la administración pública para decidir si concede o no la petición de gracia en los plazos que determina la ley por escrito, bajo responsabilidad.²⁸ De esta manera nuestra constitución no solo protege el derecho de petición sino que permite que se le entregue a la administración pública la potestad de conceder dicha petición.

Sobre el elemento subjetivo nuestra constitución señala que la petición se puede hacer de manera individual o colectiva, y a pesar que en otros ordenamientos se excluye a los integrantes de las fuerzas armadas en el nuestro no es así, el único límite lo constituye el hecho de que dichos integrantes realicen su petición de manera individual.²⁹

²⁷ LUNA CERVANTES, Eduardo, "El derecho de petición", En: *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo Tomo I*, 2da edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, pág. 309-310.

²⁸ Loc. cit., pág. 311.

²⁹ Loc. cit., pág. 315.

Para el Tribunal Constitucional, el contenido constitucionalmente protegido del derecho de petición de gracia se encuentra definido en la Sentencia recaída en el Expediente N° 1042-2002-AA/TC³⁰ como aquel contenido esencial de todo derecho protegido constitucionalmente que no puede ser modificado por el legislador, el núcleo duro constitucionalmente protegido del derecho de petición de gracia tiene dos componentes básicos: la libertad de toda persona de solicitar a la autoridad administrativa y el derecho a que se le responda; ello en contradicción de autores que señalan que el derecho se agota completamente con la presentación lo cual vuelve discrecional incluso la misma emisión de una respuesta, olvidando la existencia de que el procedimiento se ha iniciado y que implica deberes por parte de la autoridad. La sentencia del Tribunal Constitucional en mención, en síntesis reconoce “ámbitos de operatividad, dentro de los cuales uno es la petición de gracia, dirigida a la obtención de una decisión graciable, dotada de discrecionalidad y libre apreciación por parte de la autoridad administrativa”³¹

Por otro lado, el derecho de petición ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en cuanto a los elementos estructurales que componen el derecho de petición ante una entidad administrativa³², uno de los cuales responde a la naturaleza privada o pública según se trate de una petición para la protección de un derecho del peticionario por interés individual o interés de la colectividad respectivamente, a este elemento de la petición también se le conoce como de naturaleza mixta³³. La petición de una iniciativa privada (que da lugar a una asociación público-privada) se trata de un negocio para el privado que le genera rentabilidad y que a la vez reviste interés público por satisfacer necesidades públicas, por tanto posee esta naturaleza mixta.

Lo acotado en este punto, precisa los elementos de la petición de gracia protegidos por el derecho constitucional sin los cuales este derecho perdería contenido, que son el derecho

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 1042-2002-AA/TC, 6 de diciembre de 2002, sobre la acción de amparo interpuesta por Miguel Cabrera León, en representación del Sindicato Unitario de Trabajadores Municipales del Rímac, contra la Municipalidad Distrital del Rímac con objeto que se declare inaplicable la cédula de notificación N° 1954-2000 UTD.

³¹ MARTÍN TIRADO, R., “El control...”, Ob. cit., pág. 184.

³² Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 1042-2002-AA/TC, 6 de diciembre de 2002, sobre la acción de amparo interpuesta por Miguel Cabrera León, en representación del Sindicato Unitario de Trabajadores Municipales del Rímac, contra la Municipalidad Distrital del Rímac con objeto que se declare inaplicable la cédula de notificación N° 1954-2000 UTD.

³³ MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*, 9na edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, pág. 381.

de presentación y de recibir una respuesta, que se corresponden con la obligación de recibir la petición y la facultad de otorgar o no lo solicitado, sin embargo una lectura concordada con el sistema constitucional conlleva otros aspectos implícitos que sostienen estos elementos, como la obligación de responder motivadamente, responder razonablemente y evitar la arbitrariedad, organizar al personal que recibirá la propuesta, otorgar lo solicitado y materializarlo, la debida comunicación o notificación al administrado de la decisión o las observaciones. La falta de estas acciones, genera un vaciamiento del contenido protegido, y por tanto habilita al particular a solicitar la restitución del derecho, y esto es plenamente aplicable a las iniciativas privadas que tendrían esta naturaleza.

2.4 Petición de gracia en la administración pública

En este punto se va a desarrollar como la administración pública interactúa con el ejercicio del derecho de petición de gracia. Se mencionan algunos alcances sobre la función de la administración pública como la obligación y beneficio de tramitar y resolver la iniciativa privada por medio de un procedimiento administrativo y un acto administrativo respectivamente, de igual modo qué instrumentos normativos tiene la administración pública frente a una iniciativa privada incluyendo la discrecionalidad pública. También se describen los tipos de petición admisibles en nuestro ordenamiento, entre ellos las peticiones de gracia, que a su vez pueden ser diferenciados de acuerdo a la materia solicitada, ello nos sirve para ubicar a las iniciativas privadas como peticiones de gracia y las posibilidades de la labor administrativa frente a ellas.

La concretización del derecho de petición de gracia, depende materialmente de la administración pública, la que actúa en cumplimiento de la Constitución y en el ámbito legal ejerciendo una función administrativa, la que sustancialmente es un conjunto de actividades que se encaminan hacia un fin, cumpliendo las tareas que el orden político y el ordenamiento jurídico asignan al Estado “y que se traduce en una ejecución concreta y práctica.”³⁴

Por otro lado, es importante tener presente que la administración pública va a emitir un acto administrativo como respuesta a cualquier petición, el que contendrá la decisión administrativa (positiva o negativa), por tanto el acto administrativo es dictado en ejercicio

³⁴ DROMI, R., *Derecho Administrativo Tomo I*, Ob. cit., pág. 197.

de la función administrativa, sin perjuicio de la entidad que la emita, siendo en todo caso la entidad a quien se le ha dado el encargo de evaluar las peticiones³⁵. Si la competencia para evaluar dichas peticiones tiene componentes discrecionales, estaríamos refiriéndonos a una petición de gracia.

El pronunciamiento de la administración sobre la petición de gracia que el administrado solicite será transmitido mediante un acto administrativo, el cual debe ser emitido tras un procedimiento administrativo, que garantiza los derechos del peticionante y sirve de control a las prerrogativas estatales, aun en el caso de que el Estado cuente con facultades discrecionales no se puede prescindir del procedimiento administrativo, que es efectivamente el instrumento que viabiliza la interacción entre administrado y la administración, bajo todos los principios que informan al derecho procesal administrativo; como explica el autor argentino Roberto DROMI: “El procedimiento administrativo es, en suma, un instrumento de gobierno y de control. Cumple una doble misión republicana: el ejercicio del poder por los carriles de la seguridad y la legalidad y la defensa de los derechos por las vías procesales recursivas y reclamativas”³⁶.

Ahora bien, se entiende que la petición de gracia sigue un procedimiento en la administración pública, que será el regulado por la Ley de Procedimiento Administrativo General, aplicándose las reglas de todo procedimiento y supletoriamente las del ordenamiento jurídico en general que correspondan, ya que en muchos casos la aplicación literal de normas sobre los procedimientos de peticiones de gracia no es posible por no existir norma aplicable, al ser un derecho que funciona en defecto de la existencia de otros derechos específicos o intereses legítimos. Esto resulta relevante porque la petición de gracia por lo general se va a solicitar sin que exista procedimiento específico regulado, y por tanto las normas generales que regulan el procedimiento van a ser de aplicación. En el caso de las iniciativas privadas si existe un procedimiento particular regulado por norma y reglamento, además de otras normas que puedan haber emitido los organismos (este aspecto las diferencia en cierta medida de una petición de gracia definida en la doctrina), en consecuencia los vacíos en estas normas son integrados por normas generales, que cumplen una función supletoria que ayuda al funcionario público a conducir el procedimiento.

³⁵ Loc. cit., pág. 321.

³⁶ Loc. cit., ídem.

La naturaleza graciable que se asigna, no es excusa para dejar de aplicar los principios generales del derecho y las reglas del procedimiento administrativo, y en consecuencia se demandan los controles básicos de legalidad, razonabilidad y requisitos de los actos administrativos como una debida motivación, siempre a cargo de la administración pública.

El concepto de entidad pública se encuentra definido por el Artículo I del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General, asimismo la administración pública no está precisada en nuestra legislación, y solo se hace una referencia indirecta a ella mediante esta norma cuando señala a que entidades le es aplicable, empleando un criterio meramente orgánico para definir su ámbito subjetivo³⁷. En este sentido, si la petición de gracia se solicita ante cualquier entidad pública que pueda llevar a cabo procedimientos administrativos (por tanto peticiones de gracia) por sujetarse a la Ley de Procedimiento Administrativo General, se entiende que se puede presentar una iniciativa privada ante la administración pública frente a cualquier entidad según lo indicado en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Las entidades tienen obligaciones como consecuencia del inicio de una iniciativa privada. Si bien el contenido esencial de este derecho consta, como mencionamos en el punto anterior, de la libertad de presentar solicitudes a una entidad y consecuentemente la obligación de que dicha entidad emita una respuesta, esta obligación está compuesta por distintos deberes necesarios para que se cumpla cabalmente. Estos deberes, suponen además un orden donde en primer lugar se admite la petición escrita y en caso exista una observación por un error subsanable que se permita dicha subsanación en un plazo y una forma establecida; posteriormente se debe dar constancia de la recepción de la petición mediante un cargo; luego dar curso a la petición, resolver el pedido y por último comunicar lo decidido a él o los interesados

Acerca de los tipos de petición que se pueden solicitar ante la administración pública, MORÓN URBINA³⁸ nos plantea una clasificación de seis ámbitos distintos de petición:

- La petición graciable.

³⁷ Loc. cit., ídem.

³⁸ Loc. cit., pág. 382.

- La petición subjetiva que es como define el autor al derecho a la petición administrativa cuando está formulada por un particular motivado por un interés personal o por la defensa de un derecho propio.
- La petición cívica o solicitud de interés general de la colectividad, que se da cuando una persona jurídica o natural realizan una petición por un interés no individual sino difuso en favor de la colectividad.
- La petición informativa recogida por la ley como la facultad de solicitar información que se encuentra en poder de una determinada entidad, este tipo de petición es absuelta generalmente por canales de información dispuestos para las personas como atención telefónica, vía web o presencial donde brindan información.
- La petición consultiva o facultad de formular consultas, que es el poder formular consultas a cierta entidad para que explique cuáles son sus facultades o sobre que normativa se basan sus acciones. Cada entidad también debe contar con canales que resuelvan estas consultas.
- La petición contradictoria, en este tipo de petición debe existir un interés material o moral válido del peticionante y debe estar sustentado y probado, tiene como finalidad revocar modificar o anular un acto o suspender su efecto.

En cuanto a la petición graciable en el ámbito administrativo se observa cierta residualidad ya que este tipo de petición se da cuando no existe un título donde que apoye o desde donde se pueda fundamentar dicho pedido y es justamente este aspecto el que discrepa con las iniciativas privadas, ya que no es un ejercicio residual sino el precisado por la normativa.

Algunas de las peticiones de gracia admisibles en nuestro ordenamiento son: el indulto, pensiones de gracia, solicitud para formular políticas, solicitud para la derogación o modificación de disposiciones, realización de obras y el mejoramiento de la estructura o funcionamiento de los servicios públicos y las iniciativas privadas.

Los ámbitos discrecionales para la administración se van reduciendo en la medida en que existe la necesidad de mayor control de su actuación y en función del desarrollo normativo y principalmente reglamentario, por ello la petición graciable tiene reducidos ámbitos donde se utilice de forma ordinaria, no obstante su reconocimiento por norma positiva en el ordenamiento sirve para que solicitudes como las iniciativas privadas tengan solidez, y

para crean vías de comunicación entre los administrados y la administración cuando no exista otro mecanismo para que los administrados hagan llegar sus requerimientos³⁹.

3. Fundamento constitucional

En este subcapítulo se describen elementos importantes que permiten la existencia de las iniciativas privadas como resultado de una articulación de derechos fundamentales, dentro de un sistema económico que propicia y protege este mecanismo de intervención de los privados que es una expresión de la promoción de la inversión privada; esta es a su vez un elemento del sistema económico y es una política de Estado, por lo que debe ser considerada así por toda entidad pública que opera el derecho y debe perseguir el interés público. Esto vincula directamente a la actividad decisoria del Estado y a la discrecionalidad administrativa.

3.1 Marco constitucional

El marco normativo vigente en el Perú, empezando por la norma de mayor jerarquía, la Constitución y los tratados internacionales suscritos, está diseñado para proteger la propiedad privada en general y para promover la inversión privada sin discriminación. Esto se logra a través de principios recogidos en el Título III de la Constitución “Del Régimen Económico”, entre los cuales se reconoce la libertad de empresa⁴⁰, la libertad del Estado de contratar⁴¹ y que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado⁴². Todos estos principios constitucionales se desarrollan con precisión en la Ley Marco para el Crecimiento de la inversión Privada (Decreto Legislativo N° 757). Es mediante este marco normativo que el Estado otorga garantías de estabilidad jurídica a los inversionistas nacionales y extranjeros y a las empresas en que ellos invierten.

Desde una óptica subjetiva, las iniciativas privadas tienen fundamento en derechos constitucionalmente recogidos y disposiciones que componen el régimen económico constitucional, como es la libre iniciativa privada que cada ciudadano posee y que se ejerce dentro de los parámetros de la economía social de mercado. Este derecho faculta

³⁹ LUNA CERVANTES, E., Ob. cit., pág. 316.

⁴⁰ Artículo N° 59 de la Constitución Política de 1993.

⁴¹ Artículo N° 62 de la Constitución Política de 1993.

⁴² Artículo N° 58 de la Constitución Política de 1993.

que la inversión privada se canalice en procedimientos administrativos específicos como el de las Asociaciones Público-Privadas, las que se originan a propuesta del privado y que el Estado como orientador de la economía ha desarrollado.

Asimismo se ha conferido el derecho a los ciudadanos a participar en la vida económica de la Nación⁴³, “De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derechos a emprender u desarrollar con autonomía plena, la actividad económica plena, la actividad de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material.”⁴⁴ Como consecuencia de este derecho cualquier persona está en la capacidad de realizar un negocio que puede proponer al Estado y que vincule a alguno de sus activos, y ya que el Estado tiene que garantizar el contenido de éste derecho, debe evaluar las peticiones administrativas de los privados que conlleven la posibilidad de realizarlo.

El derecho a la libertad de empresa⁴⁵ implica el derecho de creación de empresa y de acceso al mercado, de organización para realizar una actividad empresarial, de competir en el mercado o cesar las actividades en él, por otro lado impone una obligación negativa al Estado para evitar entorpecer el desenvolvimiento empresarial de las personas y positiva, al crear reglas para que la libertad de empresa se pueda efectivizar en el mercado. El proponente de una iniciativa privada desea realizar una actividad empresarial organizada de acuerdo a sus intereses que convivan con los intereses públicos y asimismo y aunque no obligatoriamente va a competir, va a brindar un servicio público a los consumidores del mercado o una infraestructura a los usuarios.

Finalmente desde la perspectiva institucional, todos los poderes del Estado deben respetar las disposiciones constitucionales vinculadas a derechos y libertades económicas de los ciudadanos, evitando desnaturalizarlas normativamente y estimulando y promoviendo su ejercicio de acuerdo a los fines de la economía social de derecho, como por ejemplo la promoción de la inversión privada. Esto se acompaña con la facultad del Estado para conceder a los particulares los bienes de uso público para su

⁴³ Artículo N° 2.17 de la Constitución Política de 1993.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI-TC, 11 de noviembre de 2003.

⁴⁵ Artículo N° 59 de la Constitución Política de 1993.

aprovechamiento económico⁴⁶, es decir que el Estado puede dar en concesión a los particulares servicios públicos y obras públicas, a esta disposición se le puede dar una lectura conjunta con dos premisas contenidas en las propias disposiciones de la Constitución, la primera es la obligación del Estado a garantizar la provisión de servicios públicos e infraestructura y la segunda es el principio de subsidiariedad; el resultado es la posibilidad de dar a los privados bienes del Estado para que los aprovechen económicamente, y que puedan servir de infraestructuras para la provisión de servicios públicos o para el desarrollo de obras públicas por medio de las concesiones, donde ceden la gestión pero mantienen la titularidad, negocio que muy bien puede ser propuesto por iniciativa privada.

El marco constitucional en resumen, crea un marco para el desarrollo de las iniciativas privadas, tanto por el régimen económico como por los derechos que brindan garantías a los inversionistas proponentes de iniciativas privadas. Además de las obligaciones del respeto de los derechos del privado (propiedad, libertad de empresa, libertad para contratar, derecho a participar en la vida económica) existen obligaciones provenientes del régimen económico constitucional que fundamenta el sistema económico.

3.2 Economía social de mercado

Se conoce como “economía social de mercado” al sistema económico basado en el mercado y la competencia, la libertad económica individual, derecho de propiedad, la intervención del Estado como agente económico solo de forma subsidiaria a la labor privada; sistema que precisa de la labor estatal como regulador de las relaciones de los agentes económicos en el mercado, y como ordenador jurídico evitando distorsiones de la libre competencia (anti trust); siempre orientado al valor de la solidaridad “que exige un equilibrio político social y la promoción del bien común”⁴⁷. A ello se puede agregar la responsabilidad del Estado para que no se desatiendan los servicios públicos (aun cuando no los brinde directamente) y actividades cuya titularidad le corresponde por ser de vital importancia en la búsqueda por igualdad de oportunidades y justicia social dentro de un estado solidario.

⁴⁶ Artículo N° 73 de la Constitución Política de 1993.

⁴⁷ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, pág. 100.

Históricamente, la economía social de mercado surge como una variante del liberalismo puro; debemos de tener en cuenta que las políticas públicas, no se aplican en el vacío, sino en contextos determinados y estas son implementadas por el grupo político que se encuentra en el poder, por lo que es y ha sido afán de los gobiernos buscar que sus economías crezcan con una razonable equidad implementando medidas que favorezcan la distribución de ingresos, ello permite elevar los niveles de vida y además es funcional al apoyo político que recibe el gobierno en cuestión⁴⁸.

Las visiones sobre el desarrollo fluctúan entre dos extremos, que están relacionados con el papel del Estado en la economía: Los sistemas intervencionistas y los libremercadistas. La economía social de mercado representa una alternativa diferente a ambos sistemas, lo que le permite considerar en el mismo nivel de importancia los aspectos sociales y los aspectos económicos⁴⁹.

En el Perú, las constituciones republicanas se formularon bajo el sistema liberal clásico, pero a pesar de los matices que contenían sus textos, no alcanzaron a afianzar la libertad económica, propugnada por dicho sistema. Mientras tanto, las constituciones de 1920 y 1933, marcan una ruptura con el liberalismo clásico, siendo la constitución de 1920 la primera en incorporar principios y derechos del nuevo constitucionalismo social. Sin embargo, como los sistemas económicos se consolidan paulatinamente, aun bajo estas nuevas normas los rezagos del intervencionismo estatal aún se manifestaban⁵⁰.

Es con las Constituciones Políticas de 1979 y 1993, que se establece la economía social de mercado como un régimen económico constitucional, en la búsqueda de consolidar una serie de directrices que circunscriban la economía peruana, limitando las posibilidades de virajes en el modelo económico y evidenciando la necesidad de limitar la actuación del Estado en la economía. El modelo económico constitucionalizado es el de una economía de mercado del Estado Social o economía social de mercado, que va a orientar a los gobiernos futuros (ejecutivo), al igual que a los distintos organismos gubernamentales que requieran desarrollar normativamente la Constitución (función legislativa), sin perjuicio de las diversas interpretaciones e integraciones que requiera la

⁴⁸ PARODI TRECE, C., Ob. cit., pág. 29.

⁴⁹ Loc. cit., pág. 34.

⁵⁰ KRESALJA, B. y OCHOA, C., Ob. cit., págs. 39-41.

Constitución siempre dentro del marco del modelo económico social de mercado (Poder Judicial y Tribunal Constitucional).

Como se puede apreciar, los valores sociales que deben orientar la economía van variando a lo largo del tiempo, como es el caso del valor del cuidado del medio ambiente por su importancia para la supervivencia de la sociedad o el caso de promover la inversión privada como expresión de la libertad de empresa, el derecho a la iniciativa privada y la subsidiaridad del Estado.

Por lo tanto, las cláusulas constitucionales deben brindar garantía mínima a los ciudadanos como agentes económicos y a la vez deben brindar flexibilidad: “las previsiones constitucionales deben ser lo suficientemente amplias en razón de los cambios radicales, imprevistos y constantes de nuestro tiempo”⁵¹.

La cláusula constitucional del Estado Social de Mercado se exterioriza de forma práctica mediante su desarrollo doctrinal y jurisprudencial como menciona Baldo KRESALJA y César OCHOA, en las siguientes manifestaciones⁵²:

- 1.- Referencia social a los derechos fundamentales, en referencia al derecho al trabajo y los derechos sociales, (los que deben adaptarse a los cambios sociales como la globalización dentro de las exigencias de la competitividad).
- 2.- Vinculación Social del Estado, en tanto el Estado busca corregir las diferencias de hecho entre las clases sociales.
- 3.- Determinación de fines sociales del Estado, vincula a los poderes públicos para que toda aplicación del derecho se oriente al cumplimiento de los fines de contenido social, incluyendo el valor normativo de la constitución que vincula la función legislativa y judicial.
- 4.- Obligación de articular la sociedad sobre bases democráticas, la democracia social como síntesis del Estado de Derecho y Estado Social, que promueve la democracia en el ámbito social y económico.

En este contexto, la promoción de la inversión privada se entiende como una expresión del modelo económico asumido en el Perú, dónde las iniciativas privadas constituyen

⁵¹ Loc. cit., pág. 35.

⁵² Loc. cit., pág. 60.

proyectos socialmente rentables, sostenibles y concordantes con las políticas y lineamientos del Estado⁵³. Las iniciativas privadas dan a su vez origen a las Asociaciones Público Privadas, que permiten al privado intervenir en la economía satisfaciendo necesidades públicas acompañadas de beneficio privado, estas formas de contratación “permiten al sector privado acometer en infraestructura socialmente necesaria, que no puede llevarse a cabo por razones presupuestarias. Al ser el sector privado quien integra todas las fases del ciclo del proyecto: diseño, construcción, financiamiento, mantenimiento y explotación, se generan otras ventajas, como la ganancia de eficiencia técnica y la mejora de la calidad ofrecida al usuario”⁵⁴.

No obstante, el desarrollo del marco normativo y conceptual no ha sido una consecuencia lógica inmediata, sino un proceso de maduración y redefinición de conceptos, orientados por la Constitución, sus intérpretes y operadores. En este sentido el valor normativo del régimen económico constitucional ha servido para que se modifique el sistema legal promoviendo la inversión privada en obras públicas y servicios públicos, permitiendo las privatizaciones, concesiones, posteriormente las Asociaciones Público-Privadas por iniciativa estatal y finalmente por iniciativa privada.

Desde la perspectiva garantista de los derechos constitucionales que sustentan la economía social de mercado, las iniciativas privadas son una síntesis del derecho a la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y el derecho de participar en la vida económica de la nación, mientras los poderes del Estado se encuentran obligados constitucionalmente a promover la libertad de empresa, la subsidiariedad horizontal y vertical de su actividad, y proteger la libertad individual, lo que conlleva a favorecer la promoción de la inversión privada.

Entre los compromisos que conlleva la solidaridad del modelo económico consagrado, se pueden identificar que los poderes del Estado deben actuar bajo los principios democráticos como el de participación en la comunidad e igualdad de los administrados

⁵³ MORÓN URBINA, Juan Carlos, “La generación por iniciativa privada de proyectos públicos: la nueva colaboración público privada y el interés público”, En: *Derecho & Sociedad*, N° 24, Lima, 2005, pág. 277.

⁵⁴ VASALLO MAGRO, José Manuel e IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, Rafael, *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*, Corporación Andina de Fomento, Bogotá, 2010, pág. 106-107.

frente a la administración pública incluso para proponer una alternativa de uso a un activo del Estado y que la evaluación de ésta petición sea razonable y objetivamente evaluada.

Por otro lado se busca la mejora constante de la calidad de vida y bienestar general, en consecuencia se deben identificar las necesidades de la comunidad y atenderlas eficientemente, en este sentido el Estado busca los mecanismos para cumplir sus fines y uno de ellos son las iniciativas privadas, ya que estas identifican las necesidades de una comunidad de forma más inmediata que el Estado en sus diferentes niveles de gobierno, pueden dar un uso de los bienes públicos que reviste una mayor rentabilidad social, y como actividad privada pueden suplir las deficiencias del Estado en la provisión de infraestructura y servicios públicos, u otras actividades que puedan gozar de interés público.

La presencia de un marco constitucional en materia económica como se mencionó previamente no restringe la posibilidad de adaptación a nuevos valores que pueden dar origen a la desregulación de algunos sectores o bien a la *publicatio* de actividades que se consideren esenciales o cuya prestación se encuentre primordial, o bien pueden existir diversas expresiones del modelo económico originadas en nuevas necesidades como pueden ser las iniciativas privadas cofinanciadas o creación de fondos especiales para financiar iniciativas privadas en el sector público.

Como conclusión el modelo económico social de mercado permite, ampara y promueve las iniciativas privadas, desde la perspectiva individual al proteger a la inversión privada y desde la perspectiva pública por la naturaleza de los proyectos que buscan ser de interés público. La configuración y materialización del modelo económico se desarrolla en medio de un proceso histórico legislativo y judicial – constitucional, que define su contenido más allá de la doctrina. Las iniciativas privadas tienen sustento en derechos protegidos constitucionalmente y definidos jurisprudencialmente, y se les puede dar una lectura enmarcada en la economía social de mercado y como mecanismo para la consecución de sus objetivos. Estos objetivos deben de preservarse como mandato constitucional implícito, lo que atañe al legislador y a los operadores del derecho.

3.3 Política sobre proyectos de inversión pública

La labor del Estado en materia de promoción de la inversión privada ha presentado una serie de características, las mismas que se han definido como consecuencia de un proceso histórico particular que denominaré la Política sobre proyectos de inversión pública, muestra de ello son las normas que en este punto describo por ser la materialización de la concepción de la economía donde la actividad privada tiene una especial relevancia y la donde el Estado actúa como orientador de esta.

Este proceso tiene su origen más cercano en la Constitución Política de 1993, se ha forjado dentro del modelo de economía social de mercado, cuyo contenido ha sido llenado por los operadores del derecho y gobernantes, influenciados por la historia reciente y las crisis económicas, la influencia de las corrientes económicas regionales, los fenómenos globales, los convenios internacionales que imponen obligaciones económicas en materia monetaria, bancaria, comercial y aduanera, y a nivel interno por los grupos económicos y las necesidades del ciudadano en general.

Así hoy en día podemos ver que la función legislativa y ejecutiva del Estado no puede desconocer la promoción de la inversión privada como motor esencial de la economía, ni a sus elementos como son las libertades individuales en materia económica, ya que se ha consensuado a éste como un mecanismo para conseguir los objetivos mayores del Estado. De igual forma los procesos de descentralización han incluido a la promoción de la inversión en las Regiones y Municipalidades, otorgando competencia a los gobiernos locales y regionales para el fomento de las inversiones y financiamiento de proyectos obras de infraestructura.

Esta tendencia se puede observar a nivel legislativo en las siguientes normas que han regulado la intervención del sector privado en el sector público y su progreso desde la década del 90 hasta llegar a regular las iniciativas privadas:

- Decreto Legislativo N° 662, Régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de garantías (29/08/91).

Mediante esta norma el estado promueve y garantiza las inversiones extranjeras efectuadas y por efectuarse en el país, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la legislación nacional, otorgando los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y empresas nacionales a los inversionistas extranjeros y sus empresas.

- Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado (25/09/91).

Esta norma declara de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado. La inversión privada se entiende como aquella que proviene de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, distintas del Estado Peruano, de los organismos que integran el sector público nacional, y de las empresas del Estado. También designa como órganos promotores de la inversión privada a la comisión de promoción de la Inversión Privada (COPRI) y los comités especiales.

- Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada en la Infraestructura de Servicios Públicos (13/11/91)

Esta ley tiene por objeto garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las Leyes. Además establece derechos, garantías y obligaciones que son de aplicación a todas, las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que sean titulares de inversiones en el país. Sus normas son de observancia obligatoria por todos los organismos del Estado, y sean del Gobierno Central, Gobiernos Regionales, o Locales, a todo nivel.

- Decreto Legislativo N° 839, Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura de Servicios Públicos (20/08/96)

Esta norma declara de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. La modalidad

bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos es la concesión. Y designa como organismo encargado de la promoción de la inversión privada a PROMCEPRI.

- Decreto Supremo N° 059, Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (26/12/96) reglamentado por el Decreto Supremo N° 060-96-PCM.

Las normas contenidas en este Texto Único Ordenado, al igual que su reglamento promueven la inversión privada en obras de infraestructura y/o de servicios públicos, y regulan su explotación, para cuyo efecto se podrá otorgar concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras, para la construcción, reparación, conservación y explotación de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. La concesión de la obra implica la explotación del servicio.

- Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada (13/08/2003) reglamentado por el Decreto Supremo N° 015-2004-PCM.

Esta Ley establece el marco normativo para que el Estado, en sus tres niveles de gobierno, promueva la inversión de manera descentralizada como herramienta para lograr el desarrollo integral, armónico y sostenible de cada región, en alianza estratégica entre los gobiernos regionales, locales, la inversión privada y la sociedad civil.

- Decreto Legislativo N° 1012, Ley marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada (13/05/08), modificado por la Ley N° 30167 (02/03/14) y reglamentada por el Decreto Supremo N° 127-2014-EF (31/05/14).

Estas normas tienen por objeto establecer las normas generales que regulan las Asociaciones Público Privadas y se aplican a todas las entidades del Sector Público No Financiero, en todos los niveles de gobierno, según lo establecido en el anexo de

definiciones de la Ley N° 27245, Ley de Responsabilidad y Transparencia Fiscal o norma que la sustituya.

- Directiva N° 004-2009-PROINVERSIÓN, Sobre la Tramitación y evaluación de las iniciativas privadas en proyectos de inversión (31/03/09).

Este documento tiene por objeto establecer el procedimiento a seguir cuando se presenten ante La Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante PROINVERSION) iniciativas privadas en proyectos de inversión, para su correspondiente admisión a trámite, evaluación y posterior aprobación, de ser el caso.

Es importante mencionar que la jurisprudencia han delimitado las funciones del Estado en materia económica, así tenemos:

Al referirnos a los fines de la economía social de mercado: “Ésta noción se refiere a un tipo de organización económica regulado por un régimen jurídico de descentralización e independencia frente al Estado, el cual está destinado a asegurar la existencia de una pluralidad de agentes económicos en lo relativo a la libre iniciativa privada, para participar en la actividad económica, y la libre competencia para ofertar y demandar la provisión y suministro de bienes y servicios al público en general (...) El objetivo último no es el simple y libre intercambio de bienes y servicios, sino el aseguramiento de la calidad de vida de la población y la transformación de la productividad individual en progreso social para todos.”⁵⁵

Respecto de la subsidiariedad del Estado y la iniciativa privada: “Interviene subsidiariamente en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de los servicios, solo cuando se encuentre fehacientemente acreditado que por inacción o defección de la iniciativa privada dicha provisión o suministro no atiende las demandas de la población.”⁵⁶

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en Expediente N° 018-2003-AI/TC, 26 de abril de 2004.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en Expediente N° 018-2003-AI/TC, 26 de abril de 2004.

La misma Sentencia al referirse a las políticas legislativas en materia constitucional económica precisa como debe desarrollarse ésta: “El establecimiento de las políticas legislativas en materia económica y social implica la determinación de acciones y la preceptuación de derechos y deberes destinados a la obtención del pleno empleo, la extensión del mercado, el fomento de la inversión, la distribución equitativa del ingreso, la prestación eficaz, eficiente y plenaria de los servicios sociales, el efectivo goce de los derechos económicos y sociales (...)”⁵⁷.

Aun con mayor claridad al tratar sobre la función del Estado en materia de libre iniciativa privada: “La función orientadora presenta, sustancialmente, las siguientes características: a) el Estado puede formular indicaciones, siempre que estas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país; b) los agentes económicos tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado; y c) el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos.”⁵⁸

No se puede dejar de mencionar la Ley N° 28522 (25/05/2005) que creó el Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y a CEPLAN, en la búsqueda por definir los fines del estado incluyendo en materia económica y la necesidad de que dichos objetivos tengan alcance en el tiempo, lo que incluye necesariamente la promoción de la inversión privada.

El desarrollo de este subcapítulo (Punto 3 del Capítulo I) nos lleva a razonar que la administración pública es la que interactúa con el privado, es titular de las obligaciones de cautela de los derechos del inversionista y del sistema económico. Esta obligaciones no solo hacen referencia a los derechos de los privados sino al sistema económico que contempla objetivos, entre ellos el de promoción de la actividad privada (que es política pública, y en parte está plasmada en un cuerpo normativo), y por ello toda entidad debe coadyuvar de forma activa al cumplimiento de estos objetivos. De lo mencionado se desprende por ejemplo el deber de guiar la interpretación de las normas (como la que señala que las iniciativas privadas tienen naturaleza de petición de gracia en lo que sea pertinente) hacia la promoción de la inversión privada y el deber de orientar el ejercicio de

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en Expediente N° 018-2003-AI/TC, 26 de abril de 2004.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 08-2003-AI/TC.

la discrecionalidad administrativa de forma que no desvirtúe la Constitución: subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado, razonabilidad, prohibición del ejercicio abusivo del derecho, entre otros.



Capítulo II

Procedimiento de las iniciativas privadas

1. Regulación de la iniciativa privada en el ordenamiento jurídico peruano

En este subcapítulo se desarrolla el marco legal que compone el régimen de las iniciativas privadas, para ello se parte de un recuento de la normativa relacionada a la promoción de la inversión privada que introdujo las iniciativas privadas, y las regulaciones complementarias que daban garantías a los inversionistas, promovían la inversión descentralizada y brindaban la posibilidad a los privados de participar en el mercado por medio de concesiones, privatizaciones, y finalmente asociaciones público-privadas. Todo ello nos sirve para entender la actual regulación y sus actuales características, la evaluación de la normativa que evidencia una mayor disposición política para fomentarlas, denotando la importancia de la función administrativa para obtener resultados exitosos en la promoción de la inversión privada.

Adicionalmente, se verifica la complejidad de la labor de la administración pública en la aplicación de las normas generales, supletorias o complementarias en el procedimiento específico regulado para evaluar las iniciativas privadas, el alcance de estas normas y la forma como el funcionario público se puede valer de ellas supletoria y/o complementariamente; estas normas también pueden guiar sus decisiones cuando tengan margen de discreción otorgado por la propia norma que regula las iniciativas privadas. Por otro lado se desarrollan los procedimientos de iniciativas privadas que han sido regulados por otras normas y son llevados a cabo por diversas entidades, que coexisten con el régimen general, mostrando la complejidad para el administrado y para el propio Organismo Promotor de la Inversión Privada que evaluará la iniciativa privada, lo que realza la importancia de contar con reglas generales que la Ley de Procedimiento Administrativo General ofrece y por tanto resulta muy beneficioso que las actuaciones de la administración pública se sujeten a ellas sin importar la naturaleza del procedimiento.

1.1 Normativa sobre la promoción de la inversión privada e iniciativas privadas

La promoción de la inversión privada ha sido regulada en nuestro ordenamiento mediante la promoción de objetivos como la privatización de los activos del Estado, reasignación de

la responsabilidad por la gestión de los servicios públicos mediante la concesión de los servicios públicos, traslado de la responsabilidad por el diseño, ejecución, supervisión de las obras públicas mediante las licitaciones y concesiones de obras públicas. En este sentido, se puede observar como se ha fomentado la participación de los privados reasignando el riesgo o compartiéndolo con el Estado (en la ejecución o gestión), asimismo el capital privado y su capacidad de endeudamiento ha tomado mayor importancia en el financiamiento de los proyectos⁵⁹.

Si bien la decisión de llevar a cabo un proyecto público y la evaluación del mismo, siempre ha quedado en la administración pública, la iniciativa privada se ha incorporado desde el año 1991, bajo un esquema de colaboración público-privada que contempla la financiación, construcción, gestión, administración o mejora de infraestructura pública, o la prestación de servicios básicos o considerados servicios públicos.

Acerca de la promoción de la inversión privada de las empresas, proyectos, infraestructura y servicios públicos del Estado, la normativa ha evolucionado desde la Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 674, publicada el 27 de setiembre de 1991 hasta la emisión del Decreto Legislativo N° 1012, la misma que se encuentra vigente aunque ha sufrido una importante modificación mediante la Ley N° 30167 publicada el 02 de marzo de 2014, que dio lugar a la aprobación de un reglamento completamente nuevo aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EF publicado el 31 de mayo de 2014, el cual fue modificado por Decreto Supremo N° 376-2014-EF el 31 de diciembre del 2014. La cronología histórica de las normas que han promovido la inversión privada y las iniciativas privadas desde su aparición en el sistema normativo peruano la podemos encontrar en el Anexo I.

Por otro lado, esta regulación se ha ido complementando con la normativa que busca la inversión descentralizada, no solo fomenta la inversión privada sino que incentivan que se realice en jurisdicciones fuera de Lima Metropolitana, en niveles de gobierno diferente del Gobierno Central (gobiernos locales y regionales), es importante mencionar la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada (Ley N° 28059) que se formuló como una

⁵⁹ UMEZAWA MAKIKADO, Angie y REAÑO BASTANTE, María Elena, "Evolución de las Asociaciones Público Privadas – APPs, conforme a la regulación normativa: una visión a través de experiencias", En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 13, Lima, octubre, 2013, pág. 55-56.

herramienta para que el desarrollo económico pueda ser descentralizado y armónico, facultando a los gobiernos locales y regionales a implementar agendas y planes de promoción de la inversión en el marco de los dispuesto en la mencionada Ley, además se le dieron instrumentos como las agencias de promoción de la inversión privada que podían constituir en su jurisdicción y las comisiones para llevar a cabo los procesos de promoción de la inversión privada. Los roles de organismos promotores, conductores de la inversión privada y orientador de la inversión privada, no fueron cumplidos por las municipalidades y los gobiernos regionales por no contar con la capacidad técnica adecuada, por lo que la norma no tuvo un impacto económico y social considerable⁶⁰.

En el caso de la intervención del sector privado en la provisión de servicios públicos, se ha establecido un marco regulatorio general, además de dispositivos en cada sector, incluida la normativa sobre los organismos reguladores que establecen un sistema de control de la gestión de los servicios públicos. Las normas emitidas a la fecha, que han conformado el marco general de la inversión privada en el ámbito de los servicios públicos a nivel general y sectorial (servicios básicos de saneamiento, comunicaciones, energía, infraestructura y transporte), se encuentran cronológicamente detalladas en el Anexo I.

Cabe mencionar que, a nivel presupuestario también encontramos normas que regularon la función administrativa en relación a los proyectos de inversión pública (Ley General del Sistema de Presupuesto - Ley N° 28411, leyes de presupuesto anuales), y con mayor incidencia en los casos de iniciativas privadas cofinanciadas en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 (Ley N° 29951) y la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014 (Ley N° 30114) que priorizaron de forma excepcional y con carácter de urgencia las iniciativas privadas cofinanciadas para cubrir el déficit de infraestructura y servicios públicos, encargaron únicamente a PROINVERSION su tramitación, crearon un fondo especial para su financiamiento (Fondo de Apoyo a las Asociaciones Público Privadas Cofinanciadas), buscando salvar los impedimentos que el anterior Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 mantenía sobre la materia. Esta regulación sobre las iniciativas privadas cofinanciadas no constituía una reforma normativa decisiva en el desarrollo de estas, por estar contenidas en una norma anual y

⁶⁰ MONGE SAYAN, Fiorella y VALDIVIEZO DEL CARPIO, Mitchel Alex, "Problemática en la implementación de procesos de promoción de la inversión privada en los Gobiernos Regionales y Locales", En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 13, Lima, octubre, 2013, pág. 81 y 82.

solo para proyectos priorizados, estableciendo montos de inversión determinados y únicamente bajo la modalidad de concesiones, en consecuencia una regulación parcial, poco clara y con limitaciones⁶¹. Actualmente las modificaciones que se han realizado al Decreto Legislativo N° 1012 y su nuevo Reglamento han regulado las iniciativas privadas cofinanciadas eliminando las trabas legales para su presentación y procesamiento, eliminando las contradicciones de las normas presupuestales y el reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 anterior.

En relación al perfil, factibilidad, prefactibilidad, solvencia, rentabilidad social y rentabilidad económica que deben ser características necesarias del proyecto presentado mediante una iniciativa privada cofinanciada, tenemos al Sistema Nacional de Inversión Pública que implica un filtro para los proyectos a presentarse y está regulado por la Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública (Ley N° 27293) y su Reglamento.

Mención aparte merece la normativa que regula las Asociaciones Público-Privadas, como parte del paquete reactivador de la economía se ha promulgado la Ley N° 30167 que realiza modificaciones al Decreto Legislativo N° 1012 y a su vez ha originado un nuevo reglamento, todo ello con el objetivo de dinamizar e impulsar las Asociaciones Público – Privadas, así como las iniciativas privadas de Proyectos autosostenibles y Cofinanciados en nuevas áreas como la investigación aplicada, innovación tecnológica e iniciativas privadas cofinanciadas, éstas últimas han sido tímidamente introducidas en la agenda nacional.

La modificatoria que la Ley N° 30167 ha introducido, incide en el tipo de proyectos comprendidos en la definición de las Asociaciones Público Privadas, precisando que el objeto no solo es crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública y proveer servicios públicos y/o servicios conexos, sino desarrollar proyectos de investigación aplicada e innovación tecnológica, que no se tomaron en cuenta previamente. Esto amplía la posibilidad de los privados que pueden ahora proponer proyectos por medio de iniciativas privadas de Asociaciones Público Privadas no solo vinculados a infraestructura y servicios públicos, o en otros términos construcción y provisión de servicios mediante concesiones. Dentro de las medidas que facilitan las alianzas público-privadas también se exige que ninguna entidad de la administración

⁶¹ UMEZAWA MAKIKADO, A. y REAÑO BASTANTE, M. E., Ob. cit., pág. 63.

pública entrampe los procedimientos, autorizaciones, permisos y licencias que permitan ejecutar los proyectos que han sido plasmados en contratos ya suscritos en el marco de esta normativa.

1.2 Incorporación normativa de las iniciativas privadas

La normativa en materia de iniciativas privadas ha sido introducida en la normativa de promoción de la inversión privada. Las iniciativas privadas nacen, en parte, frente a la necesidad del Estado y de los particulares de acelerar los procesos para la identificación de necesidades públicas y su posterior satisfacción, particularmente, en lo referido a las infraestructuras y servicios públicos. Por esta figura se reconoce a los integrantes de la comunidad, la facultad de identificar prioridades y proponer ideas suficientemente estudiadas de infraestructura o servicios públicos, que siendo de interés empresarial del proponente, también compartan la viabilidad pública, entendido, como proyectos socialmente rentables, sostenibles y concordantes con las políticas y lineamientos del Estado. Como bien afirma la doctrina, en el marco de las nuevas relaciones entre la sociedad civil y el Estado, el derecho comparado ha reconocido a la sociedad civil la facultad para que a través de una iniciativa privada, pueda solicitar una concesión de una obra determinada, o la explotación de un servicio público definido, siempre y cuando la obra o el servicio sean declarados de interés público por la autoridad. A partir de esta nueva facultad se permite recurrir a los particulares para identificar las prioridades y en general, captar ideas innovadoras relacionadas con la explotación de un proyecto de inversión (obra pública o de un servicio público), la que, como todo emprendimiento empresarial, basa su desarrollo en la relación costo – beneficio.

Se puede observar que esta incorporación en el ordenamiento peruano de la institución, ha tenido tres etapas cada una con una característica por su efecto, MORÓN URBINA ha clasificado éstas de la siguiente manera⁶²:

1. Fase de Incorporación (1992-1996)
2. Fase de Desaliento (1996-2003)
3. Fase de Relanzamiento (2003 en adelante)

⁶² MORÓN URBINA, J. C., "La generación...", Ob. cit., pág. 278.

Se puede observar desde 1991 se había promovido la colaboración público privada mediante el fomento de la inversión y se incorporó la figura de la iniciativa privada por medio de Ley para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos, (Decreto Legislativo N° 758) y su Reglamento (Decreto Supremo N° 189-92-PCM) por primera vez habilitó a los privados a presentar iniciativas privadas, indicando que se debía identificar el proyecto, contenido mínimo y fijaba las ventajas que como iniciador iba a tener (derecho de igualar las ofertas, bonificación con puntaje adicional, reembolso de gastos), mientras precisa que la administración pública procedería con el proceso de selección (concurso de proyectos integrales o licitación), asignándose competencias para la tramitación de las iniciativas privadas a los Ministerios, Zonas Francas y Gobiernos Locales. Este régimen inicial no dio ningún resultado, como apunta Martín TIRADO al referirse al desarrollo normativo en el país: "(...) no promovió de manera efectiva la presentación de iniciativas privadas, pues a nivel del Gobierno Nacional, la agencia de promoción de la inversión privada en nuestro país – PROINVERSION se dedicó a promover otras formas de impulso a la participación privada. Por ello es significativo que no haya existido ninguna iniciativa privada tramitada con anterioridad al año 1996.⁶³"

La fase de desaliento se inició con la vigencia de la Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos (Decreto Legislativo N° 839), que como consecuencia de las pocas iniciativas privadas presentadas que solo presentaban soluciones parciales e incompletas donde el Estado ha ejecutado cuantiosas inversiones (como indica en sus considerandos), precisó que las iniciativas privadas eran solo sugerencias a la autoridad, siendo solo informativas de obras públicas donde el Estado tendría la iniciativa finalmente, es decir no generaban un proceso de inversión o procedimiento administrativo, y por tanto no daban al privado ninguna prerrogativa en los procesos de selección (Licitación o Concurso) en caso se quiera llevar a cabo la obra pública. Esto quiere decir que se eliminaron los incentivos para que un privado realice una propuesta de proyecto, al menos una propuesta sería que implicaría gastos en estudios técnicos y personal que elabore la propuesta, ya que no habría forma de compensarlos.

Posteriormente la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada (Ley N° 28059) así como el Reglamento de la Ley Marco de Promoción de la Inversión

⁶³ MARTIN TIRADO, R., "Balance y...", Ob. cit., pág. 342.

Descentralizada (Decreto Supremo N° 015-2004-PCM) se ocuparon de las iniciativas privadas en proyectos de inversión sobre recursos estatales, lo requisitos mínimos de la propuesta, la naturaleza graciable, criterios de evaluación, el procedimiento y plazos y creación de un Banco de Proyectos a nivel Regional. Esta norma amplió las entidades competente para tramitar las solicitudes de iniciativas privadas a PROINVERSION, gobiernos regionales, municipalidades distritales y provinciales, sobre las empresas del Estado, proyectos, servicios públicos e infraestructura.

Se precisó la obligación de reembolso de costos comprobados de elaboración de la propuesta en caso el iniciador no sea el favorecido en el concurso, asimismo se estableció que se realizaría una adjudicación directa en caso no haya terceros interesados, en caso contrario, existiría un proceso de selección entre los interesados en llevar a cabo el proyecto. En este sentido, se permitió alternativamente según sea el caso: oferta pública, licitación pública o concurso de proyectos integrales.

El alcance de este régimen se extendió a proyectos de inversión que involucraban activos del Estado, empresas del Estado, proyectos estatales, servicios públicos, servicios u obras públicas de infraestructura; y no solo servicios públicos y obras públicas como previamente fue regulado, en correspondencia con lo anterior, este proceso puede llevar a que se celebren contratos con el Estado de diversa naturaleza como venta de activos, asociación en participación, contrato de gerencia, *joint venture*, *outsourcing*, además del contrato de obra y de concesión ya preceptuados. En palabras de MORÓN URBINA: “la vasta combinación de supuestos que pueden presentarse exceden largamente las conocidas iniciativas para emprender obras de infraestructura pública o servicios públicos.”⁶⁴

El año 2008, dentro del paquete de reformas implementadas en el marco del Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos se aprobó el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 146-2010-EF, que incluyó las Asociaciones Público-Privadas en nuestro ordenamiento como forma de colaboración público-privada, lo que constituyó formalmente el primer régimen legal de Asociaciones

⁶⁴ MORÓN URBINA, J. C., “Las concesiones...”, Ob. cit., pág. 163.

Público-Privadas⁶⁵ (régimen que no existía previamente aun cuando desde la vigencia del Decreto Supremo N° 059-96-PCM se tenía la posibilidad de crear concesiones cofinanciadas como mecanismo similar).

Dentro de la Ley marco de las Asociaciones Público-Privadas, se incluyó la regulación de las iniciativas privadas, uniformizando este régimen como un mecanismo para llegar a celebrar un contrato de Asociación Público-Privada. Los antecedentes de las iniciativas privadas se encuentran en el Decreto Legislativo N° 758 (1991), Decreto Legislativo N° 839 (1996), y más recientemente la Ley N° 28059 (2003) que impulsó las iniciativas privadas con mayor énfasis y reguló el procedimiento más a detalle, que denotó “(...) un claro esfuerzo del Estado por relanzar la figura de la iniciativa privada, devolviéndole a la misma el carácter de facultad de los particulares (...)”⁶⁶. Bajo una fórmula similar a la norma predecesora se precisaron los requisitos mínimos de las iniciativas privadas, se reiteró la calidad de petición de gracia hasta la incorporación al proceso de promoción de la inversión privada.

Este régimen normativo brinda al iniciador la confidencialidad sobre su propuesta durante el procedimiento, el derecho a igualar la mejor propuesta en caso de terceros interesados en el proceso de selección, adjudicación directa en caso no existan terceros interesados en el proceso de selección, el reconocimiento de gastos de elaboración de la propuesta en caso no sea el adjudicado.

Inicialmente el Decreto Legislativo N° 1012 restringió las iniciativas privadas a proyectos autosostenibles, norma que fue modificada por la Ley N° 29771 (publicada el 27 de julio de 2007) para permitir que pudieran presentarse iniciativas privadas cofinanciadas (que demanden cofinanciamiento, garantía financiera o no financiera), sin embargo el reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 mantuvo el impedimento hasta que fue reemplazado por el nuevo Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 aprobado por el Decreto Supremo N° 127-2014-EF publicado el 31 de mayo de 2014.

⁶⁵ HUAPAYA TAPIA, Ramón, “Diez Tesis sobre las Asociaciones Público-Privadas (APP) en nuestro régimen legal”, En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 13, Lima, octubre, 2013, pág. 19.

⁶⁶ UGARTE MAGGIOLO, Manuel y GONZALES LA ROSA, Daniel, “La Regulación de las iniciativas privadas en Proyectos de Infraestructura y Servicios Públicos”, En: *Revista Advocatus, Especial Contratación Pública*, N° 20, Lima, febrero, 2009, pág. 147.

Desde el punto de vista orgánico el Organismo Promotor de la Inversión Privada sería PROINVERSION el competente para llevar a cabo los procesos en casos de proyectos donde la competencia recaiga en el Gobierno Nacional o los distintos Ministerios (en caso que los activos, obras públicas o servicios estén a cargo o sean de titularidad del Gobierno Nacional). En los casos de iniciativas privadas circunscritas a una jurisdicción local, vinculada a un activo o un servicio de titularidad de un gobierno local o regional, la función de organismo promotor recaería en los gobiernos locales y regionales correspondientes. Posteriormente PROINVERSION aprobó la Directiva para la Tramitación y Evaluación de las iniciativas privadas en Proyectos de Inversión (Acuerdo PROINVERSION N° 278-01-2009) que regularía el trámite, la función administrativa y evaluación dentro de lo normado por el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aunque solo para el ámbito de las propuestas presentadas ante PROINVERSION.

La Ley N° 30167 ha modificado el Decreto Legislativo N° 1012, y el Decreto Supremo N° 127-2014-EF ha aprobado su nuevo reglamento. En relación a las iniciativas privadas, estas se redefinen⁶⁷ y son clasificadas en iniciativas privadas: autosostenibles y cofinanciadas. También indica que las iniciativas privadas pueden incluir proyectos de investigación aplicada e innovación tecnológica.

El nuevo Reglamento señala, sobre las iniciativas privadas autosostenibles que estas se realizan sobre:

- a) Proyectos de inversión en activos, empresas y proyectos del Estado; así como,
- b) Asociaciones Público-Privadas definidas de acuerdo al Art. 3 de la Ley (Decreto Legislativo N° 1012).

Por lo tanto, conforme a lo señalado en el nuevo Reglamento, cabe la posibilidad de que se presenten iniciativas privadas autosostenibles sobre proyectos que no encajen necesariamente, dentro de la definición de Asociaciones Público Privadas, cuando estos proyectos recaen sobre activos, empresas y proyectos del Estado.

A su vez, se reitera que las iniciativas privadas cofinanciadas van a necesitar cumplir con las normas del SNIP, de forma que el reglamento u otra normativa reglamentaria no pueda eludir dicho cumplimiento, igualmente se establece que estas iniciativas privadas

⁶⁷ Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1012, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 30167.

solo se presentarán ante PROINVERSIÓN durante un periodo de plazo determinado por el reglamento, de forma que se pueda prever el cofinanciamiento demandado por el proyecto. Finalmente se repite el carácter de petición de gracia, reserva y confidencialidad de las iniciativas privadas.

En cuanto a la normativa que debe observar toda propuesta de proyecto que involucra activos estatales en forma de bienes, tenemos a la Ley del Sistema Nacional de Bienes Estatales aprobado por la Ley N° 29151 publicada el 30 de noviembre de 2007. Los proyectos que contemplen uso, cesión en uso, derecho de superficie, venta, usufructo, concesión, arrendamiento o cualquier afectación de un bien mueble e inmueble de dominio privado o de dominio público de propiedad del Estado deben observar esta normativa cuyo objetivo ulterior es maximizar su rendimiento social y económico. La Superintendencia Nacional de Bienes Estatales la encargada de registrar, administrar, controlar, sanear y fiscalizar los bienes de propiedad estatal, normar y supervisar las ventas en subasta pública y las ventas directas, y autorizar los actos de disposición de la propiedad estatal y resolver las afectaciones por medio de resoluciones de reversión.

En términos estrictos esta norma no regula las iniciativas privadas, sin embargo tanto el proyecto como el procedimiento tienen vinculación directa con el Sistema Nacional de Bienes Estatales. Si entendemos que las iniciativas privadas son proyectos que utilizan de alguna forma un bien del Estado y más aún en el caso de que se realice una afectación a los mismos, para que sea viable legalmente se necesita cumplir con las disposiciones (Ley, Reglamento, Directivas y Circulares) del Sistema Nacional de Bienes Estatales.

Por otro lado, el proyecto debe buscar alinearse con los objetivos del Sistema, buscar maximizar el valor de los activos y brindar un uso solvente, rentable a nivel social y económico, ya que durante el procedimiento de un proyecto donde el bien se encuentra en el ámbito de la Superintendencia de Bienes Nacionales, o bien donde se necesite su autorización para la afectación, desafectación o cambio de uso, el Órgano Promotor de la Inversión Privada va a requerir la opinión consultiva de la autoridad administrativa titular de la Superintendencia de Bienes Nacionales, cuya opinión favorable será indispensable para la declaratoria de interés de la iniciativa privada.

1.3 Aplicación de la normativa del procedimiento administrativo general en el procedimiento de las iniciativas privadas

Acerca de la normativa supletoria aplicable al procedimiento administrativo de las iniciativas privadas tendríamos que referirnos a la Constitución Política de 1993 y Ley del Procedimiento Administrativo General. La Constitución asegura el derecho de petición, los derechos de los ciudadanos para participar en la vida económica del país, libre iniciativa privada (en sentido amplio) y libertad de empresa, sin perjuicio de que el régimen constitucional económico constituye un parámetro para ejercer la función legislativa, ejecutiva y judicial.

Respecto del Procedimiento Administrativo se encuentra regulado de forma general mediante la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Ley N° 27444 de fecha 11 de abril de 2001, cuyo ámbito de aplicación subjetivo incluye a todas las entidades de la administración pública y cualquiera que ejerza función administrativa; recordemos que el procedimiento de las iniciativas privadas va a estar a cargo del Poder Ejecutivo (Ministerios – PROINVERSIÓN), Gobiernos Locales y Regionales, entidades que deben considerar esta Ley no solo para regir su actuación sino para emitir actos administrativos válidos (que deben respetar los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento).

Para resumir, la aplicación de la Ley del Procedimiento Administrativo General respecto del procedimiento de las iniciativas privadas se va a circunscribir a una aplicación supletoria al régimen general de las iniciativas privadas (Decreto legislativo N° 1012) que constituye un reglamento especial y singular por la materia, para todo lo que no está contemplado en el procedimiento específico, para aplicar las garantías al administrado que no están contempladas en el procedimiento y para adecuar el proceder de la autoridad administrativa.

Ahora bien, en la Ley del Procedimiento Administrativo General, no solo está regulando el procedimiento en sentido estricto, sino también orienta la función administrativa y da garantías al administrado. Los procedimientos especiales sobre una materia específica, se regulan por norma particular (aunque de igual rango que la Ley de Procedimiento Administrativo General) y pueden regular el procedimiento alejándose del procedimiento

general de acuerdo a una especial circunstancia, por la materia o la entidad en particular. En el caso de las iniciativas privadas el marco general aplicable para todas las entidades los ha dado el Decreto Legislativo N° 1012, la misma que es desarrollada por su reglamento, existiendo la posibilidad que cada entidad tenga una norma especial que complemente el régimen general y precise el procedimiento tanto para la autoridad administrativa como para los privados. El régimen general como las normas especiales, al tratarse de un procedimiento administrativo no deben contradecir las disposiciones imperativas de la Ley de Procedimiento Administrativo General, ni reducir o contravenir las garantías al administrado que como mínimo ha impuesto la norma.

Los principios generales del procedimiento administrativo y las disposiciones garantistas de los derechos del administrado se aplican necesariamente, porque la entidad cumple una función administrativa cuya expresión es el procedimiento administrativo, y porque la Ley del Procedimiento Administrativo General regula aspectos que otras normas no han mencionado operando la supletoriedad. La norma de rango legal que regula prolijamente y de forma integral el procedimiento administrativo, es la Ley N° 27444, por tanto el procedimiento especial debe tener rango legal para divergir, sin embargo no va a regular todos los aspectos del procedimiento, las prerrogativas y obligaciones de la administración y el administrado.

Acerca de los principios del procedimiento administrativo, cumplen una función de fundamento, interpretación e integración, orientando la actuación del funcionario público que tiene a su cargo la función administrativa (competencia, responsabilidad, prerrogativas, control posterior o control previo) y finalmente constituye una garantía para el pleno ejercicio de los derechos del administrado (facultades y mecanismos de defensa). Es por esto que la aplicación de los principios no va a ser supletoria sino directa, ya que sustenta el mismo procedimiento administrativo. Similar situación ocurre con los principios del procedimiento administrativo que figuran en el Artículo IV del Título Preliminar, los principios generales del derecho administrativo y los principios generales del derecho, siguiendo a CASSAGNE: “Su aplicación no precisa la reglamentación previa del Poder Ejecutivo teniendo tales principios operatividad por sí mismos, y configurando, en la mayoría de los casos, verdaderos deberes para la administración pública, a la cual se le

impone el cumplimiento de determinados requisitos en el transcurso del procedimiento administrativo (...)⁶⁸.

Tanto el procedimiento de las iniciativas privadas como el procedimiento de selección consecutivo, debe considerar la plena vigencia de los principios aplicables. Todo procedimiento administrativo sea general o especial, debe observar los principios generales del derecho y del procedimiento administrativo, no obstante la diferente naturaleza de estos procesos tiene una repercusión en la forma de aplicación de estos principios, mientras el procedimiento de las iniciativas privadas es un proceso entre la administración pública y el administrado en el que éste último solicita algo de la administración, el proceso de selección es un procedimiento subsecuente al de la iniciativa privada en el que si pueden participar terceros, y donde el principio de igualdad de los terceros competidores puede verse matizado debido a que el iniciador tiene ventajas frente a los demás competidores, que son aplicables aun luego de finalizado el procedimiento de las iniciativas privadas⁶⁹.

Acerca de la función legislativa de la administración pública, los aspectos que no se deben contravenir al reglamentar los procedimientos especiales son los principios administrativos, los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, de acuerdo al numeral 3 del artículo II del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

En el caso de los reglamentos y las normas de rango infra legal, la Ley en mención impone la obligación de que las autoridades administrativas tomen en cuenta los principios del procedimiento administrativo, los derechos y los deberes de los sujetos del procedimiento. Así en teoría, las normas que regulan las iniciativas privadas al ser reglamentadas por la autoridad administrativa competente, deben respetar el marco normativo de la ley que buscan reglamentar, y no pueden desconocer los derechos y deberes de la administración pública y de los administrados que han sido establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General (y eventualmente en el Decreto Legislativo N° 1012).

⁶⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo Tomo II*, Palestra, Lima, 2010, pág. 643.

⁶⁹ GOROSTEGUI, B., Ob. cit., pág. 303.

En caso que la autoridad administrativa haya reglamentado o emitido cualquier norma para desarrollar el procedimiento administrativo especial, o el procedimiento general, dará lugar a una acción popular por contravenir una norma de rango legal (norma especial o la Ley N° 27444), que siendo una forma de control concentrado de la legalidad de la normativa, eliminaría la norma del ordenamiento.

1.4 Casos especiales de regulación de las iniciativas privadas

Entre las entidades que han desarrollado una normativa autónoma diferente, paralela o complementaria al régimen general de las iniciativas privadas tenemos principalmente la Municipalidad Metropolitana de Lima, ESSALUD (Seguro Social de Salud del Perú), el Instituto Peruano del Deporte (IPD) y el Ministerio de Agricultura. No obstante los Gobiernos Regionales y las Municipalidades tienen facultades normativas sobre la promoción de la inversión privada, dentro del marco de los regulado de forma general, cabe mencionar que las ordenanzas que pudieran emitir para regular este procedimiento no deben contravenir las leyes o decretos legislativos aun teniendo un rango similar, debido a que éstas últimas son de alcance nacional.

La Municipalidad Provincial de Lima Metropolitana ha tenido un desarrollo normativo especial y diferenciado, ha promovido la colaboración público privada en ciertos proyectos con mayor interés, ha regulado los procesos de promoción de la inversión privada, cuenta con una Gerencia de Promoción de la Inversión Privada (GPIP) que lleva a cabo los proyectos de promoción de la inversión privada y evalúa las iniciativas privadas que se presentan ante la Municipalidad Metropolitana de Lima, esta órgano interno cumple funciones diferenciadas de la Gerencia de Servicios a la Ciudad (GSC), que verifica, inspecciona y coordina los servicios públicos sean o no brindados por los privados (limpieza pública, alumbrado, serenazgo y seguridad pública, entre otros).

A su vez existe el Fondo Metropolitano de Inversiones (INVERMET) que se encarga de financiar y supervisar los contratos con participación de la inversión privada, siendo fiscalizador del cumplimiento de los contrato en la práctica superpone algunas funciones con la GPIP y la GSC. Principalmente la normativa metropolitana que regula la inversión privada es el Reglamento para la Promoción de la Inversión Privada en Lima Metropolitana, aprobado por la Ordenanza N° 867 (Publicada el 17 de noviembre de

2005) cuyo capítulo tercero reglamenta el procedimiento de las iniciativas privadas, que es previo al Decreto Legislativo N° 1012, no obstante por el principio de especialidad la Ordenanza es aplicable dentro del ámbito Metropolitano (Distrital y Provincial). En caso de contradicción, el régimen general de las iniciativas privadas regulado por el Decreto legislativo N° 1012 tiene alcance general y se prefiere antes que la Ordenanza aun cuando tenga rango similar.

Especial atención amerita el caso de ESSALUD, que ha generado una normativa compleja y particular sobre la inversión privada en el ámbito de su competencia y la presentación de iniciativas privadas. Hipotéticamente la presentación de una iniciativa privada de su competencia, debiera ser presentada ante PROINVERSION por ser una entidad adscrita al Ministerio de Salud, sin embargo el Decreto Legislativo N° 1012 a través de su Quinta Disposición Complementaria Final, faculta a ESSALUD para que, en el marco de la autonomía que la ley le confiere, pueda promover, tramitar y suscribir contratos de Asociación Público - Privada con el objeto de incorporar inversión y gestión privada en los servicios que presta a los asegurados, dentro de los mecanismos establecidos en la referida norma.

Asimismo mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 1-1-ESSALUD-2008 de fecha 15 de enero de 2008, ESSALUD crea su Comité de Promoción de Infraestructura y Servicios de Salud, con la finalidad de llevar a cabo los procesos de su Plan Estratégico de Inversiones, previamente aprobados por su Consejo Directivo, a través de Asociaciones Público – Privadas y mediante su Acuerdo de Consejo Directivo N° 31-11-ESSALUD-2009 de fecha 09 de junio de 2009, ESSALUD, en el marco de la autonomía que la ley le confiere, aprueba el “Reglamento de Promoción de Inversiones en Obras de Infraestructura y Servicios de Salud” con ello creando una normativa completa y promotora de la inversión privada, facilitando la presentación de propuestas mediante iniciativas privadas, finalmente mediante el acuerdo de consejo directivo N° 50-16-ESSALUD-2010 de fecha 25 de agosto de 2010 se aprobó el “Nuevo Reglamento de Promoción de Inversiones en Obras de Infraestructura y Servicios de Salud”. Luego de generado este marco legal se invitó al sector privado a presentar sus propuestas como iniciativas privadas⁷⁰.

⁷⁰ BRAVO ORELLANA, Sergio, “Asociaciones Público-Privadas en el Sector Salud”, En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 13, Lima, octubre, 2013, pág. 134.

Cabe advertir que de acuerdo al artículo 1 de la Ley N° 27056, Ley de Creación del Seguro Social de Salud, ESSALUD cuenta con autonomía técnica, administrativa, económica, financiera, presupuestal y contable. Asimismo, se establece que ESSALUD formula y aprueba sus reglamentos internos, así como otras normas que le permitan ofrecer sus servicios de manera ética, eficiente y competitiva. Queda claro que la autonomía que la ley le ha conferido a ESSALUD, confirmada por la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1012, en lo que se refiere a la conducción de procesos de promoción de la inversión privada, le habilita a dictar un ordenamiento jurídico particular, pudiendo crear órganos que se encarguen de la gestión de los Contratos de Inversión que suscriba.

En el caso del Instituto Peruano del Deporte (IPD), se ha intentado articular normativamente la posibilidad de aceptar iniciativas privadas directamente, si bien es una entidad adscrita al Ministerio de Educación y por tanto es competente PROINVERSION para recibir y evaluar las iniciativas privadas, vemos subsiste un marco jurídico diferenciado valiéndose de la autonomía técnica, funcional, administrativa y pliego presupuestal independiente con la que fue creada a través de la Ley N° 28036, denominada “Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte”, se crea el Instituto Peruano del Deporte (IPD) como ente rector del Sistema Deportivo Nacional.

La Ley N° 28036 establece las que el IPD puede proponer normas reglamentarias y administrativas para la promoción y desarrollo del deporte en general a nivel local, regional y nacional. En concordancia con ello, el Consejo Directivo, que es el máximo órgano de la institución, está facultado para dictar las políticas y lineamientos institucionales, evaluarlas permanentemente y fiscalizar su debido cumplimiento.

Mediante Resolución N° 032-2008-P-IPD, de fecha 23 de enero de 2008, aprobó el “Reglamento para la Promoción de la Participación Privada en el Desarrollo de Infraestructura Deportiva del Instituto Peruano del Deporte”, el cual tiene como base normativa, además de la Ley antes mencionada, las disposiciones contenidas en la Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 015-2004-PCM, así como el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las

obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM. Cabe precisar que por efecto del Decreto Legislativo N° 1012, se ha dejado sin efecto el artículo 7 de la Ley N° 28059 (Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada) que regulaba la recepción, evaluación, declaratoria de interés de las iniciativas privadas, como consecuencia de ello las iniciativas privadas para el desarrollo de proyectos en infraestructura y/o servicios públicos que involucren al sector privado deberá tramitarse conforme a los alcances del decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento.

En principio debemos apuntar que la Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte fue promulgada el año 2003 y el Reglamento para la Promoción de la Participación Privada en el Desarrollo de Infraestructura Deportiva del Instituto Peruano del Deporte, elaborado bajo los alcances de dicha Ley, vigente antes de que se promulgara el Decreto Legislativo N° 1012, cuyo ámbito subjetivo de aplicación comprende al IPD, empero, como consecuencia del mandato de la Ley del Deporte, existiría un procedimiento propio para las Asociaciones Público Privadas respecto de la infraestructura del IPD. El Reglamento de la Ley del Deporte, al ser una norma anterior y de menor jerarquía, tendría que alinearse con la norma general para las iniciativas privadas (Decreto Legislativo N° 1012), modificación normativa que aún no se realizado, y por ahora el IPD continúa aceptando y tramitando las iniciativas privadas sobre infraestructura y servicios deportivos, y aquellas que afectan activos estatales bajo su administración.

Es necesario señalar que el Decreto Legislativo N° 1012 ha facultado solo a ESSALUD para que, al amparo de su autonomía, pueda promover, tramitar y suscribir contratos de Asociación Público-Privada con el objeto de incorporar inversión y gestión privada en los servicios que presta a los asegurados, dentro de los mecanismos establecidos en la presente norma.

Previamente a la vigencia del Decreto Legislativo N° 1012 (El 13 de marzo de 2008) se publicó el Decreto legislativo N° 994, por el cual se buscaba promover la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola, en otras palabras se entendió que la inversión privada era un mecanismo adecuado para incrementar la producción agrícola en el territorio, para ello el estado dispone transferir las tierras eriazas en favor del inversionista, a cambio de una contraprestación, quedando los inversionistas

a cumplir ciertas obligaciones (brindar el servicio de riego, información agraria, asistencia técnica), todo ello dentro del Plan Nacional de Inversión y de Promoción de la Inversión Privada en irrigaciones de tierras erizas con aptitud agrícola que el Ministerio diseña y aprueba. Además de ello, es relevante que la norma habilita a la presentación de iniciativas privadas para proyectos sobre ésta particular tipo de proyectos, donde el Ministerio de Agricultura sería el promotor de la inversión privada a través de su Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada, ello en caso se traten de proyectos de competencia del gobierno nacional, mientras los gobiernos locales y regionales tendrían a su cargo proyectos donde la envergadura corresponda a su respectiva jurisdicción. En este punto es divergente con el Decreto Legislativo N° 1012 que indica que PROINVERSION es competente en proyectos de alcance nacional.

Acerca del procedimiento de las iniciativas privadas, el Decreto legislativo N° 994 precisa algunos parámetros de evaluación incluyendo la obligación de la transferencia de las tierras eriazas y el momento de su valorización (una vez aprobada la iniciativa), mientras todos los demás detalles del procedimiento los ha desarrollado el Reglamento del Decreto legislativo N° 994. Esta norma no forma parte del régimen general de las iniciativas privadas, siendo un mecanismo adicional al marco legal⁷¹.

En términos estrictos este decreto legislativo aplicable al Ministerio de Agricultura, si bien regula un tipo de proyectos de naturaleza y fin muy particular (principio de especialidad), regula iniciativas privadas, que tienen una norma de aplicación general de igual jerarquía y temporalmente posterior. El Decreto Legislativo N° 1012 es un marco general y de aplicación absoluta, además dentro de sus disposiciones complementarias y derogatorias señala que se deroga toda norma que se oponga, siendo una norma posterior, estaría dejando sin efecto el Decreto Legislativo N° 994. No obstante, en la interpretación de la administración se sigue considerando como un trámite paralelo.

Sobre lo expuesto en este subcapítulo, se puede concluir que todos estos casos especiales de regulación mencionados, ayudan a graficar la diversidad de diseños normativos, ya que cada uno muestra la posibilidad de que varias entidades nacionales, gobiernos locales y regionales, establezcan particularidades en los procedimientos, esto evidencia la necesidad de tener reglas comunes aplicables a todos los procedimientos,

⁷¹ MARTIN TIRADO, R., "Balance y...", Ob. cit., ídem.

respetando el régimen general que la normativa complementaria no puede exceder, siendo este el único modo de reducir la posibilidad de arbitrariedad de la Administración o de que el procedimiento se desvíe del fin previsto como resultado de la diversidad de producción normativa. Ahora bien, contra cualquier dispositivo que desconoce el Decreto Legislativo N° 1012 se puede una Acción Popular.

También se puede mencionar que la dinámica entre el Decreto Legislativo N° 1012 como norma específica y las otras normas que regulan las iniciativas privadas y/o la promoción de la inversión privada, es de supletoriedad principalmente debido a que el Decreto Legislativo N° 1012 pretende ser un régimen general. Existen otros casos donde las normas de inferior jerarquía son complementarias o desarrollan el procedimiento de forma más específica de acuerdo a cada entidad. Las normas de igual rango que cristalizan objetivos de promoción de la inversión privada, normas que regulan las prerrogativas públicas, títulos preliminares y la Ley de Procedimiento Administrativo General, pueden orientar a la administrativas, integrando, complementando o fundamentando las decisiones que tome, por lo que se puede afirmar que la discrecionalidad no implica una libertad irrestricta.

Las regulación de las iniciativas privadas son resultado de un proceso histórico y progresivo que le ha dado elementos particulares, existiendo un impulso cada vez mayor a la promoción de la inversión privada cuyo estadio más reciente es el de las iniciativas privadas autofinanciadas y cofinanciadas. Se puede identificar el elemento discrecional en la normativa por la libertad que tiene la administración para elegir un determinado proyecto, pero a la vez se han ido otorgando derechos y medidas garantistas a los inversionistas. En el siguiente subcapítulo se analiza el detalle del procedimiento de evaluación y los posibles desincentivos para los inversionistas relacionados con la discrecionalidad administrativa, cuya superación parece corresponder de acuerdo a la evolución que se ha observado.

2. Análisis del procedimiento de las iniciativas privadas

Este subcapítulo desarrolla la problemática del trabajo de investigación en torno al procedimiento de evaluación de las iniciativas privadas, identificando las etapas donde el funcionario a cargo tiene margen de decisión. Esto dentro de un procedimiento de

iniciativas privadas revela un problema, porque cualquier decisión puede escudarse en que la naturaleza de lo solicitado es petición de gracia y por tanto la decisión es discrecional, no controlable ni recurrible por cualquier medio, esto puede amparar decisiones arbitrarias frente a las cuales el administrado no tiene ningún recurso.

Partiendo de la situación descrita, se analiza la predictibilidad, seguridad jurídica y objetividad de los evaluadores en función de la discrecionalidad que la norma otorga o permite. En este escenario se puede traducir en desincentivos para los proponentes, debido a que los funcionarios pueden actuar dentro de los márgenes que la norma les otorga existiendo facultades regladas y no regladas; ésta última puede llegar a ejercerse arbitrariamente sin control posterior o posibilidad de corrección, produciendo inseguridad jurídica, falta de predictibilidad, alejamiento de los fines del procedimiento y del interés público que reviste toda función administrativa.

2.1 Consideraciones iniciales

El Régimen de iniciativas privadas está contenido en el Decreto Legislativo N° 1012, que anteriormente estuvo desarrollado en la Ley N° 28059, Ley marco de promoción de la inversión descentralizada, que regulaba el procedimiento de las iniciativas autosostenibles bajo un esquema similar pero con algunas diferencias.

Desde un punto de vista formal, no cabe duda que nos encontramos ante la presencia de un procedimiento administrativo que se inicia con la presentación de una solicitud ante la autoridad y finaliza con la declaratoria de interés (o denegatoria de dicha calificación), y que se vincula con los elementos propios del ejercicio del derecho de petición (administrativa y de gracia según corresponda) ante la autoridad competente, el mismo que se encuentra consagrado en nuestra Constitución y en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Desde el punto de vista material, el procedimiento es la manifestación de la actividad de fomento del Estado, que promueve la promoción de la inversión privada como política pública inspirada en nuestro sistema constitucional económico, y que debe orientar el procedimiento.

El procedimiento de la iniciativa privada inicia formalmente con la presentación del proyecto ante la autoridad administrativa competente. Al respecto se debe analizar qué

autoridad es competente de acuerdo a la propuesta, qué sucede en caso de conflictos de competencia (positivo o negativo) por el alcance del proyecto, y si alguna actuación previa del administrado en la preparación del proyecto podría comprenderse como parte del procedimiento.

Acerca de la finalización del procedimiento, la declaratoria de interés es el punto que formalmente determina el fin del procedimiento cuando el Estado se compromete a llevar a cabo el proyecto⁷². Luego de la declaratoria de interés, se incluye el proyecto a un proceso de promoción de la inversión privada, dando inicio a un proceso de selección para determinar quién llevará a cabo el proyecto, en conclusión la terminación del procedimiento de promoción de la inversión privada y de los alcances del procedimiento de iniciativa privada, será la suscripción del contrato con el beneficiario de la buena pro. Luego de la celebración del contrato, el escenario es diferente porque el Estado y el Administrado, son contrapartes y tienen una relación contractual que tiene su propio sistema de deberes y obligaciones que se alejan del objeto del presente trabajo.

El análisis abarcará etapas posteriores a una eventual declaratoria de interés, ya que desde la óptica del administrado el haberse constituido como el iniciador, tiene algunas prerrogativas posteriores a la declaratoria de interés, y además amerita analizar las circunstancias cuando la decisión de la administración pueda ser modificada por una revocación o nulidad de oficio. Asimismo no puede desconocerse la posibilidad de la acción de lesividad del Estado en sede judicial que puede promoverse en tanto la entidad considere un agravio al interés público⁷³.

El procedimiento de las iniciativas privadas no debe confundirse con el procedimiento de selección posterior a la iniciativa privada (licitación o concurso de proyectos integrales), si bien ambas etapas son necesarias para desarrollar el proyecto, son consecutivas y tienen fines diferentes, en un caso es identificar la existencia de interés público en un proyecto y en el otro seleccionar a los particulares que pueden llevar a cabo el proyecto de forma eficaz y eficiente. MORÓN URBINA al comentar el procedimiento de las iniciativas privadas correspondiente al Decreto Supremo N° 015-2004-PCM que reglamenta Ley

⁷² SHIMABUKURO TOKASHIKI, Néstor Raúl, "Algunos cuestionamientos al régimen de promoción de la inversión privada en los proyectos de inversión privada provenientes de iniciativas privadas de competencia del Gobierno Nacional", En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 13, Lima, octubre, 2013, pág. 111.

⁷³ MORÓN URBINA, J. C., *Comentarios a...*, Ob. cit., pág. 585.

Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada (Ley N° 28059), advierte la existencia de 3 etapas⁷⁴:

- a) Etapa de presentación de iniciativas privadas en proyectos de inversión.
- b) Etapa de evaluación y declaración de interés de iniciativas privadas.
- c) Etapa de selección para la ejecución del proyecto de inversión.

2.2 Análisis y descripción del procedimiento de la iniciativa privada

Las iniciativas privadas acorde a la modificación que hizo la Ley N° 30167 en el Artículo N° 4 del Decreto Legislativo N° 1012, se clasifican en dos:

- a. Iniciativa privada autosostenible, que viene a ser aquella que satisfaga las siguientes condiciones: i. Demanda mínima o nula garantía financiera por parte del Estado, conforme se establezca en el Reglamento del presente Decreto Legislativo y ii. Las garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos, conforme se establezca en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.
- b. Iniciativa privada cofinanciada, que es la que requerirá 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.

Esta clasificación, es trascendente ya que dependerá de la clase de iniciativa privada que se esté tramitando para dar paso a un procedimiento distinto y específico. El nuevo Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 y su última modificatoria⁷⁵, señalan a su vez algunas consideraciones importantes para cada una de las clases de iniciativas privadas⁷⁶.

⁷⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos, "Los derechos del iniciador de proyectos de infraestructura", En: *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias para el IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2010, pág. 82 - 84.

⁷⁵ DECRETO SUPREMO N° 376-2014-EF, "Modifican el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas para la Generación del Empleo Productivo y dicta Normas para la Agilización de los Procesos de Promoción de la Inversión Privada, aprobado mediante Decreto Supremo N° 127-2014-EF".

⁷⁶ Artículo N° 5 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Supremo N° 127-2014-EF.

En el caso de las Asociaciones Público Privadas autosostenibles, se considerará lo siguiente: a) Las garantías financieras serán consideradas como mínimas si no superan el cinco por ciento (5%) del Costo Total de Inversión, b) Las garantías no financieras tendrán probabilidad mínima o nula cuando la probabilidad del uso de recursos públicos no sea mayor al diez por ciento (10%) para cada uno de los primeros cinco (05) 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.

Por otro lado, en las Asociaciones Público Privadas cofinanciadas, se debe tener en cuenta lo siguiente:

- a) Las garantías financieras y las garantías no financieras tendrán una probabilidad significativa de demandar recursos públicos cuando excedan los límites indicados en el numeral 5.1 del presente artículo;
- b) Se considerará como cofinanciamiento a cualquier pago proveniente de los recursos del Estado o que administren las entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley, total o parcial a cargo de la entidad para cubrir las inversiones, operación que incluye la gestión, 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. No se considerará cofinanciamiento la cesión en uso, en usufructo o bajo cualquier figura similar, de la infraestructura o inmuebles pre-existentes, 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 o tarifas, 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 Asociación Público Privada;
- c) Las Asociaciones Público Privadas cofinanciadas podrán desarrollarse sobre la base de uno o más Proyectos de Inversión Pública declarados viables en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública, debiendo cumplir con los requisitos y procedimientos regulados por dicho Sistema y el Sistema Nacional de Endeudamiento. Los proyectos podrán agruparse de manera que reflejen mayor eficiencia, siguiendo criterios de funcionalidad, complementariedad y/o territorialidad;

d) Deberán aplicar el Análisis Comparativo a que se refiere el literal a) del artículo 3° del Reglamento. En caso el Costo Total del Proyecto supere las 100 000 UIT y se requiera un cofinanciamiento mayor al treinta por ciento (30%) de dicho costo, la evaluación del Análisis Comparativo comprenderá un contenido cualitativo y cuantitativo. En los demás casos, dicha evaluación solo comprenderá un contenido cualitativo.

2.2.1 Identificación de la entidad competente

En primer lugar, se debe identificar la competencia de acuerdo al alcance territorial del proyecto y de acuerdo a los activos que se quieren utilizar. Si el activo o servicio público es de titularidad de un Ministerio o una entidad nacional adscrita a un Ministerio, será competente PROINVERSION, en caso el titular sea un gobierno regional, municipalidad provincial o distrital, ésta será la competente.

El particular deberá de identificar plenamente quién es la entidad competente para otorgar derechos sobre los bienes o servicios que estén involucrados en el proyecto que pretende realizar. Para tales efectos, deberá de considerarse que el Decreto legislativo N° 1012 ha dispuesto que cuando un proyecto abarque más de una región, las iniciativas privadas deberán de ser presentadas ante PROINVERSIÓN. En caso abarquen más de una provincia, deberán de ser presentadas ante el gobierno regional correspondiente y en caso abarquen más de un distrito, deberán de ser presentadas ante la municipalidad provincial que corresponda.

Una excepción a la regla general son ESSALUD (Seguro Social de Salud del Perú), el Instituto Peruano del Deporte (IPD) y el Ministerio de Agricultura, que admiten y evalúan las iniciativas privadas de forma independiente e interna.

En el caso de las iniciativas privadas cofinanciadas solo PROINVERSION las recibirá actuando de mesa de parte y éste a su vez las dirigirá a las entidades competentes, no obstante al elaborar el proyecto se debe de especificar quien es la contraparte que evaluará el proyecto, es decir la entidad competente fuera del Ministerio de Economía y Finanzas, la Contraloría y el regulador; ello como mecanismo para controlar y uniformizar el gasto público que generarían las iniciativas privadas, así como centralizar la administración del fondo creado para el financiamiento de estos proyectos.

Inicialmente el procedimiento de la iniciativa privada fue reglamentado para los proyectos autosostenibles. Se tuvo que modificar el Decreto Legislativo N° 1012 para eliminar la exigencia de autofinanciamiento, el proyecto de inversión contenido en la iniciativa privada podrá tener el carácter de cofinanciada, a diferencia de lo establecido anteriormente por la norma, la cual vedaba completamente la posibilidad de que éste demande el otorgamiento de cofinanciamiento o garantías financieras mayores a un 5% del Costo Total de Inversión del Proyecto. Sin embargo, dicho cambio legislativo no fue plasmado en el primer Reglamento de la Ley (que aún exigía como requisito una declaración jurada de no requerir cofinanciamiento), discordancia que se intentó solucionar con la entrada en vigencia de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 (Ley N° 29951), donde PROINVERSION daría prioridad y tramitaría como ventanilla única estas propuestas cofinanciadas. Finalmente el nuevo Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EF que fue modificado por el Decreto Supremo N° 376-2014-EF, reguló las iniciativas privadas cofinanciadas, sus requisitos, oportunidad de presentación y la entidad que les daría trámite (únicamente PROINVERSIÓN).

2.2.2 Elaboración del proyecto

El proyecto debe de ser innovador, generar rentabilidad social y económica para el Estado y el privado. La complejidad del proyecto va a depender de su magnitud, que es directamente proporcional con los estudios a realizarse. El proyecto implica una idea que se identifica, que luego evalúa de acuerdo a sus estudios cuantificando los costos y beneficios, finalmente la implementación de dicho proyecto⁷⁷.

Las opciones que el privado tiene para dar forma a su emprendimiento resulta de una combinación de los activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y servicios públicos, con el tipo de modalidad de participación de la inversión privada (contrato) que va a proponer como puede ser la concesión, arrendamiento, compraventa, derecho de superficie, cesión en uso, o cualquier forma jurídica permita por el ordenamiento jurídico y que sea aplicable en la circunstancia

⁷⁷ MERCADO NEUMANN, E., Ob. cit., pág. 400.

concreta. Por tanto este modelo resulta atractivo para los inversionistas que pueden crear una propuesta adecuada y que no ven muy restringidas (legalmente) sus opciones⁷⁸.

El proyecto debe tener un contenido mínimo precisado en el nuevo reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, el mismo que será diferente según sean cofinanciadas⁷⁹ o autosostenibles⁸⁰.

⁷⁸ VILCANQUI VELÁSQUEZ, Patricia, "Las iniciativas privadas en proyectos de inversión: creatividad, ¿Cuándo limitar y cuándo no?", En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 12, Lima, diciembre, 2012, pág. 294.

⁷⁹ Numeral 25.1 del artículo 25 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, modificado por el Decreto Supremo N° 376-2014-EF:

(...) Las iniciativas privadas cofinanciadas deberán tener plazos contractuales mayores a diez (10) años y un Costo Total de Inversión superior a 10 000 UIT. Tratándose de iniciativas que impliquen únicamente la operación, que incluye la gestión, y mantenimiento, deberán tener un Costo Total del Proyecto superior a 10 000 UIT. Dicha propuesta deberá contener como mínimo la siguiente información:

- a) La información prevista en los literales a) y h) del numeral 20.1 del artículo 20 del nuevo Reglamento; así como la acreditación del proponente.
- b) Descripción de la iniciativa privada incluyendo lo siguiente: i) Nombre y tipo del proyecto, con indicación de la infraestructura pública, servicio público y/o servicios vinculados a estos que requiera brindar el Estado, o materia de investigación aplicada y/o innovación tecnológica que sean competencia del Estado, sobre el cual se desarrollará el proyecto, así como referencias sobre la entidad titular de los bienes sobre los que recae el proyecto o la situación legal de los mismos; ii) Ámbito de influencia del proyecto; iii) Objetivos, incluyendo las características del servicio y, de resultar aplicable, el nivel de servicio a alcanzar; iv) Beneficios sociales del proyecto; v) Razones por las cuales se escoge el proyecto sujeto a aprobación, entre otras alternativas; vi) Costo Total de Inversión y cofinanciamiento del Estado; si el cofinanciamiento incluye los costos de operación y mantenimiento se deberá presentar un monto estimado para dichos costos; y, vii) cronograma de ejecución de las inversiones y cronograma del requerimiento de los recursos públicos.
- c) Sustento de la importancia y consistencia del proyecto con los objetivos estratégicos de las entidades.
- d) Análisis y propuesta de distribución de riesgos del proyecto.

⁸⁰ Numeral 20.1 del artículo 20 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012:

- a) Nombre o razón social del solicitante con indicación de sus generales de ley, acompañando los correspondientes poderes del representante legal;
- b) Propuesta de modalidad de participación de la inversión privada;
- c) Descripción del proyecto, incluyendo: i) Nombre y tipo del proyecto, con indicación del activo, empresa, proyecto, infraestructura pública, servicio público y/o servicio vinculado que el Estado requiera brindar, o materia de investigación aplicada y/o innovación tecnológica de competencia del Estado sobre el cual se desarrollará, así como referencias sobre la entidad titular o la situación legal de los mismos; ii) Objetivos; iii) Beneficios concretos que la ejecución del proyecto reportará para la localidad donde será ejecutado y, de resultar aplicable, por el tipo de proyecto; iv) Ingeniería preliminar del proyecto, en el que de acuerdo a las características del mismo se incluya la información técnica necesaria referida a la iniciativa privada presentada; y, v) Razones por las cuales se escoge el proyecto sujeto a aprobación, entre otras alternativas;
- d) Ámbito de influencia del proyecto;
- e) Evaluación económica y financiera del proyecto, considerando el valor estimado de la inversión, la demanda estimada, los costos estimados, el plan de financiamiento y otros elementos que faciliten su análisis por el Organismo Promotor de la Inversión Privada;

La elaboración del proyecto comprende la realización de estudios económicos y financieros sobre la viabilidad y rentabilidad del proyecto considerando el plazo de contrato, la demanda y flujos de caja esperada, el valor estimado del proyecto. Los estudios también deben de incluir la ingeniería preliminar que puede ser modificada a solicitud del Organismo Promotor de la Inversión Privada, las características y objetivos del propio proyecto. Asimismo se pide que el proponente calcule el ámbito de influencia, y de forma preliminar realice una evaluación del impacto ambiental y desarrolle un plan de mitigación de los efectos ambientales y sociales que eventualmente se pueden generar. Finalmente la propuesta del proyecto debe contener datos que identifiquen al proponente, y comprueben su capacidad técnica, solvencia económica y financiera.

Adicionalmente se pide que los proponentes listen los gastos realizados en la elaboración de la iniciativa privada mediante una declaración jurada que luego servirá para el reembolso en caso que otro ejecute el proyecto. Los gastos se deben de evaluar y se solicitará sustentación de estos, de forma previa a la declaratoria de interés debido a que en este acto se incluirán los gastos evaluados. No se especifica que implica la evaluación, por lo que la administración pública podría no reconocer algunos gastos realizados si a su parecer no eran necesarios o no se encuentran debidamente sustentados, no existiendo un mecanismo establecido para que el proponente solicite una reconsideración en caso la sustentación presentada resulte insuficiente para la administración pública.

A lo anterior se le debe de sumar que el reembolso de gastos solo comprende los gastos realizados cuando se preparó la iniciativa privada y aquellos estudios adicionales que hayan sido requeridos durante el procedimiento, pero no comprende pagos por la utilización de secretos comerciales, o derechos de propiedad intelectual (signos distintivos o propiedad industrial) que el proyecto haya comprendido, si bien es difícil evaluar o

-
- f) Evaluación preliminar del impacto ambiental y, de ser el caso, plan de mitigación social y ambiental;
 - g) Propuesta de plazo de vigencia estimada del contrato correspondiente;
 - h) Capacidad financiera y técnica del proponente de la iniciativa privada, sustentada con estados financieros auditados de los últimos dos (02) años y experiencia para la ejecución, gestión u operación y mantenimiento de proyectos de similar envergadura, debidamente sustentada; y,
 - i) Declaración jurada expresando que la iniciativa privada no solicitará cofinanciamiento público ni garantías financieras o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar recursos públicos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4º de la Ley y el artículo 5º del presente Reglamento (solo autosostenibles).

cuantificarlos, la creación e inventiva que el proponente genera y que un tercero va a aprovechar debe ser recompensada, a esto se le debe sumar la dificultad para que se llegue a un acuerdo que tiene que ser resuelto para poder proseguir con la ejecución del proyecto y por último solucionar el eventual conflicto en caso de derechos no registrados al momento de presentar la iniciativa privada, situación que debiera ser contemplada legislativamente.

2.2.3 Presentación de la iniciativa privada y admisión a trámite

En el caso de las iniciativas privadas autosostenibles, una vez presentadas, la autoridad administrativa va a evaluar su propia competencia, verificar que los requisitos hayan sido presentados y calificar que estos requisitos hayan sido presentados de manera suficiente (cuantitativa y cualitativamente), así como la solvencia técnica y financiera del proponente.

Para la admisión de la iniciativa privada la autoridad debe de verificar que ésta no recaiga sobre los mismos proyectos contenidos en el Plan de Promoción de la Inversión Privada de forma total o parcial, ya que en este caso el proyecto carecería de la innovación que debe ser característica esencial y la entidad habría reservado para sí un proyecto que se superpone o es incompatible con la propuesta, excepto que hubiere transcurrido 240 días sin que se inicie el proceso de selección solo en este caso el Organismo Promotor de la Inversión Privada podrá admitir el proyecto encargándose que se deje sin efecto el Plan de Promoción de la Inversión Privada.

Es muy importante resaltar, que considerando los distintos tipos de proyectos que se pueden proponer, bajo varios tipos de modalidades de participación de la inversión privada, que comprende la posibilidad de uso de diversos tipos de activos del Estado, servicios y obras públicas, resulta imposible uniformizar la magnitud y criterios de evaluación de los requerimientos; en consecuencia la presentación de la iniciativa privada y su admisión a trámite no es un tarea mecánica e implica una labor compleja y analítica por parte del Órgano de Promoción de la Inversión Privada de la entidad competente.

La autoridad cuenta con 10 días hábiles para pronunciarse positivamente o realizar cualquier observación o defecto que sea subsanable, el mismo que debe ser comunicado

al proponente para que en un plazo máximo de 10 días hábiles absuelva lo observado o cumpla lo requerido. Ahora bien se presupone que la autoridad administrativa va a requerir subsanaciones razonables en relación al proyecto y al plazo máximo que se le otorgue, consideremos que si la información requerida es compleja y tiene un plazo no coherente, será un límite no superable por el administrado, cuya consecuencia será que la administración pública considerará la iniciativa privada como no presentada.

Esto puede habilitar que el proponente presente de nuevo la iniciativa privada, sin embargo el considerarse como no presentada ocasiona que la entidad donde se presentó no mantenga la obligación de confidencialidad afectando al proponente pues su proyecto (con los costos de elaboración) se perdería si es presentada por otra persona. Actualmente no se cuenta con un mecanismo a disposición del proponente para solicitar se amplíe el plazo para subsanar por la naturaleza o complejidad de las observaciones para la admisión a trámite de la iniciativa privada, ni para solicitar se extienda la confidencialidad de la propuesta en caso se tenga como no presentada.

Las iniciativas privadas cofinanciadas por su lado, tienen el plazo máximo de 45 días calendario para ser presentadas ante PROINVERSIÓN, una vez que estas hayan sido presentadas por el proponente, PROINVERSIÓN evaluará el cumplimiento de los requisitos establecidos en el numeral 25.1 del artículo N° 25 y verificará, al igual que en las iniciativas privadas autosostenibles, que estas iniciativas privadas no recaigan sobre proyectos que coincidan total o parcialmente con aquellos respecto de los cuales se hubiera aprobado el respectivo Plan de Promoción de la Inversión Privada⁸¹.

También dentro de los 45 días, la Unidad Formuladora de PROINVERSIÓN evaluará y aprobará la capacidad técnica y financiera del proponente sobre la base de los lineamientos que apruebe para tal fin⁸². En caso la propuesta de iniciativa privada cofinanciada requiera subsanación, PROINVERSIÓN, en un plazo máximo de diez días hábiles contados desde el día siguiente de la fecha de presentación de la propuesta, más tres días hábiles para la notificación, podrá requerir subsanar observaciones y/o aclaraciones al contenido de la iniciativa privada.

⁸¹ Numeral 20.3 del artículo 20 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Supremo N° 127-2014-EF.

⁸² Numeral 25.2. del artículo 25 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Supremo N° 127-2014-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 376-2014-EF.

A partir de esto, el proponente tendrá siete días hábiles para realizar la subsanación. Si el proponente no cumple con realizar dicha subsanación en el plazo previsto, PROINVERSIÓN considerará la propuesta de iniciativa privada como no presentada, procediendo a su devolución. Si el proponente cumple con remitir la información requerida, PROINVERSIÓN procederá a la evaluación en un plazo máximo de siete días hábiles y dentro de tres días posteriores a dicho plazo PROINVERSIÓN deberá comunicar al proponente si la iniciativa privada ha sido admitida a trámite.

En caso la propuesta de iniciativa privada cofinanciada no requiera subsanación o aclaración, PROINVERSIÓN en un plazo máximo de diez días hábiles, contados desde el día siguiente de la fecha de presentación de la propuesta, más tres días hábiles para la notificación, comunicará al proponente que la iniciativa privada ha sido admitida a trámite. Las iniciativas privadas cofinanciadas que no sean admitidas a trámite, serán devueltas. De ser admitida a trámite por parte de PROINVERSIÓN, ésta remitirá a cada entidad la iniciativa privada de su competencia, asimismo enviará al Ministerio de Economía y Finanzas el proyecto para que pueda emitir un informe de impacto fiscal, contando con diez días hábiles para ello.

2.2.4 Relevancia y evaluación del proyecto

Una vez que se haya admitido a trámite la iniciativa privada, el Organismo Promotor de la Inversión Privada deberá solicitar la opinión de las entidades vinculadas que tienen en su ámbito al proyecto. En el caso de las iniciativas privadas autosostenibles, la opinión de la entidad o entidades vinculadas versará sobre la relevancia y consistencia con las prioridades nacionales, regionales o locales según corresponda⁸³. Para las iniciativas privadas cofinanciadas, las entidades deberán emitir su opinión sobre la consistencia de las iniciativas con sus respectivos objetivos estratégicos, estas también deberán indicar el orden de prelación de las iniciativas que consideren consistentes con sus prioridades⁸⁴.

⁸³ Numeral 22.1. del artículo 22 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Supremo N° 127-2014-EF.

⁸⁴ Numeral 27.1. del artículo 27 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Supremo N° 127-2014-EF.

La opinión favorable de todas es requisito indispensable para que se continúe evaluando el proyecto. Si las entidades no emiten una opinión favorable dentro del plazo, el Organismo Promotor de la Inversión Privada rechazará la iniciativa privada, en otras palabras el silencio de la administración se entenderá como negativo, lo que puede generar que una actitud negligente por parte de la autoridad administrativa que tiene a su cargo el pronunciamiento o que en caso tenga una opinión desfavorable (sin sustento jurídico) no se pronuncie para evitar motivar su decisión; además se le ha prohibido bajo responsabilidad pronunciarse fuera de este plazo para evitar una opinión favorable contradictoria. En otras palabras el plazo límite establecido y la actitud negligente de la autoridad administrativa generarían un perjuicio en el proponente.

Esto puede ocasionar que la opinión desfavorable no se sustente en la relevancia o consistencia del proyecto con las prioridades de la entidad, sino que resulte arbitraria o sustentada en decisiones extrajurídicas, a lo que se suma la imposibilidad del administrado para recurrir la decisión, el desconocimiento del administrado del estado del proceso porque no existe la obligación de mantenerlo informado, la falta de plazo que tiene el Organismo Promotor de la Inversión Privada para realizar la(s) consulta(s), la falta de plazo para absolver o retransmitir los requerimientos de información adicional que haga la entidad consultada. Resulta importante reflexionar si debería aplicarse las reglas silencio administrativo negativo, y considerar la falta de pronunciamiento un rechazo de lugar como ficción procesal a un mecanismo de impugnación ante autoridad superior, lo que supone identificar indubitablemente a la autoridad responsable de dar respuesta a la consulta y a su superior jerárquico.

La opinión de la entidad consultada comprende una decisión con aspectos no reglados. La evaluación de la coherencia del proyecto con las prioridades de los gobiernos locales o gobiernos nacionales solo será posible de forma objetiva en la medida en que estas prioridades se precisen en documentos de gestión y planes estratégicos. La evaluación de la relevancia del proyecto no tiene parámetros precisos de evaluación, el análisis que debe de aplicar la autoridad no debe referirse a la magnitud del proyecto o el monto de inversión, sino a su utilidad de acuerdo alcance que persigue y su ámbito de influencia, de lo contrario solo serían admisibles proyectos de gran alcance e inversión siendo una limitación para proyectos menores.

La norma, en el caso de las iniciativas privadas autosostenibles le ha dado un plazo máximo de 60 días hábiles para que la entidad consultada se pronuncie, y en caso necesite mayor información para emitir su opinión, esta consulta la puede realizar solo una vez dentro de los cinco días hábiles desde que recibe la consulta, este requerimiento se realiza a el Organismo Promotor de la Inversión Privada quien lo puede trasladar al proponente en caso no pueda absolverlo por cuenta propia, lamentablemente el Organismo Promotor de la Inversión Privada no tiene un plazo para trasladar el requerimiento, entendiéndose que tiene que ser de inmediato. Es un acierto que la entidad consultada solo pueda hacer dicho requerimiento una única vez y obedece a la necesidad de evitar pedidos de información reiterados, innecesarios, o fragmentados, ocasionados por negligencia o impulsado por el ánimo de entorpecer o alargar el procedimiento.

Por otro lado, el proponente solo cuenta con diez días hábiles para absolver los pedidos de información, sin lugar a solicitar mayor plazo en caso el pedido tenga una complejidad o requiera algún estudio o verificación. En este supuesto, no se indica si la demora sería entendida como una negativa por parte del proponente a brindar mayor información, solo se precisa que detiene el cómputo del plazo de la consulta a la entidad, posponiendo indefinidamente la emisión de su opinión, en este punto la carga de la continuación del procedimiento queda en el privado lo que resulta positivo pues es de su interés.

Las iniciativas privadas cofinanciadas cuentan con un plazo menor, la opinión de la entidad vinculada deberá darse en un plazo no mayor de veinte (20) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la respectiva solicitud con la información completa sobre la iniciativa privada. En dicho plazo, las entidades podrán solicitar a los proponentes la exposición de la propuesta de iniciativa privada. De darse el caso que las entidades públicas no emitieran su opinión dentro de dicho plazo, éstas se entenderán como no favorables, en cuyo caso, se rechazará la propuesta de iniciativa privada, es decir aplicaría una especie de silencio administrativo negativo aun cuando no existiría posibilidad de recurrir es decir no constituye una técnica procesal y es una perjuicio al administrado consecuencia de la desidia de la administración.

La evaluación de capacidad presupuestaria se realizará sobre la entidad pública que resulte competente de la propuesta de iniciativa privada cofinanciada, en caso de no

disponer con los recursos demandados los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, podrán ser financiados por el Sector correspondiente mediante acuerdos, convenios interinstitucionales contando con un plazo de veinte días hábiles desde que el Gobierno Regional o Gobierno Local toman conocimiento de la propuesta. Esta suscripción queda totalmente a criterio de la administración y puede determinar que no se lleve a cabo el proyecto si no se celebra, rechazando la iniciativa privada por falta de presupuesto, razón que parece incuestionable por medio de recursos en sede administrativa o judicial.

Una vez recibido el informe de impacto fiscal del Ministerio de Economía y Finanzas que refiere también al monto máximo de compromisos, las entidades emitirán y comunicarán a PROINVERSION su opinión de relevancia y prioridad a dichos proyectos dentro de un plazo no mayor de cinco días hábiles si son ministerios y 15 días si son gobiernos regionales y gobiernos locales. La norma con acierto designa al órgano competente para emitir la opinión de relevancia. . En el caso de las cofinanciadas, el informe de impacto fiscal funciona como un filtro, luego del cual recién la entidad competente podrá conocer la iniciativa.

En ninguno de los casos, se encuentra contemplado en la regulación el pedido para intervenir solicitado por la misma entidad del Estado que reclame competencia o vinculación, ni existe un mecanismo de solución de alguna controversia derivada; en todo caso dicha solicitud sería evaluada por el Órgano Promotor de la Inversión Privada correspondiente.

Cuando la(s) opinión(es) son favorables y se confirma que la iniciativa privada autosostenible o cofinanciada es relevante, se publica la información básica de la iniciativa privada en el portal WEB de la institución. Cabe mencionar que en la norma anterior la iniciativa privada se publicaba desde la admisión a trámite, y con la modificación normativa del Decreto Legislativo N° 1012 y su reglamento, la admisión a trámite no implica que el proyecto vaya a ser publicado en el portal WEB institucional sino cuando el Organismo Promotor de la Inversión Privada va a iniciar la evaluación. Esta publicación sirve para que otros proponentes conozcan sobre la evaluación de un proyecto, en este sentido la publicación en el portal WEB institucional solo debe dar la suficiente información para que el eventual caso de que terceros presenten proyectos coincidentes, limitando cualquier difusión de información que viole la confidencialidad del

proponente previa a la declaratoria de interés. En una eventual violación de la confidencialidad el privado no tiene habilitado un medio de reclamo, solución o indemnizatorio, en todo caso es aplicable la responsabilidad de las autoridades al servicio de la administración pública lo que es únicamente un medio disuasorio.

A partir de la publicación de las iniciativas privadas, el procedimiento de las iniciativas privadas cofinanciadas se torna diferente y más extenso que el de las Iniciativas privadas autosostenibles debido a que las primeras, como ya se ha descrito, implican el uso de los recursos públicos.

Continuando con el trámite de las iniciativas privadas autosostenibles, el Organismo Promotor de la Inversión Privada podrá requerir al proponente de la iniciativa privada cambios en la misma⁸⁵, para lograr que ésta calce con los intereses del gobierno regional o local correspondiente, o que considere necesarias para que el proyecto revista interés público. De estar conforme el proponente con dichas modificaciones el Organismo Promotor de la Inversión Privada solicitará nuevamente la opinión favorable a la entidad vinculada y al Ministerio de Economía y Finanzas en caso la iniciativa requiera garantías⁸⁶.

En esta etapa del procedimiento de las propuestas autofinanciadas se pueden identificar tres problemas: sobre el contenido de las modificaciones o ampliaciones, sobre el plazo que dispone el proponente para aceptar y sobre la imposibilidad de discutir o negociar el plazo de acuerdo a las modificaciones y ampliaciones

En caso el proponente acepte dichas modificaciones, se le dará un plazo adicional y discrecional para que las incluya en el proyecto de forma efectiva, formando parte de la iniciativa privada, en otras palabras se sugiere una modificación a criterio de la administración no restringida a aspectos de forma o fondo, económicos o sociales, sin dar oportunidad al administrado para contestar dicha sugerencia quien puede aceptar o no aceptar la sugerencia, en este último caso se rechaza la propuesta, aun cuando ha sido admitida a trámite. Los mecanismos de defensa del administrado no se deberían

⁸⁵ Numeral 22.3 del artículo 22 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Supremo N° 127-2014-EF.

⁸⁶ Numeral 23.1 del artículo 23 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Supremo N° 127-2014-EF.

restringirse, ante una propuesta de modificación irracional o arbitraria solo le queda no aceptar la propuesta o dejar pasar el plazo para su aceptación.

La norma solo se indica que las ampliaciones y modificaciones que el Organismo Promotor de la Inversión Privada proponga, son las que considere convenientes o necesarias sin más limitaciones que contar con una opinión técnica de las entidades consultadas, lo que puede llegar a ser arbitrario, desnaturalizar el proyecto, disminuir su ámbito de influencia, su demanda esperada, afectar los objetivos buscados por el proponente, los flujos de caja esperados o causar un desequilibrio económico y financiero, dificultando su bancabilidad en caso de iniciativas privadas autosostenibles. Sobre el plazo otorgado para aceptar o no la propuesta se ha establecido en quince días, este implica un reto para el proponente en caso las ampliaciones o modificaciones necesiten de estudios adicionales o verificaciones para poder aceptar la propuesta; en este sentido sería más conveniente que el plazo sea proporcional a la magnitud de las ampliaciones o modificaciones, o bien se permita solicitar una ampliación del plazo, siendo una opción que no exista un plazo sino que se condicione la continuidad del procedimiento siendo ello un incentivo para el proponente.

A pesar de que es una petición de gracia, la iniciativa privada se debe de evaluar bajo criterios, los mismos que la norma ha precisado de forma sucinta y general, referido a la capacidad financiera y solvencia técnica del proponente, si el proyecto es económica y socialmente rentable, y sobre los efectos del proyecto en el medio ambiente, en el paisaje de zonas declaradas área natural o Patrimonio Cultural de la Nación. Conviene la existencia de criterios para que la administración pública tenga lineamientos para conducir su actuación y decisión final, además de ser vinculantes a nivel nacional o regional, sin embargo estos criterios son insuficientes más aún si no se han desarrollado en otro documento que contenga sub criterios con orden de prioridad, para que se reduzca la discrecionalidad y se fomenten los fines de la administración pública y aseguren su actuación objetiva bajo criterios que optimicen el interés público.

Además los criterios contenidos en el reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 olvida incluir principios orientadores como son las políticas públicas de fomento de la inversión privada, descentralización, revalorización de activos o puesta en valor, u otros objetivos de carácter nacional o de interés del gobierno local.

El desarrollo de los criterios subjetivos podría precisar la capacidad financiera por rangos progresivos de respaldo financiero, capital, experiencia, de acuerdo al monto del proyecto. La solvencia técnica puede funcionar como filtro, referido no solo a la experiencia del proponente sino a la experiencia y especialidad de los profesionales involucrados. En relación al proyecto mismo se refiere a la rentabilidad social y rentabilidad económica, se puede acudir a la doctrina para darle contenido, que va a referir al análisis global de costo-beneficio, tomando en cuenta indicadores como el valor actual neto (VAN), la relación costo-beneficio y la tasa interna de retorno (TIR)⁸⁷. El tercer criterio obliga a la autoridad a contemplar los impactos ambientales y sociales, ornato de la ciudad, resguardo de áreas protegidas y el Patrimonio Cultural de la Nación, esto implica remitirse a la normativa sectorial, ambiental, municipal.

Dentro del trámite de las iniciativas privadas cofinanciadas, luego de la opinión de relevancia y prioridad favorable y la respectiva publicación en el Portal Web de PROINVERSION, que deberán ser comunicadas al proponente. PROINVERSIÓN procederá a remitir al proponente el alcance de los estudios de Preinversión del Proyecto de Inversión Pública a ser elaborados de acuerdo a la normatividad del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP). Este paso puede resultar complejo, pues para definir el alcance de los estudios de Preinversión, PROINVERSION debe armonizar los intereses de la entidad involucrada y del Ministerio de Economía y Finanzas, así como de otros organismos técnicos con injerencia en el proyecto. No existe un plazo máximo establecido para que se definan los alcances de los estudios de Preinversión. Ello en la práctica puede conducir a que este paso se prolongue por un tiempo mayor al estimado por el proponente⁸⁸. En caso el proyecto no obtenga la viabilidad en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública, la iniciativa privada cofinanciada será rechazada.

Cuando los estudios de Preinversión se hayan terminado, corresponderá su evaluación, y de ser el caso, la declaración de viabilidad a cargo de la Dirección General de Política de Inversiones (DGPI)⁸⁹ del Ministerio de Economía y Finanzas. Si el proyecto es

⁸⁷ QUISPE RAMOS, Rosario, *Formulación, evaluación y ejecución de proyectos de inversión*, Pacífico, Lima, 2007, pág. 274.

⁸⁸ NALVARTE SALVATIERRA, Pierre, "Las alianzas estratégicas. Trámite y procedimiento de las IP cofinanciada – Parte II", *El Peruano*, Lima, 12 de agosto del 2014, Jurídica 6-7.

⁸⁹ La competencia de la Dirección General de Política de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas ha sido dispuesta por el artículo N° 15 del Decreto Legislativo N° 1012.

considerado como no rentable socialmente bajo la metodología del Sistema Nacional de Inversión Pública, el proyecto será rechazado y el trámite se dará por culminado.

De lo contrario, una vez declarada la viabilidad del Proyecto de Inversión Pública en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública, PROINVERSIÓN realizará la evaluación del Análisis Comparativo, empleando la información contenida en los estudios de Preinversión y otra adicional que pudiera requerir. Lo ideal sería que para esta evaluación PROINVERSIÓN utilice criterios establecidos previamente y que estos estén al alcance del administrado.

En el análisis comparativo, se evaluara si la ejecución de un proyecto ofrece mayor beneficio a la sociedad cuando se ejecuta como Asociación Público-Privada o como obra pública. El análisis comparativo puede contener, a su vez, un análisis cuantitativo y un análisis cualitativo. El primero, solo procederá cuando el costo total del proyecto ⁹⁰ supere las 100,000 UIT y se requiera un cofinanciamiento mayor al 30% de dicho costo. La norma tampoco establece un plazo máximo para realizar este análisis dejando que se establezca a discreción, debiendo supletoriamente aplicarse la Ley de Procedimiento Administrativo General.

2.2.5 Declaratoria de Interés

Para las iniciativas privadas autosostenibles, luego de que se haya admitido a trámite, se hayan obtenido las opiniones favorables de las entidades vinculadas y se haya realizado la evaluación por parte del Organismo Promotor de la Inversión Privada, ésta elaborará una propuesta de Declaratoria de Interés que debe de contener el análisis y un pronunciamiento sobre el interés del Estado. Esta propuesta se hará llegar al Ministerio de Economía y Finanzas en caso que requiera garantías del Estado, al Organismo Regulador en caso el proyecto se refiera a un servicio público e involucre tarifas y finalmente a la entidad que fue consultada en la etapa anterior, quienes deben de expresar su opinión sobre la propuesta de Declaratoria de Interés en veinte días hábiles, pudiendo solicitar al

⁹⁰ Es el costo total de inversión más los costos estimados de operación y mantenimiento de un proyecto o de un conjunto de proyectos con características similares, expresados en valor presente, de los primeros diez (10) años del proyecto o de su vía útil, el que resulte menor. La tasa de descuento a ser utilizada para el cálculo del valor presente será aquella que la entidad defina en función al riesgo del proyecto, la misma que deberá contar con el sustento respectivo.

Organismo Promotor de la Inversión Privada información adicional o realizar consultar por única vez dentro de los cinco días, las mismas que pueden ser trasladadas al proponente de ser el caso que contaría con diez días para absolverlas, mientras no lo haga el plazo se detiene por lo que es un estímulo para el proponente.

Esta opinión puede ser positiva, negativa o no darse en el plazo. Si es positiva el órgano máximo de la entidad que evalúa la iniciativa privada (cuyo Órgano Promotor de la Inversión Privada llevó a cabo el procedimiento) aprobará la Declaratoria de Interés, notificándose al proponente. Si la respuesta es negativa no se ha regulado, por lo que se entiende que se podría devolver al Organismo Promotor de la Inversión Privada que debería modificarla para obtener la opinión favorable. Si dentro de los 20 días hábiles no se pronuncia se entiende que no hay observaciones y se considera favorable, lo que funciona como un incentivo para el caso en que la entidad tenga discrepancias con la propuesta del Organismo Promotor de la Inversión Privada u observaciones se pronuncie dando su negativa o requiriendo mayor información, ya que su silencio será interpretado como favorable.

En el caso de las iniciativas privadas cofinanciadas, el otorgamiento de la Declaratoria de Interés del proyecto se realiza en parte por la entidad competente y en parte por el Ministerio de Economía y Finanzas, además de PROINVERSIÓN que conduce el procedimiento: PROINVERSIÓN realiza el Análisis Comparativo y elabora la propuesta de Declaración de Interés; el Ministerio de Economía y Finanzas debe dar su opinión favorable sobre el proyecto de Declaratoria de Interés, sobre el Análisis Comparativo, la responsabilidad fiscal y capacidad presupuestal, además de que la declaratoria de interés se sujeta a que sea viable de acuerdo al Sistema Nacional de Inversión Pública; y la entidad competente debe dar su opinión favorable sobre la relevancia del proyecto y sobre el proyecto de la Declaratoria de Interés⁹¹. Sería conveniente que cada una de estas entidades cuente con lineamientos sobre el contenido que sus opiniones pueden tener, desarrollando de mejor manera lo dispuesto en el reglamento, y evitar así el exceso o el defecto en sus opiniones.

⁹¹ Numeral 27.4. del artículo 27 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Supremo N° 127-2014-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 376-2014-EF.

De forma adicional pueden intervenir algún organismo regulador y la Contraloría General de la República: el organismo regulador correspondiente deberá emitir opinión favorable cuando el proyecto contemple utilizar el cobro de tarifas de servicio público, y la Contraloría General de la República cuando la propuesta involucre crédito o la capacidad financiera del Estado, aunque esta opinión no es vinculante⁹². Esta opinión si bien se debe de realizar en asuntos de su competencia, no tiene límites ni parámetros precisos por lo cual puede expresar opiniones amplias, a pesar de ello su efecto en el administrado es relativo debido a que no son vinculantes.

Declarada de interés la iniciativa privada, el Órgano de Promoción de la Inversión Privada procederá a notificar la decisión al interesado en un plazo máximo de cinco días hábiles contados a partir de la fecha de adopción del Acuerdo de Concejo.

La declaratoria de interés debe tener un contenido mínimo precisado por la normativa que incluye información sobre el proyecto: objeto, alcance, bienes y servicios que comprende, modalidad, plazo, monto referencial, cronograma, forma de retribución, elementos principales, garantías, indicadores, de calidad y los datos sobre el proceso de selección (requisitos, factor de competencia, modelos de cartas de interés y fianza). Esta información debe ser suficiente para que un tercero pueda decidir dentro de los 90 días siguientes a la publicación de la declaratoria de interés si participar en el proceso de selección o bien presentar una iniciativa privada alternativa, así se promueve la participación de terceros y se evita que la adjudicación directa sea consecuencia de la falta de información dolosa o por negligencia.

El Órgano de Promoción de la Inversión Privada, para conocimiento y participación del público interesado, publicará la Declaración de Interés en el Diario Oficial El Peruano y en otro diario de circulación nacional a costo del solicitante, así como en la página Web del Organismo Promotor de la Inversión Privada, dentro del plazo de diez días calendario desde que el solicitante cubra los costos antes referidos y haga entrega de una carta fianza que asegure su participación, lo que deberá hacer dentro de los diez días calendario de comunicada la declaración de interés. En caso que no se realice el pago de los costos de publicación o no se entregue la carta fianza se dejaría sin efecto la

⁹² Numeral 27.4. del artículo 27 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Supremo N° 127-2014-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 376-2014-EF.

declaratoria de interés, esto contradice la misma declaratoria de interés que confirma el interés en del Estado en que se lleve a cabo el proyecto y la relevancia del propio proyecto, esta confirmación no se ve disminuida ni modificada por el incumplimiento de estos dos actos. Resulta lógico que ante la falta de carta fianza se excluya al proponente que perdería la posibilidad de recuperar los costos de elaboración, pero no que el proceso de selección deje de realizarse ya que el proyecto reviste interés público y puede ser ejecutado por otro privado, bajo un esquema similar al de la iniciativa pública, además evitaría que el procedimiento de la iniciativa privada y sus costos para la administración pública sean inútiles.

Se ha afirmado que el carácter de petición de gracia se mantiene hasta que se convoque al proceso de selección, esto supone que luego de la declaratoria de interés esta se pueda dejar sin efecto, sin que necesariamente adecúe dicha decisión a la revocación o nulidad de oficio.

Si una vez emitida la declaración de interés se generan dos efectos: se afirma el interés del Estado en que el proyecto se lleve a cabo, y se genera un derecho en el privado como proponente a ser adjudicado o eventualmente participar en el proceso de selección, y ser reembolsado por los gastos de elaboración del proyecto; por tanto dejar sin efecto la declaratoria de interés debe de justificarse y materializarse mediante la revocación de oficio o la nulidad de oficio. Más aun considerando que con la Declaratoria de interés se otorgan derechos al proponente, el retiro de estos derechos debe de realizarse bajo parámetros establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General además de generar una distorsión en los fines buscados por el régimen de las iniciativa privadas y por la administración pública, al respecto podemos citar a MORÓN URBINA: “[...] que recién con la declaratoria de interés de una iniciativa privada se reconoce a su titular una serie de derechos de parte del Estado a su favor, como mecanismo para propiciar la formulación y diseño de proyecto de inversión privada sobre recursos estatales por parte de los particulares y, ulteriormente, coadyuvar a la satisfacción de las necesidades que subyacen a los intereses públicos que corresponde garantizar a la Administración Pública.”⁹³

⁹³ MORÓN URBINA, J. C., “Los derechos...”, Ob. cit., pág. 72.

Para las iniciativas privadas autosostenibles, el plazo total que dispone el Organismo Promotor de la Inversión Privada para evaluar el proyecto se ha establecido en la última reforma normativa disponiendo que sean 180 días y 60 días adicionales en caso de complejidad, contados desde la presentación hasta la declaratoria de interés. La ampliación de 60 días se debe sustentar ante el órgano máximo de la institución. Vencido el plazo, el órgano máximo de la institución decidirá si continúa evaluándose la iniciativa privada, lo que en la práctica significa que pasado el plazo se puede ampliar incluso de forma indefinida (no se coloca un máximo) y tampoco bajo qué criterios se debe de agregar un plazo determinado. En caso que el proponente cumpla con sus plazos diligentemente, esta medida genera incertidumbre en el proponente ya que no se trata de un plazo máximo sino un límite temporal que tiene el Organismo Promotor de la Inversión Privada, luego del cual el órgano máximo tiene completa capacidad para decidir si continúa la evaluación o no, no existiendo obligación por parte de la administración pública de sustentar cualquiera de estas decisiones, siendo in discutible por parte del privado.

En caso la demora en el procedimiento sea ocasionada por el Organismo Promotor de la Inversión Privada genera un incentivo perverso pues la propia entidad que ha nombrado el Organismo Promotor de la Inversión Privada va a decidir sobre la continuidad, la posición del órgano máximo puede ser reiterar la confianza en el Organismo Promotor de la Inversión Privada para que siga evaluando indefinidamente la iniciativa privada, o bien puede ser que se estime que la labor realizada por el Organismo Promotor de la Inversión Privada es deficiente, relevándolos de su cargo o bien que la evaluación de la iniciativa privada es impracticable. Todas estas decisiones se deben materializar en un acto administrativo el cual debe ser sustentado y tener las garantías establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Estos plazos máximos del procedimiento no se designan para las iniciativas privadas cofinanciadas, otorgando un margen más amplio para la evaluación y aprobación de la declaración de interés, ya que se considera la trascendencia del uso del presupuesto público, en desmedro del privado.

Finalmente, es importante considerar que el carácter confidencial y reservado de las iniciativas privadas subsiste hasta que sea declarada de interés, debido a que ya se ha

publicado la información principal sobre el proyecto, no obstante subsiste la naturaleza de petición de gracia que puede ocasionar que se deje sin efecto la declaratoria de interés y con ello el proyecto que al haber sido divulgado causaría perjuicios al proponente.

2.2.6 Etapa posterior a la declaratoria de interés

Luego de que se declare de interés la iniciativa privada a presentarse, existen dos caminos posibles, el primero de ellos es la adjudicación directa del proyecto al proponente, al no haberse presentado terceros interesados en su ejecución dentro de los noventa días posteriores a la declaratoria, por otro lado, la segunda posibilidad es el inicio de un proceso competitivo ante la presentación de terceros interesados en el proyecto, caso en el que si el proponente no resulta adjudicado, el beneficiado con la buena pro le reembolsará lo gastado en la elaboración de la iniciativa privada siempre que sea debidamente comprobado.

En ambos casos el Órgano de Promoción de la Inversión Privada, una vez que se adjudique de forma directa o de forma posterior al proceso de selección, se procede a negociar los aspectos no esenciales del respectivo contrato no contemplados en la declaración de interés para luego poder suscribirlo. En esta etapa lo que se debe respetar es el contenido de la declaratoria de interés, que debe recoger lo esencial de la propuesta del privado, más los cambios sugeridos por el administración en el proceso de evaluación. En base a ello, se va a negociar los elementos no esenciales entre el adjudicado y el Estado. Aquí se pueden encontrar dos problemas, el primero se deriva de una mala redacción o elaboración errónea por defecto o por exceso, lo que va a generar que elementos esenciales no estén colocados de forma expresa, que existan elementos esenciales diferentes a los propuestos por el privado, o que finalmente estén colocados elementos esenciales de forma errónea o ambigua. Frente a ello el privado no tiene mecanismos para reclamar ante la entidad respectiva la corrección por lo que se expone a negociar un proyecto que puede resultar poco beneficioso, aunque existe la posibilidad que la ambigüedad lleve a un negocio desventajoso para el Estado afectando el interés público motivo por el cual la firma del contrato puede verse afectada por una eventual revocación de oficio de la declaratoria de interés. La única opción que tiene el proponente es que al evidenciar una declaratoria de interés defectuosa no presente la carta fianza, y pierda los gastos de elaboración de la iniciativa.

El segundo de los problemas se refiere a que aun estando debidamente elaborada la declaratoria de interés, exista una negociación injusta, arbitraria, poco razonable, que exceda o no concilie con la declaratoria de interés, que afecte al privado, que se verá obligado firmar el contrato, quien no puede retirar su propuesta sin que se le ejecute la carta fianza presentada con la declaratoria de interés.

Se debe de diferenciar de la presentación de terceros interesados una vez declarada de interés, de la posibilidad de que una vez admitida a trámite la iniciativa privada, terceros presenten iniciativas privadas que contengan proyectos alternativos. En tal caso, el órgano máximo de la entidad deberá de dirimir cuál de las iniciativas privadas admitidas a trámite tiene mayor interés social, prefiriéndose el trámite de la que cumpla con este requisito y suspendiéndose el trámite de la que no fuera preferida, esta decisión debe ser motivada y sustentada en razón del interés público y no podrá ser impugnada por el proponente en sede administrativa o judicial.

2.3 Beneficios de ser el proponente de una iniciativa privada

Existe un sistema de incentivos al proponente de una iniciativa privada, sobre los cuales la administración tiene un margen de decisión, aunque este se encuentra parcialmente determinado en la normativa, la decisión administrativa no debe restar importancia a estos por lo que dentro del margen de decisión debe proteger la finalidad de estas disposiciones que es la de fomentar el uso de este mecanismo de inversión.

El esquema de incentivos en favor del iniciador propio del régimen de las iniciativas privadas justifica el trato diferenciado en los procesos de selección posterior a la declaratoria de interés. Desde otro punto de vista el iniciador no se encuentra en la misma situación que los terceros interesados que ha hecho un esfuerzo mayor que se reconoce, por tanto no se justifica un tratamiento igualitaria para situaciones diferentes. Cualquier modificación del procedimiento administrativo que realice la administración una vez iniciado el mismo y que carezca de razonabilidad, puede considerarse una afectación al debido procedimiento que como principio general del derecho y del procedimiento administrativo tiene plena aplicación.

Por tanto es razonable que la norma dé ventajas al iniciador de un proyecto, y por tanto que la autoridad administrativa aplique e interprete la normativa en ese sentido. El Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 1387-2009-PA/TC⁹⁴ precisó que PROINVERSION había afectado el debido procedimiento administrativo por haber modificado los requisitos de precalificación exigidos a los terceros interesados en el proceso de selección a quienes solo se les pidió una carta de intenciones de compromiso, señalando que exigir la carta de compromiso de financiamiento era irrazonable, aun cuando había sido requerida al Consorcio que presentó la iniciativa privada. Este tratamiento diferenciado otorgaba una ventaja a los terceros interesados, que resultaba irrazonable por las circunstancias y por el tipo de procedimiento resultando una vulneración al debido procedimiento, en este sentido el Tribunal Constitucional precisó en la citada sentencia: *“(...) este cambio de actitud deviene, pues, en arbitrario y carente de una motivación razonable, pues si se consideraba a este requisito como irrazonable, no era válido que al Consorcio demandante se le exigiera su cumplimiento en la primera etapa del procedimiento”*.

Como se puede ver el respeto de estas ventajas otorgadas al iniciador es una obligación de la administración pública que se puede cautelar acudiendo a un juez.

Es muy importante señalar que el proponente de la iniciativa privada cuenta con dos (2) importantes beneficios que serán importantes al analizar la presentación de una iniciativa privada.

En primer lugar, cuando el proponente presente la iniciativa privada deberá acompañar a la información obligatoria, una Declaración Jurada de los gastos efectivamente incurridos en la elaboración de la iniciativa presentada. La sustentación correspondiente de los gastos declarados se efectuará en el momento en que sea solicitada por la entidad, sin cuya evaluación no podrá pronunciarse sobre la declaratoria de interés. Esta evaluación estima que gastos son razonables y cuáles no; y no puede ser discutida por el administrado, lo que parece ser un desacierto en la normativa, sumado con el porcentaje limitativo del monto (5% del monto de inversión), parecen reducir el impacto de esta

⁹⁴ Proceso interpuesto por el consorcio DH Mont & CG & M S.A.C. contra PROINVERSION por vulnerar el debido procedimiento, declarado fundado.

ventaja, principalmente si el administrado estima que se ha realizado una mala evaluación o que los gastos superan el límite impuesto por la norma.

El segundo beneficio es el derecho del proponente a igualar la oferta que hubiere quedado en primer lugar, para proceder a un desempate definitivo, el mismo que juega un rol trascendental en las oportunidades favorables con las que podría contar el proponente de la iniciativa privada.

Considerando a las iniciativas privadas como una petición de gracia hasta el momento del inicio del proceso de selección, es decir luego de otorgada la declaratoria de interés como indica la normativa. Se desprende, que los beneficios descritos anteriormente, los cuales se generan en la etapa posterior a esta declaratoria, pueden como consecuencia ser retirados en caso de retirarse la declaratoria de interés (como ocurre cuando no se entrega la carta fianza o no se paga la publicación de la declaratoria de interés), esto genera un desincentivo para el proponente, ya que se sustraen de su esfera jurídica tales beneficios.

Este subcapítulo muestra como el procedimiento regulado por el Decreto Legislativo N° 1012 y su reglamento regula la función del evaluador, haciendo hincapié en cada punto donde la discrecionalidad administrativa puede convertirse en un problema para el administrado y para el sistema jurídico en la medida en que el funcionario público aborde esa libertad para evaluar de forma excesiva o irrazonable. En esta sección no se analizan los motivos que pueda tener, sino la norma que los puede originar y la falta de recursos que el administrado tiene, lo que incentiva y consolida la arbitrariedad. Se puede precisar que la norma es beneficiosa, pero el riesgo del privado resulta contraproducente como resultado de este esquema, ante ello una solución efectiva es la recurribilidad y el control, ya que es imposible regular a exactitud todo aspecto y convertir toda potestad dentro del procedimiento en facultades regladas, más aun tomando en cuenta la diversidad de propuestas que el privado puede presentar como iniciativa privada.

Capítulo III

El régimen de las iniciativas privadas y la actuación de la administración pública

1. Diseño del procedimiento administrativo

En este punto se analiza cómo está diseñado el procedimiento y que aspectos pueden ser recurribles, en función de los actos propios del procedimiento y los encargados de conducir el procedimiento. Así se puede llegar a la certeza de que es factible interponer recursos, los aspectos recurribles en este procedimiento y contra quienes se puede realizar por ser titulares de ciertas las obligaciones.

El régimen de la iniciativa privada introduce en el ordenamiento un procedimiento administrativo con características particulares. Desde una perspectiva formal o adjetiva se le puede identificar con un procedimiento especial⁹⁵, al ser regulado principalmente por una norma particular y supletoriamente por la Ley de Procedimiento Administrativo General, que resulta aplicable en cuanto no contradigan o se opongan a la disposición especial⁹⁶. Por otro lado podemos advertir que las actuaciones de la administración pública comprenden actos administrativos, actos de trámite y actos interorgánicos, ordenados para garantizar una adecuada apreciación de parte del Estado sobre el proyecto propuesto.

En cuanto a los temas de fondo, las actuaciones del procedimiento están encaminadas a evaluar el mérito, oportunidad y conveniencia de la propuesta, para conciliar intereses públicos y privados. Este procedimiento administrativo se inicia por decisión del administrado, al tratarse de una petición administrativa para llevar a cabo una Asociación Público-Privada, la voluntad del privado y de la administración se unen en la declaratoria de interés constituyendo un acto administrativo bilateral en su formación⁹⁷.

El procedimiento está orientado a garantizar una actuación colaborativa de parte del proponente con la administración pública, debido a requiere que los proponentes atiendan

⁹⁵ GOROSTEGUI, B., Ob. cit., pág. 302.

⁹⁶ Artículo II del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General:
Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto.

⁹⁷ CASSAGNE, J. C., *Derecho Administrativo*, Ob. cit., pág. 126.

los requerimientos de información adicional, aceptación de las modificaciones al proyecto, absolución de consultas y subsanación de observaciones, que brinden al funcionario elementos de juicio para determinar la relevancia de la propuesta.

Se debe de tomar en cuenta que el procedimiento no debe de alejarse de una de las finalidades del régimen de las iniciativas privadas, que es promover la promoción de la inversión privada, para lo cual busca “[...] promover y potenciar la creatividad del particular para formular y ejecutar proyectos de interés público”⁹⁸. En este sentido los operadores y conductores del procedimiento deben de orientar su labor para el adecuado cumplimiento de los objetivos del régimen de las iniciativas privadas relacionado a la función de fomento del Estado y vinculado directamente con el impulso de actividades identificadas como de interés público para las cuales las iniciativas privadas son un instrumento idóneo, por tanto se deben de salvaguardar en el desarrollo del procedimiento y en cada acto contenido los incentivos y privilegios otorgados al iniciador⁹⁹.

1.1 Identificación de actos administrativos y otras actuaciones de la administración

El procedimiento administrativo que tramita una iniciativa privada contiene una serie de actuaciones. Es importante identificar cuáles son actos administrativos (diferenciándolos de otras formas de actuación incluidos los hechos administrativos) debido a que éstos se someten a reglas específicas que son prerrogativas de los administrados y obligaciones de la administración pública, mientras las actuaciones que no llegan a ser actos administrativos se someten primordialmente al principio de legalidad que involucra a toda labor de la administración pública.

La función administrativa que ejerce el Poder Ejecutivo facultado mediante la normativa comprendida en el procedimiento de las iniciativas privadas permite diversas actuaciones, utilizando la clasificación realizada por DROMI de las formas jurídicas administrativas¹⁰⁰, se pueden enumerar: actos administrativos, actuaciones interadministrativas, hechos

⁹⁸ VILCANQUI VELÁSQUEZ, P., Ob. cit., ídem.

⁹⁹ MUÑOZ, R. A., Ob. cit., 27-29.

¹⁰⁰ DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 10ma edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, pág. 263.

administrativos y se puede incluir el contrato administrativo de una Asociación Público-Privada originado en una iniciativa privada.

Los actos administrativos provienen obligatoriamente de una autoridad administrativa con competencia designada por norma, en el caso del procedimiento de las iniciativas privadas estas declaraciones provienen del Organismo Promotor de la Inversión Privada, de la entidad competente, de las entidades consultadas, Ministerio de Economía y Finanzas o de los organismos reguladores (si el proyecto involucra tarifas y servicios públicos).

Los actos administrativos son aquellas declaraciones producto de valoraciones que realiza la autoridad luego de un proceso de tipo intelectual, mientras las actuaciones o comportamientos materiales u operaciones se traducen en el ejercicio de una actividad física de los órganos administrativos denominados hechos administrativos subjetivos¹⁰¹. El acto administrativo se puede definir como toda declaración “[...] emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen administrativo, propio y típico del Derecho Público, que genere efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados destinatarios del acto”¹⁰².

Esto excluye las opiniones consultivas entre órganos administrativos que no determinan el otorgamiento de la declaratoria de interés (por ejemplo la opinión sobre la propuesta de Declaratoria de Interés que el Organismo Promotor de la Inversión Privada ha elaborado), si bien generan efectos sobre el administrado constituyen efectos indirectos, de igual forma las solicitudes simples que si bien son dirigidos al administrado son actos que carecen de efectos.

Una característica esencial en el acto administrativo es que genere efectos directos sobre la esfera jurídica del administrado o terceros destinatarios del acto, lo que resta importancia a la diferencia entre actos, definitivos o resolutivos y actos de trámite o preparatorios¹⁰³. En este sentido, se reconocen diversos actos administrativos en el transcurso del procedimiento y no solo cuando se otorga o no la declaratoria de interés.

¹⁰¹ CASSAGNE, J. C., *Derecho Administrativo*, Ob. cit., pág. 116.

¹⁰² Loc. cit., pág. 124.

¹⁰³ Loc. cit., pág. 128.

Quedan excluidos aquellos actos que generan efectos indirectos (actos interorgánicos) y aquellos que no generan ningún efecto en el administrado (declaraciones no exhortadas por norma, mero pronunciamiento administrativo o declaraciones sobre derechos preexistentes)¹⁰⁴. En la medida en que las decisiones administrativas incidan en el proyecto, o afecten la relación jurídica del proponente con la administración pública o con terceros, va a existir un acto que se ajusta a la categoría jurídica de un acto administrativo: En cuanto al procedimiento que analizamos los iniciadores no actúan en razón de un derecho específico sino un interés, sin perjuicio de los derechos que le corresponden como administrado dentro de un procedimiento administrativo regular.

Por su parte, la actuación interadministrativa se solicita a otra entidad para que su pronunciamiento forme parte de los actos previos a la emisión de la voluntad definitiva, y se define como “[...] la declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma indirecta”¹⁰⁵. Se pueden reconocer dentro del procedimiento actuaciones interadministrativas: la opinión consultada sobre la relevancia del proyecto realizada por las entidades a cuyo ámbito pertenece el proyecto, la opinión del Ministerio de Economía y Finanzas, entidades vinculadas y/u organismos reguladores sobre la propuesta de Declaratoria de Interés y las actuaciones del sector o gobierno central que brindan asistencia técnica.

Las opiniones consultadas adoptan la forma jurídica de dictámenes, mediante éstos se emiten juicios desde diversos ángulos, más allá de lo estrictamente jurídico, no producen efectos jurídicos directos por lo que no son actos administrativos por no generar un efecto jurídico inmediato sino a través del acto administrativo que se dicte después, pese a ser un acto proveniente de la administración que contienen informes y opiniones de carácter técnico-jurídico que analiza la relevancia del proyecto presentado a la luz del interés público; no obstante deben ser públicos para las partes y terceros con interés jurídico en el procedimiento y no información reservada¹⁰⁶.

Las opiniones consultivas al no generar efectos directos, tienen recurribilidad limitada, debido a que el privado carece de un interés actual (además de no ser consideradas

¹⁰⁴ Loc. cit., pág. 129.

¹⁰⁵ DROMI, R., *Derecho Administrativo*, Ob. cit., pág.457.

¹⁰⁶ Loc. cit., págs. 460 y 463.

actos administrativos), requisito para interponer algún tipo de recurso. Un caso particular que merece análisis son las opiniones consultivas que son vinculantes y pueden determinar que el proceso finalice por tanto genera efectos que repercuten de forma directa e inmediata en el administrado, son asimilables a los actos de trámite que terminan el procedimiento o determina la imposibilidad de continuar por lo que cabe la posibilidad de interponer un recurso sobre ellas sin que sean actos administrativos. Por otro lado se puede considerar que un dictamen vinculante determina la decisión final y por tanto conforman un solo acto complejo eliminando la diferencia entre acto preparatorio y el acto definitivo¹⁰⁷, sucede esencialmente en caso la opinión sobre la relevancia del proyecto sea negativa ello implica necesariamente el rechazo de la iniciativa privada de forma inmediata, en caso sea positiva el procedimiento continúa.

En uso de la clasificación de los actos administrativos realizada por GARCÍA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ¹⁰⁸, dentro del procedimiento encontramos principalmente actos decisorios externos, caracterizados por ser declaraciones de voluntad dirigidas a sujetos distintos de la administración como son los iniciadores, se excluyen lógicamente las actuaciones que son consecuencia de la asistencia técnica que los Gobiernos Regionales y Locales solicitan al Gobierno Central, las opiniones consultivas solicitadas a las entidades vinculadas y las respuestas que el Organismo Promotor de la Inversión Privada efectuó directamente a los requerimientos de información que las entidades consultadas realizan y no necesitan ser trasladadas a los particulares.

Resulta útil apreciar la diferencia entre los actos de trámite y resolutorios dentro del procedimiento que venimos analizando en tanto ambos son clases de actos administrativos cuyos efectos repercuten en el privado. No obstante solo son recurribles aquellos que son resolutorios y deciden sobre la relevancia del proyecto otorgando o denegando la declaratoria de interés (decisión sobre el fondo) y excepcionalmente los actos que no resuelven sobre el fondo del asunto pero que hacen imposible continuar con el procedimiento o determina su fin como son el pronunciamiento que rechaza una iniciativa privada como consecuencia del rechazo a una propuesta modificatoria del proyecto o el pronunciamiento que considera no presentada la iniciativa privada por falta de subsanación.

¹⁰⁷ Loc. cit., pág. 466.

¹⁰⁸ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo Tomo I*, Palestra, Lima, 2011, págs. 611-613.

Las actuaciones de trámite se definen por ser preparatorias, no por ser actos internos o externos, debido a que pueden generarse actos de trámite que sean de una u otra naturaleza, ya que existen actos de trámite directamente externos que vinculan a las partes¹⁰⁹. Estos últimos son comunicados a las partes desplegando sus efectos externos comunicando según sea el caso la terminación del procedimiento, tal como el Decreto Legislativo N° 1012 lo indica haciendo referencia a pronunciamientos expresos en caso de rechazo de la iniciativa privada. Ahora bien las actuaciones materiales o de ordenación del procedimiento (y aun aquellos que no llegan a ser actos administrativos por su falta de efectos directos en los intereses o derechos del administrado) también son recurribles indirecta y conjuntamente con los actos resolutorios por ocasionar o ser parte de un resultado no ajustado a derecho.

Cuando la Ley de Procedimiento Administrativo General hace referencia a actos de “mero trámite” se entiende que estos no alcanzan a ser actos administrativos y su alcance se restringe a actos materiales o de ordenación del procedimiento, motivo por el cual no necesitan motivación¹¹⁰, al respecto MORON URBINA señala que los actos de mero trámite no requieren de motivación salvo cuando afectan derechos e interés de los administrados de forma directa, como los actos denegatorios de actos procesales propuestos por el administrado¹¹¹. Esta condición se convertiría en requisito de validez del acto que eventualmente debería poder ser sujeto de recurribilidad, contrastando esto último con la legislación nacional se puede partir de que si un acto administrativo favorable (estima procedente el pedido) no requiere necesariamente motivación, es indispensable que un acto que afecta intereses o derechos se motive situación que puede comprender a los actos de mero trámite.

1.2 Individualidad de los actos administrativos

Todos los actos previos a la declaratoria de interés se entienden como parte de esta formación de la voluntad de la administración pública, estos se integran como parte integrante del procedimiento y son ingredientes de la voluntad que se consolida a través de procedimiento, por tanto a pesar de ser autónomos se encuentran enlazados unos con

¹⁰⁹ Loc. cit., pág. 614.

¹¹⁰ Numeral 6.4.1 del artículo N° 6 de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

¹¹¹ MORÓN URBINA, J. C., *Comentarios a...*, Ob. cit., pág. 161.

otros, como precisa SÁNCHEZ MORON sobre los actos administrativos de trámite, estos “[...] los actos de trámite son todos aquellos que se dictan en el ámbito del procedimiento desde su iniciación – el propio acto de incoación para empezar – y que se encadenan como eslabones del mismo (informes, pruebas, requerimientos, propuestas, dictámenes ...) hasta la resolución definitiva.”¹¹² Sin perjuicio de ello son actos con individualidad propia (por ello susceptibles de impugnación) vinculados en un mismo procedimiento como un complejo de actos y no un acto complejo¹¹³.

Los actos de trámite en sentido estricto (mero trámite de acuerdo a la Ley de Procedimiento Administrativo General), pueden contener declaraciones de conocimiento o juicio, extraordinariamente de voluntad, sin embargo a diferencia de los actos administrativos, no tienen impacto directo trascendente en los administrados siendo actos materiales de gestión del expediente que siempre forman parte de un acto posterior o un procedimiento, estos actos de ordenación son por ejemplo las solicitudes, requerimientos de información, traslado de requerimiento, propuestas de modificación o ampliación del proyecto.

Como parte del procedimiento de una iniciativa privada se pueden identificar las siguientes actuaciones:

- Observaciones a la admisión a trámite: Es un acto de ordenación del procedimiento que no genera efectos directos en el administrado.
- Admisión a trámite: Es un acto administrativo que verifica el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, su efecto principal es dar inicio a la evaluación de fondo.
- No admisión a trámite: Acto administrativo que siendo de trámite pone fin al procedimiento sin verificar el fondo. En el Decreto Legislativo N° 1012 se precisa que es consecuencia de un defecto en los requisitos no subsanado o subsanado insuficientemente, o bien porque se considera que el proyecto coincide total o parcialmente con el Plan de Promoción de la Inversión Privada. La norma precisa que el proyecto se debe considerar como no presentado, lo que en la práctica implica por un lado que el proyecto puede ser presentado y por otro que la entidad finaliza su

¹¹² SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, 8va edición, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 532.

¹¹³ CASSAGNE, J. C., *Derecho administrativo*, Ob. cit., pág. 634.

labor conjuntamente con las obligaciones incluida el deber de confidencialidad sobre el proyecto ya presentado.

- Solicitud de opinión favorable a otras entidades, solicitud de asistencia técnica a sector o gobierno central, solicitud de información adicional al Organismo Promotor de la Inversión Privada realizada por la entidad consultada, solicitud de opinión sobre la propuesta de declaratoria de interés al Ministerio de Economía y Finanzas, entidades consultadas y/o regulador, solicitud de información adicional dirigida al Organismo Promotor de la Inversión Privada para que el Ministerio de Economía y Finanzas, entidades consultadas y/o regulador opinen sobre la propuesta de la declaratoria de interés: Son simples actos de ordenación o actos materiales donde se busca la actuación interadministrativa o interorgánica.
- Solicitud de información adicional al proponente: Es un acto de ordenación dirigido al administrado que no llega a ser un acto jurídico porque carece de efectos de por sí, en caso la solicitud carezca de la formalidad o requisitos reglados, sea desproporcionado o irrazonable se podría eventualmente recurrir con el acto administrativo que rechace la iniciativa privada consecuencia de no cumplir con la solicitud a criterio de la administración.
- Opinión de las entidades consultadas: Como se mencionó previamente la regla es que las opiniones consultivas no sean actos administrativos sino actos preparatorios en esta situación generada de forma interorgánica, sin embargo en caso de opiniones consultivas vinculantes se presentan dos escenarios, el primero, de una opinión consultiva positiva que por su naturaleza conforman un acto administrativo completo que es parte de la declaratoria de interés y el segundo, de una opinión consultiva negativa que si genera efectos directos e inmediatos por lo que su naturaleza es la de acto administrativo y eventualmente recurrible.
- La solicitud del informe de impacto fiscal al Ministerio de Economía y Finanzas acerca del cofinanciamiento, solicitud de informe de la capacidad presupuestal de las entidades y la solicitud del orden de prelación de las iniciativas cofinanciadas a las entidades competentes: son actos materiales no dirigidos al proponente que no causan un impacto directo en el administrado sino cuando la solicitud es contestada con un pronunciamiento.
- El informe de impacto fiscal del Ministerio de Economía y Finanzas acerca del cofinanciamiento, opinión sobre la capacidad presupuestal de las entidades competentes, el orden de prelación de las iniciativas cofinanciadas para las entidades

competentes y la viabilidad del proyecto de acuerdo al Sistema Nacional de Inversión Pública: Se debe tomar en cuentas que quien conduce el procedimiento es PROINVERSION por tanto así la consulta sea a la entidad vinculada directamente es una opinión consultiva, al igual que la realizada al Ministerio de Economía y Finanzas, la opinión es vinculante por tanto de ser negativa para el administrado pone fin al procedimiento y por tanto resulta recurrible si no se ajusta a ley.

- Propuesta del Organismo Promotor de la Inversión Privada para ampliar o modificar el proyecto: Es una actuación material que no genera efectos jurídicos, su eventual irrazonabilidad sería analizada concentradamente en el pronunciamiento que rechaza la iniciativa privada por no aceptar la propuesta ampliatoria o modificatoria.
- Opinión técnica de las entidades consultadas sobre las propuestas para ampliar o modificar el proyecto: Esta opinión no genera efectos directos e inmediatos en el administrado además se refiere al proyecto de declaratoria de interés y no al proyecto en sí.
- Elaboración y aprobación de contenido mínimo por parte de PROINVERSION, definición del plan de trabajo y cronograma: Son actos de trámite que forman parte de las iniciativas privadas cofinanciadas, son impuestos al proponente por lo que su no aceptación pone fin al procedimiento.
- Análisis comparativo: Este es un acto administrativo dirigido al administrado cuyo resultado afecta los intereses del administrado, sin opinión favorable el procedimiento finaliza, y la opinión positiva faculta a continuar en el procedimiento. Por sus características de acto administrativo, es posible que sea recurrido.
- Pronunciamiento expreso rechazando la iniciativa privada por no aceptar la propuesta para ampliar o modificar el proyecto: Este constituiría un acto administrativo definitivo pues pone fin al procedimiento aunque sin tomar en cuenta el fondo del asunto, como efecto de la supuesta negativa a las ampliaciones o modificaciones.
- Solicitud del Organismo Promotor de la Inversión Privada al proponente, de información adicional para que el Ministerio de Economía y Finanzas, entidades consultadas y/o regulador opinen sobre la declaratoria de interés: En la medida que el Organismo Promotor de la Inversión Privada ha redirigido la solicitud que inicialmente se le realizó sobre consultas e información adicional del proyecto que no ha podido contestar son actos de ordenación dirigidos al administrado, no llegan a ser actos administrativos porque carecen de efectos en sí mismos, en caso la solicitud carezca de la formalidad o requisitos reglados, sea desproporcionado o irrazonable se podría

eventualmente recurrir con el acto administrativo que rechace la iniciativa privada consecuencia de no cumplir con la solicitud a criterio de la administración.

- Opinión sobre la propuesta de declaratoria de interés del Ministerio de Economía y Finanzas, entidades consultadas y/o regulador: Esta opinión es una actuación interadministrativa dirigida al Organismo Promotor de la Inversión Privada, que busca conciliar la relevancia del proyecto ya pronunciada por las entidades consultadas con la declaratoria de interés que finalmente resulta un expresión de voluntad coordinada entre las entidades, los efectos son indirectos en relación al iniciador sea una opinión positiva o negativa que demandara nuevas comunicaciones.
- Declaratoria de interés: Es un acto administrativo definitivo que decide sobre el fondo del asunto estimando la relevancia de llevar a cabo un proyecto poniendo fin al procedimiento administrativo, sus efectos son directos y actuales. Su negativa indica que el Estado carece de interés en el proyecto por tanto afecta una expectativa e interés particular, mientras el pronunciamiento positivo genera un efecto público y privado a la vez, ya que el proyecto se llevaría a cabo y existe una posibilidad de que sea desarrollado por el privado o en todo caso, los gastos de elaboración de la propuesta sean reembolsados. Como requisito de forma la norma precisa que sea establecido mediante acuerdo del órgano máximo del Organismo Promotor de la Inversión Privada.
- Dejar sin efecto la declaratoria de interés por falta de presentación de carta fianza o falta de pago de los costos de publicación: Es un acto administrativo con efecto directos en la esfera jurídica del administrado, la naturaleza de este acto corresponde a una revocación de oficio, aunque como indicaremos adelante, en el supuesto que se produzca como consecuencia de la falta de pago de los costos de publicación se aproxima a ser una sanción por la no realización de una actividad que no afecta el fondo del asunto. La revocación en este caso adquiere naturaleza de sanción, en consecuencia le son aplicables los principios de procedimiento sancionador¹¹⁴.
- Solicitud del Organismo Promotor de la Inversión Privada al Órgano Máximo para la ampliación del plazo de evaluación: Este sería una actuación material entre entidades cuyos efectos son indirectos y condicionados al pronunciamiento del Órgano Máximo.
- Pronunciamiento del Órgano Máximo sobre la ampliación del plazo de evaluación: Este es un pronunciamiento de un órgano administrativo remitido al Organismo Promotor de la Inversión Privada que es parte de la misma entidad, en este se emite

¹¹⁴ MORÓN URBINA, J. C., *Comentarios a...*, Ob. cit., pág. 58.

un juicio sobre la necesidad y/o conveniencia de que el Organismo Promotor de la Inversión Privada tenga más plazo para evaluar la iniciativa privada. Es una actuación administrativa de carácter interno de una entidad donde pertenece el Organismo Promotor de la Inversión Privada, si bien genera efectos en el administrado el acto administrativo será el realizado por el Organismo Promotor de la Inversión Privada en caso se otorgue el plazo requerido, uno menor o sea negativo. Será un acto administrativo complejo en caso sea negativo ya que genera un efecto inmediato y directo, que será vinculante y servirá de fundamento para que el Organismo Promotor de la Inversión Privada determine la finalización del procedimiento.

1.3 Impulso del procedimiento y plazos

El Decreto Legislativo N° 1012 encarga a PROINVERSION o al Organismo Promotor de la Inversión Privada la conducción y evaluación de la iniciativa privada desde su presentación hasta el proceso de selección y adjudicación de la iniciativa privada. La dinámica del procedimiento se encuentra determinada por la normativa que regula plazos máximos por un lado y castiga la inacción por el otro, sin perder de vista que PROINVERSION o el Organismo Promotor de la Inversión Privada dirigen y dan impulso procedimiento. Esta responsabilidad de la administración pública tiene como sustrato el principio de impulso de oficio que nuestra normativa ha positivizado¹¹⁵.

Por la naturaleza del procedimiento que es motivado por el proponente que postula un proyecto que puede resultar de interés del Estado, se debe tomar en consideración que el Estado busca determinar si el proyecto es relevante para la sociedad, que la autoridad administrativa tiene el encargo de verificar y tramitar el proyecto, lo que no se encuentra reñido con la idea de que el iniciador tenga una participación activa en el procedimiento.

Existe en la normativa una falta de orientación participativa del privado en el procedimiento deja en el Organismo Promotor de la Inversión Privada toda la carga del impulso del procedimiento, lo que determina por ejemplo que el iniciador no tome conocimiento del progreso del procedimiento necesariamente o que se limite la presentación de quejas como remedios procesales.

¹¹⁵ Numeral 1.3 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

No se debe de olvidar que el funcionario pública por desidia, negligencia o por intereses particulares puede entorpecer o dificultar el progreso del procedimiento, lo que sucede en dos situaciones: incumplimiento de la normativa y aprovechamiento de los defectos de la normativa; en el primero de estos supuestos cabría interponer una queja, que no resultaría incompatible con el artículo N° 14 del Decreto Legislativo N° 1012 que asigna una naturaleza de petición de gracia al procedimiento, en tanto los defectos de tramitación por inobservancia de la norma no afectan la discrecionalidad del evaluador y la queja no constituye un recurso administrativo contra la decisión (sin discriminar si se trata de aspectos reglados o discrecionales). En el segundo supuesto, la falta de plazos, la interrupción del procedimiento hasta que la administración realice una acción, la asignación prudencial de plazos y la respuesta negativa ante el silencio administrativo genera incentivos contraproducentes a la evaluación eficiente de una iniciativa privada.

Cuando no existe un plazo establecido en el Decreto Legislativo N° 1012 para realizar un acto de trámite se aplica supletoriamente la Ley de Procedimiento Administrativo General que obliga a realizarlo en tres días como máximo lo que aplicaría cuando el Organismo Promotor de la Inversión Privada tiene que trasladar requerimientos de información al administrado cuando las entidades vinculadas lo necesiten, cuando tiene que solicitar la opinión sobre la relevancia del proyecto y cuando el Organismo Promotor de la Inversión Privada tiene que asignar un plazo prudencial para la inclusión de las modificaciones o ampliaciones al proyecto.

Una vez admitida la iniciativa privada, el Organismo Promotor de la Inversión Privada requiere a las entidades vinculadas dar su opinión sobre la relevancia del proyecto, ante lo cual éstas pueden precisar de mayor información ante lo cual el Organismo Promotor de la Inversión Privada puede no trasladar el requerimiento de información al proponente y tampoco absolver las consultas o brindar la información, entonces el plazo que tiene la entidad consultada para emitir su opinión (60 días hábiles) podría detenerse, de forma similar como ocurre cuando el proponente no absuelve o responde cuando el Organismo Promotor de la Inversión Privada le traslada el requerimiento en el plazo previsto (10 días hábiles). Este supuesto no ha sido previsto por la norma, ni se le ha dado plazo a el Organismo Promotor de la Inversión Privada para cumplir con lo requerido, esto perjudica al administrado que ve detenido el procedimiento por una inacción del Organismo

Promotor de la Inversión Privada y porque la entidad consultada ha considerado detener el plazo porque no puede emitir opinión por la falta de información.

Para finalizar cabe hacer una referencia al plazo total que dispone el Organismo Promotor de la Inversión Privada para evaluar la iniciativa privada que es de 180 días hábiles desde su presentación y puede ser ampliado en 60 días hábiles adicionales a solicitud ante el Órgano Máximo de la entidad donde se sustente la necesidad de contar con mayor plazo y la importancia finalizar la evaluación del proyecto. En caso que no se llegue a emitir la Declaratoria de Interés en el plazo, el Órgano Máximo de la entidad decidirá si se continúa con la evaluación de la iniciativa. Como se puede apreciar en ambas situaciones es el Órgano Máximo de la entidad quien tiene la potestad de decidir si continúa evaluando el proyecto la entidad. No existen reglas que deba seguir o criterios que la norma le imponga apreciar sin embargo su decisión debe ser razonable y no alejarse de los fines de la normativa, es así que una decisión de continuar con el procedimiento puede estar sustentada en la importancia que reviste el proyecto para la comunidad, en la complejidad del proyecto, inclusive que las demoras hayan sido originadas por negligencia de parte del Organismo Promotor de la Inversión Privada y no del proponente.

1.4 Autoridades administrativas encargadas de conducir el procedimiento

La conformación del Organismo Promotor de la Inversión Privada, como cuerpo colegiado que tendrá a su cargo la evaluación y conducción del procedimiento de la iniciativa privada tiene especial relevancia en cuanto a la necesidad de solvencia técnica y moral que asegure una decisión adecuada y ajustada al interés público.

La objetividad e independencia del poder político del Organismo Promotor de la Inversión Privada, dependerá en gran medida del mecanismo de designación y de su independencia funcional, situación que no ha sido abordada detalladamente en el régimen legal de las iniciativas privadas. Los comités de inversión de los ministerios y de los Organismos Promotores de la Inversión Privada de los gobiernos locales y regionales, son designados por la misma entidad, dependen funcional y económicamente de ellos, asimismo van a estar condicionados por la misma entidad que los ha elegido obedeciendo a sus fines y propósitos. Si bien es necesario que el evaluador se identifique con las prioridades que la propia entidad estima de interés público, no es menos imperioso que la

designación y remoción no dependan de la misma entidad pues se corre el riesgo de que las decisiones no persigan el interés público sino proteger la designación, evitar la remoción, o se tomen con fines electorales en caso la autoridad pretenda reelegirse y el proyecto pueda influir por generar beneficios a corto plazo.

No existen normas que regulen la remoción de los funcionarios que integren estos órganos, sobre las funciones establecidas en la normativa que deben cumplir no existe un diseño organizacional ni una disposición que preserve la autonomía de éstas. Acerca de la supervisión del cumplimiento de sus funciones no existe una precisión normativa, entendiéndose que los órganos máximos de los ministerios o en su caso el Consejo Regional o Concejo Municipal pueden ejercer control por encontrarse en una posición de superioridad jerárquica ante una eventual queja del administrado, y eventualmente por el órgano de control interno institucional. Cabe precisar que la posibilidad de recurrir las decisiones como forma de control de su actividad es un tema que se desarrolla en otra sección, bajo este título se analiza el desempeño del Organismo Promotor de la Inversión Privada dentro de la entidad que integra y en relación con otros órganos.

En cuanto a los Gobiernos Regionales y Locales no existe parámetro normativo de alcance nacional que detalle la designación y composición de las los Organismos Promotores de la Inversión Privada, solo se establece que son designadas por la entidad para desempeñar la tarea específica y que el órgano máximo (jerárquicamente superior) será el Consejo Regional o Concejo Municipal respectivo, dejando “a discreción de estos niveles de gobierno su composición, los que no necesariamente se acoplarán al modelo que sigue el Gobierno Nacional.”¹¹⁶

En el ámbito de PROINVERSION (proyectos de relevancia nacional) el Consejo Directivo designa a los Comités Especiales de acuerdo al tipo y cantidad de proyectos que ingresen como iniciativas privadas, dejando que su designación sea libre sin requisitos de experiencia, capacidad técnica o moral. Sobre las funciones y composición si se encuentran definidas y preestablecidas en el Reglamento de Organización y Funciones PROINVERSIÓN aprobado mediante Resolución Ministerial de 083-2013-EF/10 publicada el 20 de marzo de 2013, se indica que son órganos colegiados, integrados por tres miembros e indica que son propuestos por el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN y

¹¹⁶ VILCANQUI VELÁSQUEZ, P., Ob. cit., pág. 298.

constituidos por constituidos por resolución suprema, asimismo asignan las iniciativas privadas que evaluarán. El control del cumplimiento de sus funciones en el procedimiento en curso es realizado por el Consejo Directivo como superior jerárquico por medio de la queja que los administrados efectúen, y por el Órgano de Control Institucional que se encarga del control posterior de las labores desempeñadas y responde al Sistema Nacional de Control encabezado por la Contraloría General de la República.

Mientras los gobiernos locales y regionales carecen de disposiciones que le permitan tener una estructura institucional que dinamice y promueva la generación de iniciativas privadas, PROINVERSION y los comités de inversión de los ministerios tienen mayores oportunidades para una gestión exitosa en la medida en que tiene funciones definidas, y una estructura institucional más compleja. Ello no quiere decir que sean autónomos de quien lo designó, lo que tampoco ha sido identificado como una debilidad en la normativa. Por otro lado existe deficiencia técnicas y de personal calificado en los gobiernos locales y regionales, salvo en el caso de Lima Metropolitana, que conduzcan y evalúen las iniciativas privadas, esto puede incluso ser un desincentivo para el inversionista que preferirá esperar la obra pública en lugar de la iniciativa privada como mecanismo de inversión. Esto se suma a la informalidad de los gobiernos descentralizados, falta de simplificación de los procedimientos, y lo poco atractivos que resultan algunos proyectos de menor envergadura por su poco margen de recuperación de inversión¹¹⁷, el resultado es un desincentivo a la presentación de iniciativas privadas y escasez de Asociaciones Público-Privadas.

Atendiendo a esta problemática el régimen de las iniciativas privadas ha facultado que durante el procedimiento los Gobiernos Locales y Regionales pueden requerir asistencia técnica al Gobierno Central (al sector respectivo), sin embargo esta se restringe a una colaboración para la emisión de la opinión de relevancia del proyecto. La asistencia técnica puede requerirse en otras etapas, y aun previamente al inicio del procedimiento. Una salida podría ser la celebración de convenios interinstitucionales con PROINVERSION para la capacitación de los funcionarios e incluso para la delegación de la evaluación y otras etapas del procedimiento.

¹¹⁷ MONGE SAYAN, F. y VALDIVIEZO DEL CARPIO, M. A., Ob. cit., pág. 87.

2. Decisiones de la administración pública

A continuación se explica de qué forma es aplicable el control de las decisiones administrativas, incluyendo la discrecionalidad, para ello se revisan las diversas teorías sobre el particular y como ha sido posible ejercer control sobre ellas. Se estiman las facultades regladas y no regladas en los procedimientos de iniciativas privadas para diferenciarlas y conocer sus elementos, así poder explicar que aspectos pueden ser controlados, y finalmente se analizan que instituciones jurídicas propias del derecho administrativo se pueden aplicar, y como se puede ejercer el control judicial de las actuaciones administrativas y de sus motivaciones lo que comprende el interés público, todo ello evidencia que es posible y conveniente ejercer control a las actuaciones, decisiones y actos administrativos, en sede administrativa y judicial, con las debidas particularidades y oportunidades de cada elemento a ser controlado.

2.1 Discrecionalidad

La discrecionalidad surge como consecuencia de la dificultad o incluso la imposibilidad que tiene el legislador de considerar todas las conductas que el ejecutor puede asumir ante una innumerable cantidad de supuestos de hecho, dejando que se actúe de acuerdo a cada situación mediante normas incompletas, vacíos normativos y delegaciones facultades¹¹⁸.

La discrecionalidad administrativa y su control ha sido ampliamente tratada en la doctrina, en la búsqueda del equilibrio entre respetar la necesaria libertad de decisión a la administración y controlar este libre albedrío sin condicionar, sustituir o menoscabar sus funciones.

Desde la óptica positivista solo se concebía a la discrecionalidad como resultado del proceso de interpretación, es decir por la incertidumbre del lenguaje pero no por hechos inciertos, delegaciones, o términos indefinibles a priori¹¹⁹. Siguiendo la recapitulación histórica que realiza CASSAGNE, la discrecionalidad se desarrolla con el contencioso-administrativo francés y la separación de poderes como regla intensa proscribía la

¹¹⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, "La discrecionalidad administrativa", En: Revista Foro Jurídico, N° 9, Lima, marzo, 2009, pág. 84.

¹¹⁹ Loc. cit., pág. 85.

posibilidad de control judicial, una decisión administrativa proveniente del poder ejecutivo no puede ser desconocida, juzgada o sustituida por el poder judicial. Más tarde se hace ineludible el control de la legalidad de los actos administrativos en cuanto a la formalidad que deben de tener, la competencia del funcionario que la emite y la finalidad del mismo, por lo que surge la jurisdicción contencioso-administrativa, con la limitación del control de contenidos y de actos puramente discrecionales.¹²⁰

En Alemania se produjeron otras teorías que partieron de separar los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas en una norma, para aislar los aspectos discrecionales no controlables y los aspectos que si pueden ser controlados. En algunos casos se restringía el control a las consecuencias jurídicas y en otros casos a la multiplicidad y complejidad de los supuestos de hecho. La teoría unitaria defendida por Martín Bullinger, reconoce la posibilidad que la discrecionalidad se pueda producir en dos escenarios contemplados por la normativa: en la imprecisión en los supuestos de hecho y la imprecisión de las consecuencias jurídicas¹²¹.

Una manera distinta de concebir la discrecionalidad es diferenciar la discrecionalidad técnica que hace referencia a las decisiones de la administración tomadas en base a conocimientos técnicos alejados de lo jurídico. Así se podría excluir del control que se entiende es de tipo jurídico y no técnico, entonces dicha actividad no sería controlable por jueces o se reduciría con el fin de no analizar los aspectos técnicos no jurídicos, esto resulta contrario al Estado de Derecho¹²².

Por su parte DROMI, defiende la existencia de a discrecionalidad por la imposibilidad de prever a priori todos los supuestos de aplicación normativa y la necesidad de que se la oportunidad, conveniencia y mérito se integren a la potestad administrativa para poder conseguir los fines que se les encarga, señala que la discrecionalidad y la oportunidad son cuasi-sinónimos, siendo sucedánea esta de aquella, afirmando categóricamente que son categorías fiscalizables¹²³. Señala que las técnicas de fiscalización parten del control

¹²⁰ Loc. cit., pág. 86.

¹²¹ VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y Arbitrariedad Administrativa*, Palestra, Lima, 2012, pág. 144.

¹²² CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2009, pág. 174.

¹²³ DROMI, Roberto, *El procedimiento administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, págs. 215 y 221.

de la competencia, motivación, comprobación y calificación fáctica, elección (que se asimila al de razonabilidad) y por último de finalidad¹²⁴.

Otra forma de aislar la discrecionalidad y someter a control las decisiones administrativas se materializa mediante la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, que reduce la elección administrativa a un solo concepto que debe ser llenado de contenido por la administración pública, mediante la técnica de remisión legal que espera que el operador de la norma realice un proceso cognitivo o interpretativo.

En este sentido, el acto puede ser controlado plenamente debido a que de acuerdo a las circunstancias existe solo una solución justa, es decir se reduce el margen de decisión administrativa a un “halo conceptual” del concepto en cuestión. Cabe anotar que la composición del concepto jurídico indeterminado tiene tres partes: un núcleo de elementos ciertos donde no cabe mayor examen y siempre será parte del resultado, una zona denominada halo conceptual que es ambigua y requiere de análisis y una tercera zona fuera de los límites razonables donde no podrá darse una solución justa¹²⁵.

Dentro del halo conceptual se presume que las elecciones son justas sin embargo solo existe una que reviste razonabilidad de acuerdo al contexto, y por tanto su pertinencia es susceptible de ser controlada judicialmente. La única solución justa, no se refiere a que la norma haya sido concebida con una sola salida o que solo una conducta interpretativa este revestida de justicia, sino a que la concreta conducta analizada en su propio contexto luego del proceso cognitivo, es de buena fe o no lo es y nunca será las dos cosas a la vez¹²⁶.

Los conceptos de relevancia del proyecto y de interés público son conceptos jurídicos indeterminados que se encuentran insertos en el procedimiento de las iniciativas privadas, donde la solución o elección va a depender del máximo beneficio posible que obtenga la sociedad sin afectar el equilibrio económico financiero para el privado (que constituye el halo conceptual), apreciado con justicia, equilibrio y de buena fe.

¹²⁴ Loc. cit., págs. 223-235.

¹²⁵ CASSAGNE, J. C., “La discrecionalidad...”, Ob. cit., pág. 88.

¹²⁶ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T. R., Ob. cit., pág. 496.

La evaluación de la consistencia del proyecto con las prioridades nacionales, regionales o locales, es una remisión a elementos extrajurídicos como son los planes de desarrollo y promoción de la inversión privada que en caso no esclarezcan el asunto convierten la decisión en una actividad altamente discrecional. La labor de la administración en este caso consiste en identificar las prioridades del Estado, evaluar su aplicación y la capacidad del proyecto para incidir en dichas prioridades.

Siguiendo la clasificación de DWORKIN de acuerdo al margen de decisión que tenga la autoridad, la discrecionalidad puede ser clasificada como fuerte (en caso no exista ninguna delimitación a la voluntad administrativa) y otra débil (si normativamente tiene criterios que conduzcan su decisión o limitan su discernimiento). El régimen de las iniciativas privadas no solo reduce las posibles elecciones del funcionario, sino que determina su decisión mediante los conceptos jurídicos indeterminados y los criterios precisados que aconsejan la valoración de la propuesta. Los planteamientos del privado pueden ser muy diversos y sobre muchas materias, es decir que los supuestos de hecho son casi ilimitados, sin embargo la decisión de la administración se limita a ser afirmativa o negativa y en cada caso la decisión contiene conceptos jurídicos indeterminados (que en teoría admiten una única solución justa) y criterios que remiten a materias determinables extrajurídicamente, por todos estos motivos la discrecionalidad resulta ser débil. Aun en aquellos aspectos en que resultara existir una discrecionalidad fuerte, no implica la ausencia de parámetros como la racionalidad, justicia y eficacia.

2.2 Alcance del control de las facultades regladas y no regladas

Los actos administrativos que se emiten en el marco del régimen de las iniciativas privadas son la materialización de facultades regladas y otras no regladas, principalmente la Declaratoria de Interés que por su contenido discrecional es una facultad cuyo ejercicio responde a un control de mérito, oportunidad y conveniencia.

El procedimiento administrativo como medio de conducción de la voluntad administrativa y control de la actuación de la administración pública, se debe llevar a cabo considerando que los actos reglados responden a un control de legitimidad, legalidad y razonabilidad con arreglo a las normas aplicables, mientras las facultades discrecionales responden a un control de mérito, oportunidad y conveniencia de acuerdo a su coincidencia con el

interés público. Un acto administrativo puede contener facultades discrecionales en mayor o menor medida, por lo que el control de legitimidad puede combinarse con el control de mérito¹²⁷.

Acerca de las potestades discrecionales, lo que se ha podido apreciar en la doctrina y en la jurisprudencia es que para preservar la independencia de poderes se limita el control judicial a un mínimo; se ha adoptado la técnica del control de legalidad y no de oportunidad, entendiendo que con ello se controla la competencia, aspectos formales, requisitos de validez entre otros. Llegar a controlar solo las competencias regladas sujetas a legalidad y no las competencias discrecionales que responden a la oportunidad, mérito o conveniencia, resulta impracticable debido a que no existen poderes reglados o discrecionales en pureza, es decir que una potestad tiene aspectos determinados con exactitud en la norma y algún margen de discrecionalidad, o caso contrario puede dejarse un gran margen para la decisión de la administración lo que no significa que carezca de reglas.

Una forma tradicional de limitar el control de la actividad administrativa ha sido calificar la discrecionalidad de técnica, o bien calificar a la discrecionalidad como política. Sin embargo ambas son completamente compatibles ya que utilizar criterios extrajurídicos para orientar la decisión del funcionario no implica que la decisión sea antijurídica sino enmarcada en la norma. En el caso de las decisiones administrativas donde existen criterios extrajurídicos no precisados por las normas y mucho más en las decisiones discrecionales donde el componente decisor es el interés público, el elemento político convive con lo jurídico (que da el marco de actuación discrecional), lo político se ajusta al marco otorgado por la norma pero la decisión no es únicamente jurídica¹²⁸.

Otra forma de ejercer control sobre la discrecionalidad, que no responde a las características de la decisión (legalidad, oportunidad, mérito o conveniencia) ni a la distinción de los niveles de discrecionalidad, es el control por medio de tres técnicas que reconocen la existencia de elementos reglados y discrecionales en un solo acto administrativo, estas son: i) control de los elementos reglados del acto discrecional y en particular la desviación de poder, ii) control de los hechos determinantes y iii) control por

¹²⁷ CASSAGNE, J. C., *Derecho Administrativo*, Ob. cit., págs. 629 y 630.

¹²⁸ CASSAGNE, J. C., *El principio...*, Ob. cit., pág. 153.

los principios generales del derecho.¹²⁹ En el primero de los casos el control administrativo o judicial no debería ser materia de discrepancia, pues hace referencia a los requisitos de validez formales y de fondo del acto discrecional, incluyendo la finalidad del acto administrativo que es el interés público que el legislador ha precisado, en el segundo de los controles los hechos que sirven de fundamento deben ser conocidos y valorados para calificarlos jurídicamente, lo que si ofrece un margen de discusión. Hasta aquí se hace un examen externo y hasta tangencial sin entrar en el aspecto puramente discrecional, mediante el control por los principios generales del derecho lo que se busca es “[...] penetrar en la decisión enjuiciada hasta encontrar una explicación objetiva en que se exprese un principio general.”¹³⁰ La aplicación de los principios generales tiene como objetivo evitar la arbitrariedad, no son solo enunciados sino que fundamentan y estructuran de forma dinámica cada actuación de la administración pública sea reglada o discrecional.

En relación al control judicial de las facultades administrativas, SÁNCHEZ MORÓN precisa que el control judicial se debe de limitar a un control jurídico o de legalidad (competencial, organizativo y procedimental), los aspectos técnicos o políticos de la decisión deben de quedar fuera del alcance de los jueces. La valoración de los hechos puede ser objeto de una reevaluación cuando la administración haya cometido un error al conocerlos, mientras las consecuencias jurídicas que se decidan deben de permanecer acordes con los principios generales del derecho aun si corresponden a facultades no regladas¹³¹.

Los jueces no pueden apreciar la labor administrativa limitándose a verificar los supuestos de hecho o evaluando las decisiones basándose solo en el principio de legalidad, excluyendo otros principios generales del derecho como la razonabilidad de las medidas. Cabe tomar en cuenta que la labor del juez no es suplantar a la administración judicial sino verificar la aplicación de la normativa y el ordenamiento jurídico general, en el caso de las potestades no regladas o escasamente regladas la observancia de los principios generales del derecho cobra mayor importancia.

¹²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., Ob. cit, págs. 506-517.

¹³⁰ Loc. cit., pág. 514.

¹³¹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, págs. 135 y 136.

El sistema jurídico se debate entre permitir o limitar el control judicial de la discrecionalidad administrativa, que en síntesis es análogo al dilema de evitar la arbitrariedad o respetar la independencia de poderes. La frontera que no se debe transgredir es que el control judicial constituya una invasión de funciones que corresponden al poder ejecutivo. En este sentido se puede optar por el control de procedimiento en lugar del control de la discrecionalidad en sí, en lo que podría ser una tercera vía que responde al control del modo como se empleó la discrecionalidad, y cautelando que la administración tome una decisión razonable controlando la motivación y el procedimiento¹³².

La administración pública en el caso de las iniciativas privadas, aun siendo una potestad discrecional, tiene parámetros de actuación que pueden partir de la obligación de responder o dar trámite a la petición, obligación contenida en el Decreto legislativo N° 1012 y a La ley de Procedimiento Administrativo General, es decir que no tiene discrecionalidad de actuación sino de elección, no puede eludir su obligación de conducción y tramitación de la iniciativa privada. En esta línea de razonamiento, la elección de la autoridad se encuentra acotada, solo puede decidir si declarar de interés o no hacerlo, son dos posibilidades ineludibles (salvo que no se admita a trámite la iniciativa privada por falta de subsanación y se tenga como no presentada).

Las facultades discrecionales que se despliegan a lo largo de un procedimiento pueden ir reduciéndose, aun en el procedimiento de una iniciativa privada, debido a que existe un régimen legal compuesto por normas especiales y otras complementarias que pueden actuar supletoriamente, estas conducen la labor de la administración pública. Los actos administrativos preparatorios, actos de trámite y actos de ordenación se encuentran reglados, tienen plazos definidos por tanto en su ejercicio no cabe mayor elección o discrecionalidad. En los casos de apreciación de suficiencia (cuantitativa y cualitativa) de subsanación de observaciones y absolución de consultas y la propuesta de modificación o ampliación del proyecto, donde si existe un mayor margen de acción que debe ser abordado con razonabilidad, en cumplimiento de la normativa y principios aplicables.

¹³² PONCE SOLÉ, Juli, "El control judicial del procedimiento administrativo y la garantía del derecho a una buena administración", En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 9, Lima, diciembre, 2010, pág. 91.

Caso distinto es el de la opinión sobre la relevancia del proyecto que emiten las entidades a cuyo ámbito pertenece el proyecto y la misma declaratoria de interés donde el margen de apreciación es mayor sin embargo el mérito, oportunidad y conveniencia tienen que ser evaluados en función a parámetros, como los que se han señalado en el Decreto Legislativo N° 1012 y que han sido escuetamente desarrollados¹³³ (capacidad financiera, solvencia técnica, rentabilidad social, rentabilidad económica, afectaciones al ambiente, al paisaje o al Patrimonio Cultural de la Nación), no obstante deben ser utilizados por el funcionario público para sustanciar su elección.

2.3 Revisión de decisiones en sede administrativa

Por mandato legal las decisiones de la administración pública en el procedimiento de la iniciativa privada no son recurribles por medio de apelaciones, reconsideraciones o revisiones, como consecuencia del carácter de gracia asignado. Esta limitación para el administrado es una limitación que también tiene la propia administración para poder revisar sus propias decisiones.

Los principios de tutela judicial efectiva y doble instancia son derechos fundamentales del ámbito judicial y no del ámbito administrativo, por lo que no ampara la recurribilidad en sede administrativa. Otro aspecto que dificulta la posibilidad de recurrir radica en que dada la diversidad de Organismos Promotores de la Inversión Privada, identificar al jerárquicamente superior que resolverá los recursos puede generar conflictos. Por ejemplo en el caso de los gobiernos locales y regionales sería el Concejo Municipal y el Consejo Regional respectivamente salvo que se estime que no es el órgano jerárquicamente superior de forma inmediata como la Ley de Procedimiento Administrativo señala, en el caso de los ministerios u otras entidades el titular del pliego o el consejo directivo pueden ser los indicados para resolver los recursos sin embargo al no existir una designación precisa por la normativa, el Reglamento de Organización y Funciones de la institución lo podría regular incluyendo al Organismo Promotor de la Inversión Privada dentro del organigrama institucional. El caso de que PROINVERSION conduzca el procedimiento, simplifica la verificación del órgano superior en tanto la estructura institucional incluye las direcciones a quienes se les asigna dicha tarea.

¹³³ Artículo N° 21 del Decreto Legislativo N° 1012.

Se debe de estimar que en sede administrativa solo se podría contradecir un acto administrativo existente y dentro del plazo, un acto de trámite solo sería cuestionado por medio de una queja que el administrado podría interponer pero se reitera el problema señalado en el párrafo anterior sobre la identificación del superior jerárquico a quien dirigirla. Cabe aclarar que no se puede confundir la queja con un recurso administrativo al ser un remedio procesal para que el procedimiento siga su curso. Para propiciar la concentración de las medidas recursivas, se procura que los actos de trámite no sean cuestionados autónomamente, salvo cuando el acto de trámite cumple una función definitiva poniendo fin al procedimiento, o cuando determine la decisión final en la cual no será posible que de forma adecuada el administrado los cuestione generándole indefensión.

Además debe de existir legitimación por parte del recurrente, en otras palabras debe ser titular de un derecho o tener un interés legítimo que resulte afectado por un pronunciamiento del funcionario, como se sostiene en el presente trabajo, el iniciador como parte de un procedimiento administrativo tiene derechos actuales y probados. Cabe precisar que el interés no radica en ser beneficiado de con la declaratoria de interés, sino el derecho a un procedimiento regular y a un acto administrativo válido.

A pesar de lo difícil que sería articular mecanismos de recurribilidad, se tiene que reconocer que constituye un derecho del administrado que radica la defensa de un derecho sustancial, mientras que para la administración pública aparece el deber jurídico de actuar conforme a ley y en caso verifique que no ha sido así, revocar o modificar su propio acto que afecta un derecho o interés legítimo y resarcir una conducta ilegítima propia¹³⁴. El derecho de petición reconocido constitucionalmente fundamenta el derecho a interponer recursos administrativos; por otro lado en teoría el derecho de petición le da la posibilidad al administrado de solicitar que se anule, modifique, sustituya, o revoque un acto administrativo, diferente a un recurso administrativo (tiene efecto similares, pero no aplica el plazo y no agota la vía administrativa)¹³⁵.

¹³⁴ DROMI, R., *Derecho Administrativo*, Ob. cit., pág. 1210.

¹³⁵ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Carlos, "Recursos administrativos: conceptos, elementos y presupuestos. Un estudio comparativo de los regímenes peruano y uruguayo", En: *Derecho PUCP*, N° 67, Lima, 2011, pág. 386.

En el caso del recurso de reconsideración, su interposición se fundamentaría en la aparición de una prueba instrumental nueva (hecho nuevo o medio de prueba nuevo) ya que no se puede esperar una nueva apreciación del funcionario solo por pedírsela¹³⁶; este requisito para el caso de una iniciativa privada sería forzado. Se puede imaginar situaciones de probable aplicación: un nuevo hecho que amplíe el ámbito de aplicación del proyecto, una situación que modifique las condiciones del negocio haciéndolo más beneficioso para la sociedad, un hecho que acreciente la necesidad del proyecto, o incluso una norma que se emita con posterioridad al procedimiento y que brinde criterios nuevos para la apreciación del interés público; la reconsideración tiene plena aplicación para una situación controvertida que puede dilucidarse mejor con una prueba nueva, y difícilmente (aunque no imposible) se aplicaría a una iniciativa privada, además que ante cualquier punto controvertido la autoridad puede solicitar al administrado que brinde mayor información.

La apelación implica un pedido para que la autoridad administrativa revise un acto administrativo de un subalterno, por dos posibles situaciones: interpretación incorrecta de los hechos que a nuestros efectos es la apreciación del texto del proyecto mismo, y por una cuestión de puro derecho como sería la inobservancia de los requisitos de validez del propio acto administrativo incluyendo la motivación, la legalidad y la finalidad del acto administrativo, controles que resultan de mucha utilidad en la evaluación de los aspectos discrecionales, además de la evaluación del cumplimiento normativo de los aspectos reglados.

Por otro lado la revisión se habilitará en la medida en que la evaluación inicial se realice en un gobierno local o regional que son instancias de carácter local y por tanto la revisión le correspondería a una entidad de ámbito nacional como requiere la Ley de Procedimiento Administrativo General., que muy bien podría ser PROINVERSION, por esta condición sólo podría ser empleada en caso de iniciativas autosostenibles debido a que las cofinanciadas se presentan ante PROINVERSION directamente.

Se debe aclarar que la anulación no es un recurso en sí, es un pedido que se puede incluir en un recurso. La revocación y la nulidad de oficio tampoco constituyen recursos ya que son mecanismos de uso exclusivo de la administración pública. Ambas son

¹³⁶ MORÓN URBINA, J. C., *Comentarios a...*, Ob. cit., pág. 620.

instituciones que deben tener plena aplicación a todo procedimiento administrativo, consideremos que las normas que las desarrollan limitan los poderes del Estado y sirven de garantía al administrado. La iniciativa privada como procedimiento de sujeta a las normas sobre revocación y nulidad de oficio que la Ley de Procedimiento Administrativo General dispone (recordemos que también regula las peticiones de gracia), afirmar lo contrario sería insostenible jurídicamente desde una perspectiva constitucional y de derechos fundamentales del administrado. Finalmente por el principio de legalidad que informa al poder público, ejercer estas potestades solo es posible en concordancia con el ordenamiento que lo habilita.

La posibilidad de dictar un acto y que no será revisable ni en sede judicial ni en sede administrativa, genere un incentivo perverso y promueve la ineficiencia del poder ejecutivo. Si la decisión tiene aspectos discrecionales, el riesgo a una decisión arbitraria se vuelve más latente si la decisión no será observada por otra persona, y el cumplimiento de los requisitos legales del acto administrativo se puede volver incontrolables por el superior jerárquico. Además de ello, la corrección de un error solicitada por el iniciador no podrá ser realizada por parte de la misma administración, tendrá que ser verificada en sede judicial donde será emplazada la entidad trayendo con ello un perjuicio innecesario al administrado y a la administración.

Finalmente, la posibilidad de recurrir se vuelve necesaria para causar estado. Un juez puede interpretar que la limitación establecida en el Decreto Legislativo N° 1012 es relativa y se debe interpretar dando lugar a la revisión en sede administrativa y judicial, va a exigir que se agote la vía administrativa para poder acceder al Poder Judicial.

2.4 Aplicación de la revocación y nulidad de oficio

La nulidad de oficio y la revocación responden a la potestad de invalidación y son una expresión de la autotutela y el principio de legalidad¹³⁷, su regulación en la Ley de Procedimiento Administrativo General es aplicable a todo procedimiento y faculta a todo funcionario que emite un acto administrativo, claro que le precisa las causales y la forma de ejercer esta potestad, garantizando al administrado que ambas figuras corresponden a un ejercicio regular y razonable.

¹³⁷ Loc. cit., pág. 578.

La nulidad de oficio se declara cuando se incurre en algún requisito de nulidad del acto administrativo, bajo la premisa que dicho causal afecte gravemente el interés público. Es decir que opera como consecuencia de que la misma autoridad advierte un error de derecho, a diferencia de la revocación que se emite en razón del mérito, oportunidad y conveniencia. GARCIA-TREVIJANO señala que la anulación es consecuencia de un vicio jurídico mientras la revocación corresponde a vicios administrativos, como son la apreciación incorrecta de la oportunidad y actuar en contra del interés público, es más estas instituciones resultan excluyentes pues no se puede revocar un acto nulo¹³⁸.

En relación a la nulidad de oficio, los motivos posibles que darían lugar a la anulación de oficio en un procedimiento iniciativa privada serían la contravención del ordenamiento legal, es decir la inobservancia de cualquier norma que regule la relación del proponente con la administración en un procedimiento de iniciativa privada. Por otro lado el defecto u omisión de los requisitos de validez del acto daría lugar a la nulidad de oficio, sobre esto cito algunos ejemplos recurrentes: vicios en la competencia, vicios en el objeto o contenido, vicios en la regularidad del procedimiento, vicios en la finalidad perseguida por el acto que originen una desviación del poder para favorecer a la misma autoridad a terceros o cualquier otras no contemplada por la norma (que siempre es el interés público en última instancia)¹³⁹. Causa nulidad también que el acto sea constitutivo de infracción penal o consecuencia de la misma, que para el caso de las iniciativas privadas tendría relevancia por la posibilidad del delito de corrupción de funcionarios.

Finalmente, en caso el plazo para que la administración anule de oficio un acto administrativo ya hayan transcurrido (un año), para retirar el acto del ordenamiento legal la administración tendría que impugnarlo en sede judicial mediante un proceso contencioso-administrativo. Incluso en la doctrina se contempla la posibilidad de recurrir a la vía de la lesividad para revocar un acto jurídico lo que no está contemplado en nuestra normativa¹⁴⁰. Esta facultad de la administración pública, sin embargo estaría limitada en el procedimiento de la iniciativa privada, si entendemos que la prohibición del Decreto

¹³⁸ GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1986, págs.425 y 426.

¹³⁹ MORÓN URBINA, J. C., *Comentarios a...*, Ob. cit., pág. 580.

¹⁴⁰ GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., Ob. cit., ídem.

Legislativo N° 1012 para impugnar vincula a los poderes públicos, ello haciendo una interpretación literal.

La revocación de un acto jurídico tendrá justificaciones distintas según se trate del ejercicio de facultades regladas o no regladas, debido a que la revocación de un acto jurídico emitido en ejercicio de una facultad reglada responderá a un cambio en las reglas (norma objetiva) que posibilitó dicho acto jurídico o la revocación se basará en normas que reglaron su propia emisión; en cambio si el acto comprende facultades discrecionales la justificación no responde a un cambio en la norma objetiva sino en un cambio en la decisión de la autoridad administrativa, “sin perjuicio de la existencia de límites de razonabilidad puestos al ejercicio de este tipo de control.”¹⁴¹

La revocación es una medida extraordinaria que dicta el órgano máximo de la entidad que permite la reformar, sustituir, modificar o extinguir los efectos jurídicos de un acto administrativo, por un cambio en la apreciación del mérito, oportunidad o conveniencia. Se han establecido tres escenarios taxativos que restringen su aplicación como mecanismo de garantía para el administrado. Estos son los siguientes¹⁴²:

- i. Cuando se ha permitido por norma de rango legal la misma que establece las condiciones para el ejercicio de esta facultad. Esta sería la modalidad pertinente para dejar sin efectos la Declaración de Interés por la falta de pago de las publicaciones en el diario y por no entregar la carta fianza como lo dispone el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012¹⁴³, pero se ha incluido en una norma de rango reglamentario en contravención de La Ley de Procedimiento Administrativo General amparado en el carácter de petición de gracia que según la norma subsiste hasta luego de otorgada la Declaratoria de Interés. Como punto a parte se puede apreciar lo irrazonable de la disposición que faculta al funcionario a dejar sin efectos la Declaratoria de Interés por motivos aleatorios que no guardan relación con el interés público que ya se verificó.
- ii. Cuando la apreciación de elementos de juicio sobrevinientes favorezcan al administrado y no perjudique a terceros. Aquí se pueden producir dos situaciones: en

¹⁴¹ CASSAGNE, J. C., *Derecho Administrativo*, Ob. cit., pág. 630.

¹⁴² Artículo N° 203 de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

¹⁴³ Numeral 25.3 del artículo N° 23 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Supremo N° 127-2014-EF.

primer lugar cuando no se haya declarado de interés y por algún motivo sobreviniente la autoridad estime que se sí reviste interés público, este elemento de juicio tendría que ser desconocido durante el procedimiento (no se debe contar con él) y debe tener plena aplicación como directivas o lineamientos institucionales, disposición que resulta garantista para el administrado ya que este nuevo criterio para determinar el interés público sirve de fundamento para otorgar un beneficio al administrado y nunca para retirarlo, y en segundo lugar cuando se declare de interés, situación que no podría ser modificada aun cuando existan nuevos criterios que sirvan como elemento de juicio por desfavorecer al proponente; y

- iii. Cuando desaparezcan las condiciones exigidas legalmente para que la Declaratoria de Interés subsista y sea indispensable su permanencia, en principio serían las condiciones previstas en el Decreto Legislativo N° 1012, habría que analizar cuáles de esas son condiciones y cuáles son indispensables. Entonces partimos de que la declaratoria de interés otorga un beneficio al proponente con efectos a futuro, es decir que para el acto administrativo se verifica el proyecto en sí y las condiciones del proponente para saber si podrá desarrollar la propuesta (y eventualmente un proceso de selección previo al proyecto). Siguiendo esta línea podemos identificar como condiciones necesarias para el acto administrativo el interés público que reviste la actividad que se propone, la verificación de la capacidad financiera, técnica y legal del proponente que son esenciales para verificar la aptitud del proponente para desarrollar el proyecto, y otras condiciones legales exigidas como no estar inhabilitado para contratar con el Estado. Acerca de la carta fianza (que se exige se mantenga vigente luego de otorgada la Declaratoria de Interés) se puede cuestionar si es una condición indispensable para mantener la relación jurídica, su función es únicamente asegurar que el privado lleve a cabo el proyecto y no se echará para atrás al menos hasta que se inicie el proceso de selección. Ahora bien la falta de una carta fianza no implica necesariamente que el privado no llevará a cabo el proyecto y tampoco implica que otros privados lo harán, motivo por el cual revocar la declaratoria de interés del proyecto no adquiere sentido, entendamos que consecuencia de la revocación no solo se afecta al privado sino al proyecto de interés público que no se llevaría a cabo.

La revocación se debe emplear de forma cautelosa en el procedimiento de la iniciativa privada que es un sistema de privilegios otorgados al proponente, revocar la Declaratoria

de Interés puede generar una distorsión en los fines buscados por el régimen de las iniciativa privadas y por la administración pública, que otorga por medio de ésta derechos al inversionista, citando a MORÓN URBINA: “[...] que recién con la declaratoria de interés de una iniciativa privada se reconoce a su titular una serie de derechos de parte del Estado a su favor, como mecanismo para propiciar la formulación y diseño de proyecto de inversión privada sobre recursos estatales por parte de los particulares y, ulteriormente, coadyuvar a la satisfacción de las necesidades que subyacen a los intereses públicos que corresponde garantizar a la Administración Pública.”¹⁴⁴

Cabe mencionar también que la revocación origina la obligación del Estado de indemnizar por el perjuicio económico que ocasione su decisión en el administrado (por la compensación por los derechos adquiridos, para el proponente el daño emergente se calcularía en base a los costos de elaboración de la iniciativa privada, en los costos procesales y la asesoría jurídica, mientras el daño emergente se estimaría en base a la pérdida de oportunidad de llevar a cabo el proyecto, tomando en cuenta que la declaratoria de interés no es igual a ser beneficiado con la Buena Pro. Esta indemnización debe contemplarse en el acto de revocación o nulidad de oficio, y eventualmente podría ser requerida por la vía judicial como contempla la Ley de Procedimiento Administrativo General¹⁴⁵.

Para finalizar, se debe tomar en cuenta que cuando la revocación adquiere naturaleza de sanción, es decir cuando es consecuencia del incumplimiento por parte del administrado de alguna condición necesaria, se deben aplicar todas las garantías del procedimiento sancionador como por ejemplo los plazos de prescripción y los principios de la potestad sancionadora. No toda revocación que afecte a un privado es una sanción, se debe de considerar la afectación al interés público y la imposibilidad para desarrollar una actividad, como sería perder la capacidad financiera que se requiere o estar imposibilitado para contratar con el Estado. Si la revocación es una medida tomada como respuesta al incumplimiento de una acción o requisito impuesto por ley, sin que este incumplimiento sea contrario al interés público o sea una consecuencia necesaria y lógica, se estaría

¹⁴⁴ MORON URBINA, J. C., “Los derechos...”, Ob. cit., pág. 72.

¹⁴⁵ Artículo N° 205 de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

tratando de una medida con naturaleza de sanción¹⁴⁶, como por ejemplo no cumplir con entregar la carta fianza o no pagar la publicación en el diario de la Declaratoria de Interés.

2.5 Control en sede judicial

2.5.1 Necesidad de control judicial de las prerrogativas públicas

El principio de separación de poderes implica la independencia y equilibrio de los mismos, la independencia de los poderes no implica ausencia de control de la función ejecutiva, legislativa y judicial que los poderes del Estado realizan. Al contrario la división de poderes asigna una función primordial (aunque no exclusiva necesariamente) a cada poder, motivo por el cual la función judicial se encuentra asignada a los jueces.¹⁴⁷ Así mismo los jueces no deben realizar funciones que constitucional y legalmente se asignan a los funcionarios públicos, lo que en la práctica es un desafío para los jueces debido a que el control judicial analiza el sentido y fondo de los actos administrativos (y no solo requisitos de forma), solo de esta manera se percata del interés público y la consistencia de la motivación, entre otros requisitos de validez del acto administrativo que desarrollamos más adelante¹⁴⁸, esto no significa que por medio de una sentencia van a emitir un acto administrativo sino a realizar un examen de no contradicción.

La dificultad de la revisión judicial no solo se encuentra en la separación de poderes y en apartar las funciones del juez y el funcionario público, sino también en que la labor judicial puede llegar a entorpecer la gestión pública o desincentivar la proactividad del Estado, en este sentido comenta CASSAGNE “Así mientras para algunos el control es parte de la tutela judicial efectiva de los derechos e interés individuales y colectivos, para otros, el control de la discrecionalidad es susceptible de impedir o dificultar la realización de los fines económicos y sociales que persigue la Administración, en beneficio de los ciudadanos.¹⁴⁹”

En un Estado de Derecho es necesario el sometimiento a la Constitución y al ordenamiento jurídico general de todas las actuaciones públicas y privadas, en el caso de

¹⁴⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos, “La revocación de actos administrativos, interés público y seguridad jurídica”, En: *Derecho PUCP*, N° 67, Lima, 2011, págs. 450 y 451.

¹⁴⁷ CASSAGNE, J. C., *El principio...*, Ob. cit., pág. 103.

¹⁴⁸ Vid. *Infra*, Derechos Vinculados al acto administrativo, en el punto 3.3 del Capítulo III.

¹⁴⁹ CASSAGNE, J. C., *El principio...*, Ob. cit., pág. 175.

la labor administrativa ejercida por el poder ejecutivo el sometimiento es consecuencia de ser una actividad enmarcada en el derecho lo que hace ineludible su sometimiento al principio de la tutela judicial efectiva y las demás reglas del derecho público. La sujeción de la administración pública al derecho le da por un lado la habilitación para actuar (el funcionario requiere de normas que le den competencia a nivel formal y atribuciones a nivel sustantivo– principio de legalidad) asimismo lo obligan a someter sus decisiones a la jurisdicción, en otras palabras el sometimiento de la función administrativa al ordenamiento legal le da un marco de actuación ex-ante y un sistema de control ex-post.

El control posterior de la actividad administrativa, para la administración pública significa un incentivo a la eficiencia y al cumplimiento de la norma, al contrario la ausencia del control o la sustracción del control para ciertos actos administrativos genera un incentivo perverso; aun en el caso que el sistema normativo contemple la posibilidad de revisión de los actos administrativos en sede administrativa este control es realizado por la misma entidad, lo que le resta objetividad (y constituye un paso adicional necesario para acceder a la jurisdicción desde la perspectiva del administrado). El control posterior para el administrado, es una garantía del correcto ejercicio de las poderes de la administración, concordante con los principios generales del derecho, derechos fundamentales y procura el cumplimiento de los fines de la norma que son relativos al interés público, que es el justificante esencial de las potestades públicas, la ausencia de control deja es desprotección al administrado ante un ejercicio abusivo de las normas o actos que son contrarias al interés particular y público.

2.5.2 Control de constitucionalidad y legalidad

El procedimiento de la iniciativa privada requiere de la administración el seguimiento de una serie de pautas y una decisión final que contiene elementos facultativos. El control judicial sobre estas decisiones es ineludible, aun en el caso de las facultades discrecionales, la discusión en este punto radica en el tipo de control, “El control judicial no se opone al reconocimiento o al ejercicio de facultades discrecionales por la Administración; únicamente garantiza su ejercicio dentro de los límites impuestos por el

ordenamiento jurídico.”¹⁵⁰ Estos límites son los de legalidad de la actividad administrativa y de la interdicción de la arbitrariedad.

En base a principios generales del derecho de tutela judicial efectiva y razonabilidad de la labor administrativa o principio de interdicción de arbitrariedad como se le ha denominado en la doctrina y derecho comparado, no se puede dejar sin control judicial ninguna actividad administrativa¹⁵¹.

Asimismo, toda actividad no reglada deben someterse a control al igual que toda actividad reglada, ello se encuentra relacionado directamente al principio de tutela judicial efectiva y responde a la necesidad de la interdicción de la arbitrariedad, dentro del sometimiento de toda actividad a la Constitución.

La interdicción de arbitrariedad en la actividad del Estado además de ser un principio general del derecho forma parte del control constitucional (que no ampara el abuso de derecho), y cobra una relevancia mayor para el caso de las actividades discrecionales, porque dentro de estas facultades puede existir una decisión irrazonable que no puede ser verificada a la luz de las normas inmediatas debido a que es una facultad no reglada y por tanto la aplicación de principios se vuelve más importante a fin de evitar arbitrariedades, como puntualiza CASSAGNE sintetizando a GARCÍA DE ENTERRÍA, estos principios se traducen en técnicas concretas que transitan por una serie de principios generales aplicables a los poderes públicos como la necesidad de motivación, razonabilidad, proporcionalidad, fin del acto administrativo o evitar desviación del poder, buena fe, entre otros¹⁵².

2.5.3 Prohibición de revisión en sede judicial

El Decreto Legislativo N° 1012 señala que el derecho del proponente se agota con su ejercicio sin posibilidad de impugnación en sede judicial o administrativa (que mantienen ese carácter hasta que se dé inicio al proceso de selección). Estimo que esto responde a la lógica de limitar los recursos o medios impugnatorios que pueden ser interpuestos por

¹⁵⁰ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la administración*, 2da edición, Aranzadi, Navarra, 2000, pág. 149.

¹⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., Ob. cit., págs. 522-525.

¹⁵² CASSAGNE, J. C., “La discrecionalidad...”, Ob. cit., pág. 89.

los administrados que desean promover un negocio, cuando el Estado ya ha determinado que no es viable el proyecto en sí (por carecer de interés o inconsistencia del negocio) o por falta de aptitud del proponente, en el caso de las iniciativas privadas cofinanciadas el motivo puede ser presupuestal también, el sustento radica en que es inútil solicitar que el juez cuestione un acto administrativo que es una gracia que la administración puede brindar, que ha sido solicitado sin un título, es decir donde el administrado no tendría un derecho o interés legítimo.

Aquí existen varios puntos que analizar, la iniciativa privada como procedimiento administrativo reviste una serie de reglas reguladas por la Ley de Procedimiento Administrativo General, por el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, además de las normas de inferior rango que desarrollan, complementan y especifican el procedimiento, por tanto una vez iniciado el procedimiento el privado adquiere categoría de administrado dentro del procedimiento aun tratándose de una iniciativa privada; por tanto le corresponden obligaciones y derechos que todo el ordenamiento le reconoce, por su parte la administración pública también tiene obligaciones que le son exigibles por su contraparte y prerrogativas que tienen límites. Esa condición de administrado y contraparte de la administración en un procedimiento administrativo le da un interés legítimo para iniciar un proceso judicial. Acerca de la reconsideración de la viabilidad del proyecto, el poder judicial no debe pronunciarse sino sobre la legalidad en la conducción del procedimiento, razonabilidad de las medidas discrecionales de la administración, la motivación suficiente y alineada con los objetivos institucionales, y si el fin del procedimiento y la normativa se han cumplido. En conclusión, el control judicial de la iniciativa privada no puede encontrarse limitado totalmente, por lo que la disposición de la norma debe interpretarse aisladamente y la referencia al carácter de petición de gracia es aplicable en referencia a la discrecionalidad. La restricción de la recurribilidad judicial por medio de una norma de rango legal debe de relativizarse mientras no exista una aclaración o modificación normativa, de lo contrario se generaría una situación de indefensión de los administrados frente a arbitrariedades y un espacio sin control legal o constitucional.

El control judicial no se limita a la verificación de la legalidad del acto administrativo, ya que solo el cotejo del cumplimiento normativo sobre la competencia, requisitos de forma y de fondo, dejaría aspectos trascendentales sin tutela judicial. El control de uno de los

poderes del Estado debe realizarse en función a los fines, a la Constitución, a principios, y al interés público que es la justificación primordial para el ejercicio de los privilegios públicos, aun en el caso de que el acto administrativo cuente con los requisitos para su emisión, el control judicial puede verificar la suficiencia de contenido de estos.

Un tema a parte, acerca de la confidencialidad de la iniciativa privada presentado ante la autoridad. El detalle del contenido (análisis financiero, estudios de mercado, estructuración del negocio, mecanismo de financiamiento, entre otros) tiene carácter confidencial y reservado, esto obliga al Organismo Promotor de la Inversión Privada (a todos los agentes involucrados en la entidad) a no divulgar la información, no utilizarla y cuidar de que terceros tengan acceso a la misma. Su divulgación generaría un perjuicio al proponente por el sistema de prelación de una iniciativa privada con respecto de otra¹⁵³, ante esta afectación el privado tendría la posibilidad de requerir a la administración medidas disciplinarias al funcionario infractor y también un resarcimiento económico ante el Poder Judicial. La infracción al deber de confidencialidad no debe incluirse dentro de la limitación a la impugnación, ya que no es parte del pronunciamiento de la administración.

Una vez concluido el procedimiento negativamente para el proponente, el proyecto es devuelto y no se ha contemplado que el deber de confidencialidad y reserva se mantenga por un periodo adicional, o bien que se limite el uso del proyecto (datos, estudios, estructuración del negocio, entre otros) por parte del Estado para convocar a un concurso público, a pesar de la ausencia en la normativa el privado puede recurrir a la vía judicial por medio de un proceso de reparación civil, incluso si esta información ha sido brindada a un tercero su utilización generaría un enriquecimiento sin causa regulado por el Código Civil, originando la obligación de indemnizar.

2.5.4 Legitimación activa del proponente

El proponente para ser parte de un proceso judicial interpuesto en contra de la administración pública, debe detentar un derecho propio (a título personal), inmediato (existente o vigente) y concreto, debiendo alegar la lesión o perjuicio de un derecho del que es titular y que es consecuencia de la conducta estatal que se estima ilegítima.¹⁵⁴

¹⁵³ MARTIN TIRADO, R., "Las iniciativas...", Ob. cit., pág. 27.

¹⁵⁴ CASSAGNE, J. C., *El principio...*, Ob. cit., págs. 135 y 136.

La titularidad del derecho, el perjuicio y la ilegalidad de la labor administrativa, otorgan la legitimidad al privado para dar inicio a un proceso contencioso-administrativo. Con la presentación de una iniciativa privada, el particular se coloca en una situación jurídica frente a la administración pública, generando obligaciones a ésta última aun tratándose de una petición de gracia¹⁵⁵.

El administrado tiene un interés legítimo porque es parte en un procedimiento administrativo regulado por el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, configurando un derecho objetivo cuya vulneración constituye una afectación a la esfera jurídica del administrado (como peticionante). La medida correctiva que eventualmente el juez va a determinar va a afectar positivamente la esfera jurídica del administrado, generando un beneficio para él por lo que no podemos hablar de un interés simple.

Por otro lado el derecho a un procedimiento ajustado a derecho y a recibir una respuesta oportuna y satisfactoria, es un derecho vigente e inmediato. Lo que el administrado no puede solicitar es ser beneficiado con la declaratoria de interés, no solo porque excede de las posibilidades del juez, también porque no compone un derecho, es una calificación al proyecto que otorga una ventaja al iniciador que es potencial durante todo el procedimiento, es más de presentarse la impugnación judicial de un acto de trámite la declaratoria de interés sería con mayor énfasis un escenario potencial.

Debemos de considerar que un proponente va a acudir al poder judicial, mayoritariamente cuando la declaratoria de interés no le ha sido otorgada, y va a cuestionar el procedimiento y/o los requisitos de forma o de fondo, buscando que al remediar estos defectos de forma o fondo, la decisión se revierta a su favor y se le otorgue la declaratoria de interés. Esto no es obstáculo para que tenga legitimidad procesal debido a que el interés por cautelar sus derechos puede convivir con los intereses particulares (aunque estos últimos no pueden motivar solos el procedimiento).

¹⁵⁵ Ver Supra, Petición de gracia en la administración pública, en punto 2.4 del Capítulo I.

2.6 Criterios orientadores y elementos de juicio de la administración pública

La administración pública como parte del régimen de las iniciativas privadas debe pronunciarse indicando si el proyecto es relevante y consistente con las prioridades institucionales. Posteriormente debe pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto, su rentabilidad social y económica para declararla de interés. Ahora bien, esto no resta importancia a que las decisiones tomen en cuenta la orientación económica del Estado (Economía Social de Mercado), las funciones encargadas a la administración en materia de promoción de la inversión y los objetivos públicos perseguido por la entidad en particular.

Las prioridades institucionales serán nacionales para el caso de los ministerios y entidades de ámbito nacional, mientras serán locales y regionales para los Gobiernos Regionales y Locales respectivamente. La relevancia tiene relación con el interés público que reviste el proyecto, lo que amplía enormemente el margen de decisión y sus parámetros más difusos.

Las decisiones de la administración pública difícilmente encuentran un criterio cierto y uniforme para decidir sobre la viabilidad de una propuesta de una Asociación Público-Privada originada en una iniciativa privada. En primer lugar se debe de decidir si es preferible llevarlo a cabo por medio de una Asociación Público-Privada en lugar de una obra pública, en segundo lugar decidir si la iniciativa privada coincide con las prioridades de la institución y el interés público, sin dejar de lado evaluación sobre la rentabilidad social y económica¹⁵⁶ que al ser aspectos técnicos revisten menor discrecionalidad.

En el Perú no existe una planificación uniforme de proyectos de iniciativa estatal y tampoco una identificación de necesidades de bienes y servicios a nivel nacional o local que deban ser cubiertos por medio de la iniciativa privada. Por tanto se pueden presentar dificultades para advertir la conveniencia de una iniciativa privada que de origen a una Asociación Público-Privada frente a una obra pública, situaciones de superposición de objetivos de proyectos, escenarios de iniciativas estatales donde la iniciativa privada

¹⁵⁶ La rentabilidad de un proyecto solo se determina por comparación de sus costos y beneficios. El análisis global de costo-beneficio que utiliza criterios económicos de Valor Actual Neto (VAN), la relación beneficio-costos y la Tasa Interna de Rendimiento (TIR). QUISPE RAMOS, Rosario, *Formulación, evaluación y ejecución de proyectos de inversión*, Pacífico, Lima, 2007, pág. 274.

pueda resultar más eficiente, proyectos aislados cuyo impacto puede reducirse por no ser parte de un programa pre establecido, entre otros problemas. Como analiza HUAPAYA: “Estas deficiencias, podrían superarse si es que se tuviera una entidad central de coordinación y planificación de APP en el medio, al igual que existe en Colombia, Brasil o México, por señalar ejemplos de países que están planificando su desarrollo por medio del impulso de APPs.”¹⁵⁷

Las prioridades institucionales que sirven de criterio no ayudan a reducir la discrecionalidad en tanto no estén plasmadas en documentos oficiales, por ejemplo a nivel nacional el Plan Bicentenario elaborado por el Centro de Planeamiento Estratégico – CEPLAN aprobado por Decreto Supremo N° 054-2011-PCM, planes multianuales, planes operativos; a nivel municipal y regional planes estratégicos, planes de desarrollo, programas de ordenamiento territorial, en fin cualquier documento que pueda identificar las prioridades y necesidades públicas y que hayan sido elaborados, publicados y emitidos con anterioridad.

Esto ayuda a orientar al privado en la elaboración de sus proyectos y evitar la arbitrariedad en las decisiones que tome la autoridad. La motivación de la Declaratoria de Interés debe tomar en cuenta estos documentos, y hacerlo de forma necesaria si son documentos oficiales y vinculantes.

La capacidad financiera, solvencia técnica, rentabilidad social, rentabilidad económica, afectaciones al entorno, el impacto fiscal, son elementos de juicio para la evaluación de las iniciativas privadas y se encuentran establecidos normativamente. Estos difícilmente pueden ser considerado conceptos jurídicos indeterminado de acuerdo a lo explicado previamente, sino son remisiones a conceptos extrajurídicos que no resultan ser indeterminados, no están desarrollados con amplitud en el Decreto Legislativo N° 1012 pero no por ello carecen de contenido, el mismo que debe buscarse en otras ciencias y cumplen la función de dirigir la voluntad de la administración.

En el caso de la afectación al entorno se hace referencia al paisaje, ambiente de una zona declarada como área natural protegida y/o al Patrimonio Cultural de la Nación, por lo que el supuesto para negar la procedibilidad de un proyecto se encuentra definido solo debe

¹⁵⁷ HUAPAYA TAPIA, R., Ob. cit., pág. 23.

de apreciarse si el proyecto presentado tiene dicho efecto. En la práctica resulta más complejo evaluar si el proyecto tiene una real repercusión ya que se estiman efectos a futuro por tanto se deben conjeturar probabilidades, en consecuencia si va a existir discrecionalidad aunque en menor medida.

Cuando la norma remite a conceptos no jurídicos que pueden ser base para una decisión, por lo general remite a criterios objetivos determinados o determinables como la capacidad financiera, solvencia técnica, rentabilidad social y rentabilidad económica, sin embargo el sustrato de la decisión y la forma de efectuarla será fundada en derecho por tanto no puede ser irrazonable¹⁵⁸.

2.7 Interés público como determinante de la elegibilidad de un proyecto

El interés público se inserta en el procedimiento administrativo de las iniciativas privadas en dos planos: la administración debe de evaluar si el proyecto es relevante para el interés común como el régimen de las iniciativas privadas lo dispone, si llevar a cabo el proyecto va a generar mayor bienestar en la población y por ello el Estado desea que el privado lo desarrolle, aquí entonces opera como un concepto jurídico indeterminado que el operador del derecho debe determinar, y que va a formar parte del mismo proyecto. Por otro lado, toda decisión de la administración pública debe perseguir el interés público, la finalidad de toda acción es alcanzar el interés público, al margen de que una norma especial lo precise y va más allá del proyecto en sí, esto incide en el impulso de oficio que caracteriza el procedimiento y en la decisión final sea positiva o negativa. Esta diferencia se explica mejor en la Resolución recaída en el Expediente N.º 0090-2004-AA/TC:

“Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo.”¹⁵⁹

¹⁵⁸ CASSAGNE, J. C., “La discrecionalidad...”, Ob. cit., pág. 91.

¹⁵⁹ Considerando N° 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC, 05 de julio del 2004, que resuelve el Recurso extraordinario interpuesto por Juan Carlos Callegari Herazo contra la sentencia expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró improcedente la acción de amparo.

La acción de la administración pública no siempre está determinada con exactitud por una norma, ello como consecuencia de lagunas normativas, normas oscuras, imperfectas o incompletas, o bien por remisiones normativas o por fórmulas que contienen conceptos jurídicos indeterminados, requiriéndose de la apreciación discrecional del funcionario público. Concebir al interés público como orientador principal de la actividad pública plantea ciertas complicaciones por la ambigüedad del concepto que finalmente puede sustentar muchos resultados igualmente satisfactorios como también muchos resultados solo aparentemente justos. El interés público es por excelencia una fórmula de concepto jurídico indeterminado y corresponde al operador de la norma que le dé contenido de acuerdo a la circunstancia lo que hace necesaria la discrecionalidad; el Tribunal Constitucional precisa al respecto:

“El interés público, es típicamente un concepto indeterminado. Es decir, 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 podrá ser concretizado en cada caso en atención a las circunstancias.

Así, no se trata de un concepto librado enteramente a la discrecionalidad de la Administración, pues ello supondría en muchos casos justificar la arbitrariedad, sino que se trata de un concepto cuyo contenido deberá ser explicitado en cada caso en atención a circunstancias concretas que además hacen razonable poner fin a la concesión.”¹⁶⁰

Entonces se puede señalar que solo el contexto complejo y las prioridades nacionales y locales pueden dar un verdadero contenido al interés público, que fundamente de manera efectiva una decisión.

La forma como el funcionario le ha dado contenido al interés público sirve para efectuar un control de las decisiones administrativas, que pueden haberse fundamentado en el bien común. La adecuada motivación y fundamentación del interés público se puede apoyar en la jurisprudencia, en la doctrina, en las necesidades públicas evidenciadas por demandas sociales.

¹⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 2488-2004-AA/TC, 10 de octubre de 2006, sobre la acción de amparo interpuesta por la Empresa de Transportes Sol del Perú contra la Municipalidad Provincial de Pasco.

3. Derechos de los administrados

En esta sección se desarrollan los fundamentos del eventual control a que es sujeta la actuación administrativa en un procedimiento administrativo, es decir los derechos y principios afectados que se van a cautelar por medio de los controles, asimismo se van a explicar cómo pueden ser afectados y la vigencia de estos derechos a nivel constitucional y como consecuencia de la emisión de actos jurídicos relativos principalmente a la Ley de Procedimiento Administrativo General.

3.1 Derechos fundamentales vinculados a las iniciativas privadas

Los derechos fundamentales son uno de los parámetros contenidos en la Constitución, que justifican, limitan y organizan las obligaciones y deberes del Estado incluyendo el accionar relacionado con el sistema económico¹⁶¹.

Vinculados a la iniciativa privada como derecho sustantivo del administrado son el derecho a la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y el derecho de participar en la vida económica de la Nación, que se corresponden con las obligaciones constitucionales del Estado de promover la libertad de empresa, de actuar subsidiariamente a la actividad privada y de proteger la libertad individual¹⁶²; mientras el derecho fundamental vinculado al derecho adjetivo del administrado es el derecho a formular peticiones y derecho al debido procedimiento. Como respaldo de todos estos derechos se encuentra el derecho a la tutela judicial efectiva, que ampara a todo particular si cree vulnerado un derecho y acude al poder judicial.

La naturaleza de la iniciativa privada de acuerdo al Decreto Legislativo N° 1012 es la de petición de gracia, que de acuerdo al numeral 3 del artículo N° 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, es un derecho que se agota con su presentación, ello no significa una exclusión al ordenamiento jurídico ni al control legal y constitucional de la actuación del funcionario público; en este sentido compartimos la afirmación de

¹⁶¹ GUZMÁN NAPURÍ, Christian, *Introducción al derecho público económico*, Caballero Bustamante, Lima, 2009, pág. 25.

¹⁶² Vid. Supra, Economía Social de Mercado, en punto 3.2 del Capítulo I.

MARTIN TIRADO: “(...) el carácter graciable de la petición no quiere decir que la Administración no deba reconocer los derechos fundamentales.”

En relación al debido procedimiento administrativo, la emisión de un acto administrativo en el marco del régimen legal de la Iniciativa privada que vulnere este derecho, no puede ser desconocido por el sistema jurídico, como afirma MORON URBINA al comentar la Sentencia N° 1387-2009-PA/TC sobre la demanda de amparo interpuesta por el Consorcio DH-Mont & CG &M S.A.C. contra PROINVERSION “resulta jurídicamente exigible al Organismo Promotor de la Inversión Privada competente respetar el derecho al debido procedimiento de todo iniciador.”¹⁶³

El proceso de amparo resulta la vía más adecuada para la defensa judicial de los derechos fundamentales relacionados con el desarrollo de la iniciativa privada, siendo el proponente el afectado y por tanto legitimado para acudir al Poder Judicial y eventualmente al Tribunal Constitucional. Como una petición de gracia la iniciativa privada, reviste un derecho fundamental que obtiene eficacia directa por ser una aplicación directa de la Constitución, este “[...] se protege mediante un procedimiento sumario o preferente en la vía ordinaria de jurisdicción o una garantía o proceso constitucional específico (amparo) ante jueces ordinarios o especializados o ante tribunales constitucionales, según prevea la justicia constitucional de cada país.”¹⁶⁴

3.2 Relevancia de los principios (del procedimiento administrativo y del derecho administrativo)

La inclusión positiva de los principios generales del derecho en normas de distinto rango se realiza en la necesidad de crear la obligación ineludible de que los operadores del derecho actúen guiados por ellos. Como explica Morón “[...] los principios son asumidos positivamente por el legislador como fórmula ineludible de explicar los valores sociales, éticos y políticos fundantes de un conjunto de normas que como estándares permanentes deben ser concretados mediante la acción específica de los administrados y los administradores.”¹⁶⁵

¹⁶³ MORON URBINA, J. C., “Los derechos...”, Ob. cit., pág. 81.

¹⁶⁴ LUNA CERVANTES, E., Ob. cit., pág. 315.

¹⁶⁵ MORÓN URBINA, J. C., *Comentarios a...*, Ob. cit., pág. 58.

Los principios generales del derecho sirven como sustento de los recursos administrativos y de la tutela judicial efectiva que el privado accione, y como criterio y orientador de las decisiones del juez, en este sentido comenta CASSAGNE “Llevados al plano de los poderes, los principios constituyen el fundamento de los derechos o garantías que facultan al Estado y a los particulares a invocarlos en los procesos judiciales y obtener así la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas subjetivas.”¹⁶⁶ Este mismo autor precisa que cuando se tratan de potestades discrecionales los jueces que ejercen control y los funcionarios públicos que detentan la facultad discrecional, “[...] deben siempre confrontar la norma que habilita la potestad discrecional y su desencadenamiento con los principios generales del Derecho.”¹⁶⁷

Sin excluir la existencia de Principios Generales del Derecho o Principios del Derecho Procesal, los Principios Generales del Derecho Administrativo y del Procedimiento Administrativo son particularmente aplicables a la relación existente entre el administrado y la administración pública al tratarse de una relación de derechos privados y prerrogativas públicas, conforman límites que impiden arbitrariedades en el ejercicio de las potestades públicas compensando la posición jurídica desigual frente al Estado¹⁶⁸.

Los principios se aplican a una diversidad de situaciones porque se expresan con generalidad y abstracción, esta característica hace posible que puedan ser aplicables a las decisiones discrecionales de la autoridad sin menoscabar o restringir el albedrío que la norma ha establecido. Cabe indicar que la no positivización de los principios en las normas, no significa la inexistencia de estos en el ordenamiento jurídico, ya que son preeminentes sobre otras normas y no requieren de la labor del legislador para vincular a la administración, asimismo su aplicación se puede hacer de forma inmediata sin necesidad de normas intermedias.¹⁶⁹ En igual sentido los derechos fundamentales contenidos en la Constitución que se materializan en los procedimientos administrativos y que inciden en principios del Derecho Administrativo y Principios del Procedimiento Administrativo, no necesitan de otras normas para que puedan ejercerse estas garantías¹⁷⁰.

¹⁶⁶ CASSAGNE, J. C., *El principio...*, Ob. cit., pág. 21.

¹⁶⁷ Loc. cit., pág. 50.

¹⁶⁸ Loc. cit., pág. 39.

¹⁶⁹ MORÓN URBINA, J. C., *Comentarios a...*, Ob. cit., pág. 59.

¹⁷⁰ BREWER-CARIAS, Allan Randolph, *Derecho Administrativo Tomo I*, Cordillera, Bogotá, 2005, pág. 23.

Los Principios del Procedimiento Administrativo General adquieren obligatoriedad no solo por ser principios de aplicación general y encontrarse en el Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General, sino por constituir un deber taxativo de las autoridades en los procedimientos: “Desempeñar sus funciones siguiendo los principios del procedimiento administrativo previstos en el Título Preliminar de esta Ley.”¹⁷¹

Este deber de la administración implica un derecho de los administrados, por tanto su aplicación podría ser requerida a título de principio general y como deber de la autoridad, por medio de los distintos mecanismos que la normativa faculta, y su inobservancia traería como consecuencia las medidas correctivas sobre el fondo y responsabilidad para la autoridad.

Merecen un especial comentario los principios procedimentales de legalidad y debido procedimiento, cuya aplicación resulta relevante para evitar la arbitrariedad en aquellas decisiones con contenido discrecional.

El principio de legalidad se descompone en tres elementos, por un lado dispone que la administración pública actúe de acuerdo a las facultades que el derecho le ha otorgado y siguiendo el procedimiento establecido (legalidad formal) dentro de lo dispuesto por la norma (legalidad sustantiva) y que el ejercicio de estas se realice según los fines propios de la norma (legalidad teleológica)¹⁷².

La legalidad de un acto administrativo proveniente de una facultad discrecional como son las peticiones de gracia está relacionada a nivel formal con la competencia de la autoridad y el procedimiento regular, a nivel sustantivo con el ejercicio dentro de los límites legales y la no contradicción de normativa general. A nivel teleológico con la adecuación a fines y objetivos de la norma en sí y el ordenamiento, en el caso de las Iniciativas privadas el Decreto Legislativo N° 1012, normas supletorias del procedimiento y normas complementarias sustantivas de distinto rango, que tienen como finalidad la promoción de la Inversión Privada en proyectos de naturaleza pública. En otras palabras, los actos administrativos discrecionales que se emanen en este marco normativo no solo deben de

¹⁷¹ Numeral 2 del artículo N° 75 de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

¹⁷² MORÓN URBINA, J. C., *Comentarios a...*, Ob. cit., pág. 61.

cumplir con lo dispuesto en la normativa y su procedimiento, sino con los fines de la norma establecidos por el legislador.

En cuanto al principio del debido procedimiento, este garantiza la debida motivación y fundamentación en derecho, que son trascendentales en las iniciativas privadas porque sirven para que el contenido discrecional pueda ser contrastado. Las restricciones para el pleno ejercicio del derecho al debido procedimiento se originan en la aplicación indiscriminada de la naturaleza de petición de gracia a cada etapa del procedimiento de la iniciativa privada. El procedimiento de la iniciativa privada se encuentra regulado por el DL.1012 y su reglamento, pero además se debe de adecuar a las demás normas del ordenamiento que puedan incidir en el procedimiento y a las prácticas administrativas de ser el caso. Todo acto de la administración que pueda afectar al proponente requiere de un procedimiento regular, sin este se genera invalidez del acto mismo aplicando el principio del debido procedimiento. No obstante la solicitud de nulidad del acto que eventualmente pudiera presentar el proponente difícilmente sería acogida bajo el criterio de que el procedimiento es una petición de gracia, igual sucedería si la forma de exteriorización del acto fuera inválida, o no se cumplieran las formalidades trascendentes.

Por un lado la motivación sirve para que el administrado pueda entender porque su pedido fue aceptado o rechazado, y analizar la validez de los argumentos a la luz del derechos, los principios generales, la normativa específica y las políticas institucionales y nacionales; mientras la fundamentación en derecho es de aplicación a cada paso del procedimiento facultando a la autoridad a efectuar cada acto (notificación, solicitud de información, solicitud de subsanación, solicitud de opinión, entre otros). Parte de este principio es el derecho a ser notificado, acceso al expediente, a la no desviación de los fines del procedimiento, que también resultan aplicables para el procedimiento que tramita una iniciativa privada.

La razonabilidad, proporcionalidad y no arbitrariedad que son útiles para controlar la discrecionalidad administrativa¹⁷³. Son principios generales del derecho y se emplean como principios técnicos, y no simples enunciados o criterios morales, que se conocen en la práctica jurídica¹⁷⁴. La razonabilidad como principio del procedimiento administrativo

¹⁷³ MARTIN TIRADO, R., "El control...", Ob. cit., pág. 197.

¹⁷⁴ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T. R., Ob. cit., pág. 89.

como está dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo General se limita a las facultades sancionadoras y restrictivas de derechos por lo que el comentario se refiere a los principios generales del derecho. Armonizar los principios de derecho con la discrecionalidad resulta de gran importancia, tal como refiere RODRÍGUEZ-ARANA “Tanto como que un ejercicio destemplado, al margen de la motivación que le es inherente, deviene en abuso de poder, arbitrariedad. Y, la arbitrariedad es la ausencia del derecho, la anulación de los derechos ciudadanos en relación con la Administración.”¹⁷⁵

El ejercicio arbitrario de una potestad administrativa es una conducta antijurídica y puede ser interpretada como abuso de derecho, que es rechazada a nivel constitucional (artículo N° 103 de la Constitución Política). No existe obstáculo de acuerdo a lo fraseado en la Constitución para que esta figura pueda ser accionada por un privado en el marco de un procedimiento administrativo, sin embargo se debe considerar que su aplicación en los tribunales se ha enmarcado en el derecho civil (relaciones entre particulares) y por el ejercicio de derechos subjetivo (no por potestades públicas).¹⁷⁶

El artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1012, prohíbe la impugnación en sede judicial o administrativa de las decisiones que decidan la viabilidad o no de un proyecto propuesto por iniciativa privada, sin embargo “ [...] dicha disposición no puede entenderse como una cláusula que abre el paso a la arbitrariedad administrativa.”¹⁷⁷ La razonabilidad es un elemento necesario en las decisiones de la autoridad administrativa y de toda actuación revestida de prerrogativas públicas como el otorgamiento de la Declaratoria de Interés a un proyecto presentado por una iniciativa privada, el control de ella en sede administrativa mediante los recursos en contra de los actos administrativos, o en sede judicial mediante la acción contencioso-administrativa es un derecho del administrado, de lo contrario la arbitrariedad podría llegar a ser sinónimo de la discrecionalidad.

¹⁷⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y la administración pública”, En: *Aportes para un Estado eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2012, pág. 132.

¹⁷⁶ VIGNOLO CUEVA, O., Ob. cit., págs. 112 – 117.

¹⁷⁷ MARTIN TIRADO, R., “El control...”, Ob. cit., pág. 197.

3.3 Derechos vinculados al acto administrativo

El ejercicio de facultades discrecionales se encuentran relacionado a la finalidad que persigue el acto administrativo, y la verificación de la misma debe hacerse por medio del control jurisdiccional que toma fuerza en razón de diversas garantía y principios constitucionales¹⁷⁸.

Los actos administrativos generados durante el procedimiento requieren un contenido u objeto ajustado a derecho siendo en muchas etapas actos discrecionales y reglados, aun en ese caso la legalidad del acto dependerá de que el objeto “discrecional” del acto administrativo esté ajustada al marco general normativo, principios de juridicidad y de razonabilidad¹⁷⁹; el acto discrecional no estará sujeto a norma que precise cual debe ser la actuación exacta del funcionario dejando un ámbito de libre decisión, no siendo sostenible jurídicamente que la discrecionalidad permita un contenido no ajustado a derecho amparándose en la petición de gracia del procedimiento.

Asimismo, la legalidad del contenido y la finalidad del acto dependen de que se correspondan el medio y el fin. Los vicios que podrían presentarse en los actos administrativos en cuanto a su contenido podrían referirse a su contenido impreciso, contenido imposible jurídicamente, contenido imposible físicamente.¹⁸⁰

La finalidad pública como requisito del acto administrativo constituye un desincentivo para que los actos administrativos emitidos en medio del procedimiento carezcan de finalidad pública y persigan una finalidad personal del funcionario, finalidad distinta a la buscada por el Decreto Legislativo N° 1012, una finalidad que favorezca a un privado que puede estar interesado en desarrollar un proyecto incompatible con el propuesto o que utilice el bien público para otra finalidad¹⁸¹, o inclusive que se persiga la finalidad de reservarse el activo, o el servicio para desarrollar el proyecto por iniciativa propia y no por iniciativa privada. Este requisito de validez analiza el móvil de las actuaciones de la administración pública y su inobservancia puede derivar en la invalidación de un acto administrativo aun cuando tenga contenido ajustado a ley y sea emitido por autoriza competente.

¹⁷⁸ CASSAGNE, J. C., “La discrecionalidad...”, Ob. cit., pág. 92.

¹⁷⁹ MORÓN URBINA, J. C., *Comentarios a...*, Ob. cit., pág. 144.

¹⁸⁰ Loc. cit., pág. 148.

¹⁸¹ Loc. cit., pág. 145.

La finalidad pública de los actos administrativos se encuentra contenida en varias disposiciones de la Ley del Procedimiento Administrativo General creando obligaciones para los administrados (el principio de eficacia del procedimiento administrativo contenido en el numeral 1.10 del artículo IV del Título Preliminar, obliga a los administrados a que hagan prevalecer la finalidad del acto procedimental sobre los formalismos cuya realización no afecte su validez ni sean aspectos importantes, por ejemplo los formalismos no pueden impedir que se emita la declaración de interés, lo que se ajusta al marco normativo de las iniciativa privada) y obligaciones para la autoridad administrativa (debe interpretar las normas en el sentido que favorezca más a la realización de la finalidad del acto administrativo se encuentra en el numeral 8 del artículo N° 75).

Los vicios que podrían presentarse en los actos administrativos en cuanto a su finalidad podrían referirse al desvío de poder por finalidad personal de la autoridad o desvío de poder por finalidad a favor de terceros, desvío de poder por finalidad pública distinta a la prevista en la ley o discordante con la promoción de la inversión privada.¹⁸²

Finalmente, la motivación es un deber de la administración en cada acto administrativo lo que constituye un requisito de forma (sobre la existencia de motivación como parte integrante del acto) y un requisito de fondo del acto administrativo; este último aspecto cobra relevancia para el presente trabajo en tanto es la motivación donde la autoridad administrativa hace un síntesis de los hechos verificados, hace referencia a las normas utilizadas, explica el razonamiento que utilizó al analizar los hechos y la forma de aplicación, interpretación y/o integración de las normas. La motivación responde a la necesidad de controlar la legalidad formal o procedimental del acto, y también es útil para estimar si la decisión tomada (dentro del marco legal correspondiente) responde a la finalidad pública perseguida por la norma y al interés público.

La motivación cumple una función de exigencia de rigurosidad para la autoridad, informadora para el administrado, justificadora del contenido y facilita el control de la labor administrativa; en referencia a esta última función, la inexistencia de la motivación y la

¹⁸² Loc. cit., pág. 148.

motivación insuficiente, ilegal, imprecisa, parcial o incongruente, son causales de nulidad¹⁸³.

La motivación debe referirse puntualmente a los argumentos expresados por el proponente en el proyecto que refieren que la propuesta es beneficiosa para la sociedad, que tienen un ámbito de influencia que justifica la declaratoria de interés, que el proyecto es jurídicamente viable (la modalidad contractual propuesta es posible jurídicamente), socialmente rentable, económicamente sostenible (en caso sea autosostenible), presupuestalmente prevista (en caso sea cofinanciada). Además de analizar la congruencia de lo planteado con el interés público, la motivación analizaría si el proyecto es capaz de cumplir con los objetivos que se plantea el privado, tanto a nivel social como económico en el plazo propuesto, analizando la ingeniería de la obra, la consistencia del proyecto con los flujos de caja, cronogramas de inversiones, posibilidad de financiamiento, cronograma de requerimientos de los recursos públicos (en caso de las cofinanciadas), por mencionar algunos aspectos; esta apreciación es correlativa a la evaluación técnica y económica del proponente (o de los proponentes en caso de consorcio), por lo que la motivación en este sentido puede referirse a la experiencia general y específica, al respaldo económico y la capacidad de endeudamiento, que si bien se analizan como requisitos de admisibilidad pueden ser analizados con mayor amplitud y detenimiento.

La principal forma de evaluación posterior de la labor administrativa parte de analizar sus justificaciones, que deben ser más consistentes en la medida en que el margen de decisión es más amplio o cuando la sustentación puede ser menos previsible. Por ejemplo en el caso de la declaratoria de interés, existen dos posibilidades (que se otorgue o que no) cada una con una infinidad de justificaciones posibles, debido a que el interés público relacionado al proyecto propuesto es un concepto jurídico indeterminado.

4. Deberes de la administración pública acerca de la promoción de la inversión privada

Este punto está relacionado directamente al fundamento constitucional de las iniciativas privadas y a la política sobre proyectos de inversión, que se desarrollan en el punto 3 del

¹⁸³ Loc. cit., págs. 157-158.

Capítulo I del presente trabajo, que en esta ocasión se analiza en función de las obligaciones de la administración pública.

La actividad de fomento del Estado en relación a la promoción de la inversión privada ha utilizado como mecanismo a las iniciativas privadas, para ello ha desarrollado un marco normativo que incentiva la propuesta de los privados y facilita su tramitación, asimismo la actividad de fomento como forma de actuación de la administración pública “constituye a su vez un título de intervención del Estado en la economía, que se materializa en la promoción de actividades o conductas deseables para el interés general”¹⁸⁴.

La actividad de fomento del Estado está relacionado con la generación de normas y políticas que se ejecutan por medio de actividades de la propia administración pública, en concordancia con el modelo constitucional económico de Economía Social de Mercado, que dan un estímulo, ayuda o promueven la generación de iniciativas privadas. Las políticas se concretizan entre otras formas, mediante la adopción de decisiones de connotación jurídica (concesiones, otorgamiento de la gestión de servicios públicos a privados, privatizaciones)¹⁸⁵. Esta consideración puede incidir en las iniciativas privadas en la etapa previa mediante la orientación de la inversión y durante el procedimiento administrativo mediante una labor eficiente que brinde seguridad jurídica. El incentivo estatal a la iniciativa privada busca satisfacer el interés público y privado de forma paralela mediante proyectos, la actividad de fomento se encamina de esta manera a mejorar el bienestar general por medio de proyectos que siendo de provecho personal, generan actividades de interés general¹⁸⁶.

En la Constitución Política se pueden encontrar diversas disposiciones que precisan la labor promotora y orientadora del Estado que acompañan y alimentan el modelo de Economía Social de Mercado, a modo de ejemplo podemos encontrar el Art. N° 73 de la Constitución que precisa que los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico; con ello se faculta a otorgar bienes públicos de dominio público en calidad de concesión para desarrollar obras

¹⁸⁴ MARTIN TIRADO, Richard, “Reflexiones sobre los procesos de promoción de la inversión privada y la incertidumbre del inversionista antes las decisiones erráticas del Estado peruano”, En: *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2010, pág. 468.

¹⁸⁵ Loc. cit., pág. 469.

¹⁸⁶ MUÑOZ, R. A., Ob. cit., pág. 27.

públicas o servicios públicos, lo que constituye un “deber-obligación del Estado”, en términos de MARTIN TIRADO, garantizando por un lado la inversión de los privados y por otro el interés público de las actividades que involucren activos estatales de uso público, llegando a afirmar el autor que “el Estado Peruano tiene un rol promotor, garantista y subsidiario en la economía, pues está obligado a promover y garantizar la inversión privada , y de actuar bajo determinadas reglas en la economía”¹⁸⁷.

De acuerdo a lo indicado por el Tribunal Constitucional la función orientadora del Estado está caracterizado por la formulación de indicaciones, la libertad de los privados para elegir los mecanismos de inversión y la actividad del Estado de estimulación de la inversión de los agentes económicos¹⁸⁸. La función orientadora responde al modelo económico vigente y encarga al Estado labores de regulador y propiciador de los procesos económicos, que alcanza a los distintos niveles de gobierno, ejemplo de ello se encuentra en las distintas normas municipales que complementan el marco general de las iniciativas privadas establecido en el Decreto Legislativo N° 1012.

En cuanto a los gobiernos regionales, la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales dispone que estos crearán mecanismo para promover la inversión en beneficio de la economía regional (Artículo N° 34), para lo cual cuentan con la facultad de otorgar concesiones u otra modalidad contractual, ello implica llevar a cabo concursos públicos u otras formas de elección originados mediante iniciativa privada o pública. Los gobiernos locales por su parte tienen enumeradas competencias - sobre la promoción de la inversión - derivadas de la Constitución, y en cuanto a la Ley Orgánica de Municipalidades se tienen disposiciones desarticuladas y desordenadas, que no llegan a ser parte de una política de gestión del gobierno local¹⁸⁹. Se tiene que mencionar también la ley de Bases de la Descentralización que otorga competencias de promoción económica a través de los privados.

La política de promoción de la inversión privada, es una política de Estado que involucra la función legislativa del Congreso y los distintos entes del Poder Ejecutivo, pero no se

¹⁸⁷ MARTIN TIRADO, R., “Reflexiones sobre...”, Ob. cit., pág. 475.

¹⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 7320-2005-PA/TC, 23 de febrero de 2006, sobre el recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transporte y Turismo Pullman Corona Real S.R.L.

¹⁸⁹ MARTIN TIRADO, R., “Reflexiones sobre...”, Ob. cit., pág. 477.

agota con la emisión de normas de distinto rango sino que está relacionado con toda actividad de la administración (disposiciones administrativos y jurisdiccionales)¹⁹⁰, esto comprende una conducción adecuada de los procedimientos administrativos que envuelvan la participación privada en proyectos públicos, y la adecuación de los actos materiales y actos administrativos a criterios propios de las políticas nacionales cuando ello sea posible, es decir cuando exista un margen interpretativo o discrecional la elección de la autoridad no puede ni debe desconocerlas.

Finalmente, no se puede dejar de mencionar a los objetivos nacionales plasmados en el Plan Bicentenario elaborado por el Centro de Planeamiento Estratégico – CEPLAN aprobado por Decreto Supremo N° 054-2011-PCM se encuentra como lineamiento de política “Promover la inversión pública y privada, nacional o extranjera, asegurando su efecto multiplicador en el país de forma concertada y garantizando su seguridad”¹⁹¹ y destaca el rol de las Asociaciones Público-Privadas y agencias de promoción de la inversión¹⁹², vinculando a todos los poderes públicos y orientando sus deberes.

¹⁹⁰ Loc. cit., pág. 499.

¹⁹¹ Plan Bicentenario. El Perú hacia el 2021, elaborado por el Centro de Planeamiento Estratégico CEPLAN, Julio, 2011, pág. 169.

¹⁹² Loc. cit., pág. 199.

Conclusiones

- El Decreto Legislativo N° 1012 le ha asignado a las iniciativas privadas carácter de petición de gracia, remitiéndose a la Ley de Procedimiento Administrativo General, para limitar la posibilidad de revisión de la decisión final y enfatizar en la naturaleza discrecional del otorgamiento de la gracia. Resulta discutible que la iniciativa privada sea considerada en su integridad e indiscriminadamente dentro de esta categoría jurídica, debido a que el mismo Decreto Legislativo N° 1012 constituye un título específico para su ejercicio y a que se precisa que sea aplicable dicho carácter en lo que sea pertinente.
- La aplicación del carácter graciable, no involucra una limitación absoluta de la impugnación en sede judicial de los pronunciamientos administrativos producidos en el marco de una iniciativa privada, porque no se puede sustraer una actividad (especialmente el ejercicio de potestades públicas) del control legal y constitucional. En cuanto a la revisión en sede administrativa, la Ley de Procedimiento Administrativo General tiene plena vigencia en el procedimiento de las iniciativas privadas, al igual que otras normas que regulan la relación entre el administrado y la administración, motivo por el cual los recursos administrativos, la revocación y nulidad de oficio son instituciones que pueden y deben aplicarse en concordancia con los límites garantistas en favor del administrado. En consecuencia la pertinencia de la asignación del carácter graciable en un Estado de Derecho debe interpretarse sin desconocer los derechos reconocidos por la Constitución (como el de tutela judicial efectiva), los principios generales del derecho y los principios del procedimiento general, que amparan al privado y limitan las prerrogativas públicas.
- Si bien la petición de gracia es un derecho que se entiende agotado con su presentación, no es razonable que incida en todo el procedimiento administrativo sino principalmente en la Declaratoria de Interés y en referencia al contenido discrecional de esta decisión (no a la imposibilidad de revisión). La declaratoria de interés es un acto eminentemente discrecional, pero no por ello escapa del control de legalidad, y de requisitos fondo y forma que le dan validez al acto administrativo que la contiene.

- La discrecionalidad administrativa es un elemento que está presente en mayor o menor medida en los actos administrativos que se emiten en el marco del procedimiento administrativo de la iniciativas privadas, existiendo un margen de actuación que es producto del diseño normativo dado por el Decreto Legislativo 1012° y su Reglamento (y por los procedimientos especiales que las desarrollan y han sido regulados por otras entidades) que se analiza en el Capítulo II del presente trabajo, y no consecuencia de la identificación con la categoría jurídica de la petición de gracia. Existen elementos reglados y no reglados en cada acto administrativo, existiendo técnicas de control aplicables para cada caso: de mérito, oportunidad y conveniencia para los aspectos no reglados, y de legalidad y de hechos para los aspectos reglados.
- El control de los actos administrativos y en especial de los actos administrativos con contenido discrecional, es un derecho del administrado e incentiva una labor eficiente y ajustada a derecho de la administración pública. La prohibición de la revisión de los actos jurídicos tiene repercusión en la esfera jurídica del administrado, afecta la consecución de los fines del procedimiento de la iniciativa privada, genera un desincentivo en la promoción de la inversión privada, obstaculiza el desarrollo de proyectos que pueden ser de interés público e incentiva a la actuación arbitraria por parte de la administración. En el particular caso de los actos discrecionales se torna más relevante que la administración pública cumpla las reglas generales de emisión del acto administrativo (requisitos de validez de fondo y de forma), principalmente la finalidad pública y el deber de motivar sus decisiones. El control de estos requisitos evita que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad incentivando a la administración a actuar conducida por el interés público cuando se emite el acto administrativo, y evitando que se consolide una situación irrazonable e ilegal cuando el acto ya fue emitido.
- El Estado tiene el rol de promotor de la inversión privada, lo que involucra al régimen de las iniciativas privadas. Este rol encuentra fundamento en la función de fomento del Estado, en el marco constitucional económico (Economía Social de Mercado), en las leyes orgánicas de las entidades correspondientes, en la Ley de Bases de la Descentralización, en documentos oficiales que aprueban planes, programas o directrices. El Estado tiene el encargo de propiciar la generación de

iniciativas privadas desde su función legislativa y ejecutiva; en este contexto la administración pública tiene el deber de orientar la inversión privada (brindando información en documentos de gestión que identifiquen o ayuden a identificar las necesidades públicas que servirán para que el privado elabore sus proyectos) y de conducir los procedimientos de las iniciativas privadas de forma congruente con los objetivos nacionales, lo que va a guiar la discrecionalidad que el legislador le ha otorgado.



BIBLIOGRAFÍA

Libros

BREWER-CARIAS, Allan Randolph, *Derecho Administrativo Tomo I*, Cordillera, Bogotá, 2005, págs. 445.

CASSAGNE, Juan Carlos

2010 *Derecho Administrativo Tomo II*, Palestra, Lima, págs. 822.

2009 *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, págs. 239.

DROMI, Roberto

2005 *Derecho Administrativo Tomo I*, Gaceta Jurídica, Lima.

2004 *Derecho Administrativo*, 10ma edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires, págs. 1603.

1999 *El procedimiento administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, págs. 324.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón

2011 *Curso de Derecho Administrativo Tomo I*, Palestra, Lima, págs. 899.

GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la administración*, 2da edición, Aranzadi, Navarra, 2000, págs. 1026.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian

2013 *Manual del Procedimiento Administrativo General*, Pacifico, Lima, págs. 749.

2009 *Introducción al derecho público económico*, Caballero Bustamante, Lima, págs. 282.

KRESALJA, Baldo y OCHOA, César

2012 *El régimen económico de la Constitución de 1993*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, págs. 298.

2009 *Derecho Constitucional Económico*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, págs. 938.

MERTEHIKIAN, Eduardo, *La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1992, págs. 115.

MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*, 9na edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, págs. 951.

MUÑOZ, Ricardo Alberto, *La iniciativa privada como instrumento de desarrollo infraestructural en la Argentina: a la luz del Decreto N° 966/2005*, Rap, Buenos Aires, 2009, págs. 159.

PARODI TRECE, Carlos, *Perú 1960-2000 políticas económicas y sociales en entornos cambiantes*, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima, 2013, págs. 464.

QUISPE RAMOS, Rosario, *Formulación, evaluación y ejecución de proyectos de inversión*, Pacífico, Lima, 2007, págs. 702.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel

2012 *Derecho Administrativo. Parte General*, 8va edición, Tecnos, Madrid, págs. 954.

1994 *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, págs. 168.

VASALLO MAGRO, José Manuel y IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, Rafael, *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*, Corporación Andina de Fomento, Bogotá, 2010, págs. 347.

VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y Arbitrariedad Administrativa*, Palestra, Lima, 2012, págs. 234.

Artículos

BRAVO ORELLANA, Sergio, "Asociaciones Público-Privadas en el Sector Salud", En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 13, Lima, octubre, 2013, págs. 123-141.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Carlos, “Recursos administrativos: conceptos, elementos y presupuestos. Un estudio comparativo de los regímenes peruano y uruguayo”, En: *Derecho PUCP*, N° 67, Lima, 2011, págs. 381-455.

CASSAGNE, Juan Carlos, “La discrecionalidad administrativa”, En: *Revista Foro Jurídico*, N° 9, Lima, marzo, 2009, págs. 82-92.

DORREGO DE CARLOS, Alberto y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco, “La colaboración público-privada”, En: *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009, págs. 29-89.

GOROSTEGUI, Beltrán, “Régimen nacional de iniciativa privada”, En: *Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Rap, Buenos Aires, 2006, págs. 301-323.

HUAPAYA TAPIA, Ramón

2013 “Diez Tesis sobre las Asociaciones Público-Privadas (APP) en nuestro régimen legal”, En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 13, Lima, octubre, págs. 15-32.

LUNA CERVANTES, Eduardo, “El derecho de petición”, En: *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo Tomo I*, 2da edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, págs. 307-316.

MARTIN TIRADO, Richard,

2010 “El control judicial de las peticiones de gracia: el indulto y las iniciativas privadas”, En: *Gaceta Constitucional*, N° 31, Lima, julio, págs. 181-200.

“Reflexiones sobre los procesos de promoción de la inversión privada y la incertidumbre del inversionista antes las decisiones erráticas del Estado peruano”, En: *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, págs. 467-501.

2009 “Balance y perspectivas del régimen de las iniciativas privadas en el Perú”, En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 8, Lima, noviembre, págs. 341-352.

2007 “Las iniciativas privadas en el proceso de promoción de la inversión privada”, En: *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*, N° 2, Lima, págs. 15-42.

MERCADO NEUMANN, Edgardo, “Los secretos comerciales y el know how en las iniciativas privadas de inversión”, En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 7, Lima, mayo, 2009, págs. 397-406.

MONGE SAYAN, Fiorella y VALDIVIEZO DEL CARPIO, Mitchel Alex, “Problemática en la implementación de procesos de promoción de la inversión privada en los Gobiernos Regionales y Locales”, En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 13, Lima, octubre, 2013, págs. 75-89.

MORON URBINA, Juan Carlos,

2010 “Los derechos del iniciador de proyectos de infraestructura”, En: *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias para el IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, págs. 69-88.

2007 “Las concesiones de infraestructura a iniciativa de inversionistas”, En: *Ius et Veritas*, N° 35, Lima, diciembre, págs. 156-180.

2005 “La generación por iniciativa privada de proyectos públicos: la nueva colaboración público privada y el interés público”, En: *Derecho & Sociedad*, N° 24, Lima, págs. 277-297.

NALVARTE SALVATIERRA, Pierre, “Las alianzas estratégicas. Trámite y procedimiento de las IP cofinanciada – Parte II”, *El Peruano*, Lima, 12 de agosto del 2014, Jurídica 6-7.

NALVARTE SALVATIERRA, Pierre, “Listo nuevo marco legal promotor – Parte I. Iniciativas privadas cofinanciadas”, *El Peruano*, Lima, 05 de agosto del 2014, Jurídica 3-5.

PONCE SOLÉ, Juli, “El control judicial del procedimiento administrativo y la garantía del derecho a una buena administración”, En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 9, Lima, diciembre, 2010, págs. 77-94.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y la administración pública”, En: *Aportes para un Estado eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2012, págs. 117-144.

SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo, “El derecho de petición y la administración pública en el Perú”, En: *Themis Época* 2, N° 39, Lima, 1999, págs. 189-203.

SHIMABUKURO TOKASHIKI, Néstor Raúl, “Algunos cuestionamientos al régimen de promoción de la inversión privada en los proyectos de inversión privada provenientes de iniciativas privadas de competencia del Gobierno Nacional”, En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 13, Lima, octubre, 2013, págs. 103-122.

UGARTE MAGGIOLO, Manuel y GONZALES LA ROSA, Daniel, “La Regulación de las Iniciativas Privadas en Proyectos de Infraestructura y Servicios Públicos”, En: *Revista Advocatus, Especial Contratación Pública*, N° 20, Lima, febrero, 2009, págs. 143-151.

UMEZAWA MAKIKADO, Angie y REAÑO BASTANTE, María Elena, “Evolución de las Asociaciones Público Privadas – APPs, conforme a la regulación normativa: una visión a través de experiencias”, En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 13, Lima, octubre, 2013, págs. 51-64.

VILCANQUI VELÁSQUEZ, Patricia, “Las iniciativas privadas en proyectos de inversión: creatividad, ¿Cuándo limitar y cuándo no?”, En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 12, Lima, diciembre, 2012, págs. 291-300.

Páginas Web

El proceso de privatizaciones en el Perú durante el período 1991-2002, RUIZ CARO, Ariela, Santiago, 2002. Disponible en:

<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/2/10712/LCL1762PE.pdf> (visitado el 04.04.14).

ANEXO I

Cronología de la normativa sobre promoción de la inversión privada

1.- Promoción de la inversión privada de las empresas, proyectos, infraestructura y servicios públicos del Estado:

- Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 674. (Publicada el 27 de setiembre de 1991)
- Reglamento de la Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado, Decreto Supremo N° 070-92-PCM. (Publicado el 17 de julio de 1992)
- Precisiones al Reglamento de la Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 072-92-PCM. (Publicado el 12 de agosto de 1992).
- Modificaciones a la Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado, aprobado por Decreto Ley N° 26120. (Publicado el 30 de diciembre de 1992).
- Modificaciones al Reglamento de la Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 033-93-PCM. (Publicado el 15 de mayo de 1993).
- Precisiones, alcances y modificaciones diversos artículos del Decreto Legislativo N° 674, referidos al proceso de promoción de la inversión privada, aprobado por Ley N° 26438 (Publicada el 11 de enero de 1995).
- Precisión sobre los proyectos y organismos que están bajo responsabilidad de órganos estatales y se encuentran comprendidos en el proceso de promoción de la inversión privada, aprobado por Ley N° 26440 (Publicada el 06 de Enero de 1995).
- Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM (Publicado el 26 de diciembre de 1996).
- Reglamento del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM (Publicado el 28 de diciembre de 1996).

- Norma que asigna a PROMCEPRI la facultad para tener a cargo procesos de promoción de la inversión privada de que trata el Decreto Legislativo N° 674, aprobada por Decreto Supremo N° 025-97-PCM. (Publicado el 5 de junio de 1997).
- Reglamentación de la aplicación de artículos del Decreto. Legislativo N° 674, referentes a la transferencia de acciones de empresas de propiedad del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 047-97-PCM (Publicado el 30 de setiembre de 1997).
- Precisiones al proceso de promoción de la inversión en empresas del Estado que sean materia de reorganización, comprende a los activos y acciones de nuevas empresas resultantes, aprobado por Decreto Supremo N° 173-2002-EF (Publicado el 14 de noviembre de 2002).
- Ley que facilita el financiamiento de los procesos de promoción de la inversión privada y concesiones, aprobado por Ley N° 28742 (Publicada el 22 de mayo de 2006).
- Ley de promoción para el desarrollo de Industria Petroquímica que se apoya en la Iniciativa Privada para el desarrollo y puesta en marcha de la infraestructura técnica, administrativa, operacional y de recursos humanos, aprobada por Ley N° 29163 (Publicada el 18 de diciembre de 2007).
- Ley de promoción del desarrollo sostenible de servicios turísticos en los bienes inmuebles, integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, aprobada por Ley N° 29164 (Publicada el 20 de diciembre de 2007).
- Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado, aprobado por Ley N° 29230 (Publicada el 12 de mayo de 2008)
- Decreto Legislativo que aprueba la ley marco de asociaciones público - privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, aprobado por Decreto Legislativo N° 1012 (Publicado el 12 de mayo de 2008).
- Decreto Legislativo que modifica la Tercera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1012, que aprobó la “Ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada”, aprobado por Decreto Legislativo N° 1016 (Publicado el 30 de mayo de 2008).
- Aprueban Reglamento del Decreto Legislativo 1012, que aprobó la “Ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta

normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada”, aprobado por Decreto Supremo N° 146-2010-EF (Publicado el 09 de diciembre de 2008).

- Decreto Legislativo que establece medidas para propiciar la inversión en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura, aprobado por Decreto Legislativo N° 1014 (Publicado el 16 de mayo de 2009).
- Texto Único Actualizado del Reglamento de la Ley que Impulsa la Inversión Pública Regional y Local con Participación del Sector Privado, aprobado por Decreto Supremo N° 147-2008-EF, aprobado por Decreto Supremo N° 248-2009-EF (Publicado el 05 de noviembre de 2009).
- Directiva N° 004-2009-PROINVERSIÓN sobre Tramitación y Evaluación de Iniciativas Privadas en Proyecto de Inversión aprobada por Acuerdo de Consejo Directivo de PROINVERSIÓN N° 278-01-2009 de fecha 25 de marzo de 2009.
- Ley que modifica el Decreto Legislativo N° 1012, que aprobó la “Ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada”, aprobada por el Ley N° 30167.
- Nuevo Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, que aprobó la “Ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada”, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EF.
- Modificatoria al Nuevo Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, que aprueba la Ley Marco de asociaciones público-privadas para la generación del empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, aprobado por el Decreto Supremo N° 376-2014-EF.

2.- Normas complementarias destinadas a incrementar y asegurar la inversión privada:

- Dispositivo que deja sin efecto los monopolios de que gozan las empresas del Estado, asegurando la normal actividad del mercado, aprobado por el Decreto Supremo N° 067-91-EF (Publicado el 27 de setiembre de 1991).
- Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, aprobado por el Decreto Legislativo N° 757 (Publicada el 8 de noviembre de 1991).

- Ley para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos, aprobado por el Decreto Legislativo N° 758 (Publicado el 8 de noviembre de 1991) y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 189-92-PCM.
- Norma que determinan la intangibilidad de los activos de propiedad de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado, que hayan sido declaradas en liquidación o comprendidas formalmente en el proceso de privatización, aprobado por el Decreto Ley N° 25604 (Publicado el 8 de julio de 1992).
- Norma que aclara que están incluidas en los alcances del Decreto Legislativo N° 674 las empresas transferidas a las Regiones y aquellas creadas por Gobiernos Regionales en base a unidades operativas que les fueron transferidas, aprobado por el Decreto Ley N° 25618 (Publicado el 16 de julio de 1992).
- Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada, aprobado por el Decreto Supremo N° 162-92-EF (Publicado el 12 de octubre de 1992).
- Reglamento de las disposiciones sobre Seguridad Jurídica en Materia Administrativa contenidas en la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, aprobado por el Decreto Supremo N° 094-92-PCM (Publicado el 02 de enero de 1993).
- Precisan alcances de dispositivo que establece que no son susceptibles de embargos preventivos los bienes de empresas en proceso de promoción de la inversión privada, aprobado por el Decreto Supremo N° 008-97-PCM (Publicado el 4 de marzo de 1997).
- Ley que regula los Convenios de Estabilidad Jurídica al amparo de los Decretos Legislativos N° 662 y 757, aprobado por la Ley N° 27342 (Publicado el 6 de setiembre de 2000).
- Ley que regula los Contratos de Estabilidad con el Estado al amparo de las Leyes Sectoriales, aprobado por la Ley N° 27343 (Publicado el 6 de setiembre de 2000).
- Precisan régimen de garantías relativas a inversiones destinadas a adquirir saldos de acciones remanentes del Estado en empresas incluidas en proceso de promoción de la inversión privada, aprobado por el Decreto Supremo N° 033-2000-EF (Publicado el 7 de noviembre de 2000).
- Ley de Promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional, aprobado por el Ley N° 27143 (Publicada el 3 de julio de 2004).

- Ley de eliminación de sobrecostos, trabas y restricciones a la inversión privada, aprobado por el Ley N° 28996 (Publicada el 3 de abril de 2007).

3.- Normativa que busca la inversión privada descentralizada:

- Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, aprobado por la Ley N° 28059 (Publicada el 18 de julio de 2003).
- Reglamento de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, aprobado por el Decreto Supremo N° 015-2004-PCM (Publicada el 27 de febrero de 2004).
- Apoyo a las Municipalidades, Sociedades de Beneficencia y demás entidades del Estado, en materia de Promoción de la Inversión Privada, aprobado por el Decreto de Urgencia N° 054-2001 (Publicada el 4 de mayo de 2001).
- Ley de Bases de la Descentralización, aprobado por la Ley N° 27783 (Publicada el 14 de diciembre de 2007).

4.- Marco general regulatorio de la inversión privada en el ámbito de los servicios públicos:

- Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, aprobado por el Decreto Legislativo N° 839 (Publicado el 19 de agosto de 1996).
- Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM (Publicado el 26 de diciembre de 1996).
- Reglamento del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM (Publicado el 28 de diciembre de 1996).
- Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobado por la Ley N° 27332 (Publicado el 29 de julio de 2000).

- Ley que establece disposiciones para garantizar la concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones con la legislación regulatoria, aprobado por la Ley N° 27701 (Publicado el 20 de abril de 2002).
- Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas, aprobado por la Ley N° 27838 (Publicado el 4 de octubre de 2002).
- Reglamento de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos modificada por la Ley N° 28337, aprobado por el Decreto Supremo N° 042-2005-PCM (Publicado el 11 de junio de 2005).
- Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado, aprobado por la Ley N° 29230 (Publicado el 12 de mayo de 2008).
- Texto Único Actualizado del Reglamento de la Ley que Impulsa la Inversión Pública Regional y Local con Participación del Sector Privado, aprobado por Decreto Supremo N° 147-2008-EF, aprobado por Decreto Supremo N° 248-2009-EF (Publicado el 05 de noviembre de 2009).

5.- Normativa sectorial de promoción de la inversión privada

5.1.- Saneamiento:

- Ley de Promoción a la Inversión Privada en el Campo del Saneamiento, aprobado por el Decreto Legislativo N° 697 (Publicado el 11 de noviembre de 1991).
- Ley de creación de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento, aprobado por el Decreto Ley N° 25965 (Publicado el 19 de diciembre de 1992).
- Establecen medidas destinadas a asegurar la prestación efectiva y eficiente de servicios de saneamiento y el fortalecimiento de empresas proveedoras de los mismos, aprobado por el Decreto de Urgencia N° 075-2000 (Publicado el 13 de setiembre de 2000).
- Reglamento General de la SUNASS, aprobado por el Decreto Supremo N° 017-2001-PCM (Publicado el 21 de febrero de 2001).
- Estrategia Nacional para la Promoción de la Participación del Sector Privado en las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento a nivel nacional, aprobado por la Resolución Viceministerial N° 002-2007-VIVIENDA-VMCS (Publicado el 21 de setiembre de 2007).

5.2.- Comunicaciones:

- Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, aprobado por la Ley N° 27336 (Publicado el 27 de julio de 2000).
- Aprueban el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, aprobado por el Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (Publicado el 02 de febrero de 2001).
- Aprueban capítulos complementarios de las Normas que regulan la Promoción de Inversión Privada en Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Ley N° 26096 (Publicado el 29 de diciembre de 1992).

5.3.- Energía:

- Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por el Decreto Ley N° 25844 (Publicado el 19 de noviembre de 1992).
- Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-93-EM (Publicado el 19 de febrero de 1993).
- Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía – OSINERGMIN, aprobado por la Ley N° 26734 (Publicado el 31 de diciembre de 1996).
- Ley de Promoción del Desarrollo de la Industria del Gas Natural, aprobado por la Ley N° 27133 (Publicado el 3 de junio de 1999).
- Reglamento de la Ley de Promoción del Desarrollo de la Industria del Gas Natural, aprobado por el Decreto Supremo N° 040-99-EM (Publicado el 14 de setiembre de 1999).
- Ley de Promoción del Uso Eficiente de la Energía, Ley N° 27345 (Publicado el 8 de setiembre de 2000).
- Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERGMIN, aprobado por el Decreto Supremo N° 054-2001-PCM (Publicado el 8 de mayo de 2001).
- Ley para la Promoción de la Inversión en la Explotación de Recursos y Reservas Marginales de Hidrocarburos a nivel nacional, aprobado por la Ley N° 28109 (Publicado el 25 de mayo de 2001).

- Ley de promoción del mercado de biocombustibles, aprobado por la Ley N° 28054 (Publicado el 7 de agosto de 2003).
- Ley de Promoción de la Inversión en plantas de procesamiento de gas natural, aprobado por la Ley N° 28176 (Publicado el 23 de febrero de 2004).
- Reglamento de la Ley de Promoción de la Inversión en Plantas de Procesamiento de Gas Natural, aprobado por el Decreto Supremo N° 031-2004-EM (Publicado el 18 de agosto de 2004).
- Reglamento de la Ley de Promoción del Mercado de Biocombustibles, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2005-EM (Publicado el 30 de marzo de 2005).
- Ley que modifica la Ley N° 27133, Ley de Promoción del Desarrollo de la Industria del Gas Natural, estableciendo condiciones operativas para un mayor aprovechamiento del Gas Natural producido a nivel nacional, aprobado por la Ley N° 28552 (Publicado el 17 de junio de 2005).
- Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, aprobado por el Decreto Supremo N° 042-2005-EM (Publicado el 7 de octubre de 2005).
- Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica, aprobado por la Ley N° 28832 (Publicado el 23 de julio de 2006).
- Reglamento de la Ley de Promoción del Uso Eficiente de la Energía, aprobado por el Decreto Supremo N° 053-2007-EM (Publicado el 23 de octubre de 2007).
- Ley que establece mecanismo para asegurar el suministro de electricidad para el mercado regulado, aprobado por la Ley N° 29179 (Publicado el 3 de enero de 2008).
- Decreto Legislativo que promueve la inversión en la actividad de generación eléctrica con recursos hídricos y con otros recursos, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1058 (Publicado el 28 de junio de 2008).

5.4.- Transporte e infraestructura:

- Declaración de interés nacional la rehabilitación y el mantenimiento de la infraestructura vial del país, aprobado por el Decreto Legislativo N° 676 (Publicado el 2 de octubre de 1991).
- Declaración de preferente interés nacional la inversión privada en la actividad ferroviaria, aprobado por el Decreto Legislativo N° 690 (Publicado el 6 de noviembre de 1991).

- Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, aprobado por la Ley N° 26917 (Publicado el 23 de enero de 1998).
- Directiva que regula la inscripción de las Concesiones y de las Hipotecas de Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, aprobado por la Resolución N° 156-2001-SUNARP-SN (Publicado el 6 de junio de 2001).
- Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado por la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN (Publicado el 23 de setiembre de 2003).
- Normas para facilitar el financiamiento de las concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por el Decreto de Urgencia N° 008-2005 (Publicado el 17 de marzo de 2005).
- Normas para facilitar el inicio de obras en las concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por el Decreto de Urgencia N° 011-2005 (Publicado el 21 de abril de 2005).
- Normas relativas al Reglamento del Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos respecto a la naturaleza de las concesiones y el cofinanciamiento del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 108-2006-EF (Publicado el 7 de julio de 2006).
- Lineamientos para el tratamiento de la Inversión Privada, Nacional o Extranjera, en el Sector Vivienda, Construcción y Saneamiento y designan Comisionado responsable de la Promoción de la Inversión Privada en el Sector, aprobado por la Resolución Ministerial N° 507-2007-VIVIENDA (Publicada el 2 de octubre de 2007).
- Decreto Legislativo que promueve la inversión privada en proyectos de construcción de viviendas de interés social a fin de mejorar la competitividad económica de las ciudades, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1037 (Publicado el 24 de junio de 2008).
- Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM (Publicado el 6 de setiembre de 2008).

6.- Normativa sobre el Sistema Nacional de Inversión Pública:

- Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, aprobado por Ley N° 27293 (Publicada el 27 de junio del año 2000) y modificado por Ley N° 28522 (Publicada el 25 de mayo de 2005), Ley N° 28802 (Publicada el 21 de Julio de 2006), Decreto legislativo N° 1005 (Publicado el 03 de Mayo de 2008) y Decreto legislativo N° 1091 (Publicado el 21 de Junio de 2008).
- Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública aprobado por Decreto Supremo N° 102-2007-EF (Publicado el 19 de julio de 2007) y modificado por Decreto Supremo N° 038-2009-EF (Publicado el 15 de Febrero de 2009).
- Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública (Directiva N° 001-2011-EF/68.01) aprobado mediante Resolución Directoral N° 003-2011-EF/68.01 , modificado por Resolución Directoral N° 002-2011-EF/63.01 (Publicada el 23 de julio de 2011), Resolución Directoral N° 003-2012-EF/63.01 (Publicada el 23 de mayo de 2012), Resolución Directoral N° 008-2012-EF/63.01 (Publicada el 13 de diciembre de 2012), Resolución Directoral N° 003-2013-EF/63.01 (Publicada el 2 de mayo de 2013), Resolución Directoral N° 004-2013-EF/63.01 (Publicada el 7 de julio de 2013), Resolución Directoral N° 005-2013-EF/63.01 (Publicada el 27 de julio de 2013), Resolución Directoral N° 008-2013-EF/63.01 (Publicada el 31 de octubre de 2013) y Resolución Directoral N° 005-2014-EF/63.01 (Publicada el 20 de mayo 2014).

7.- Normativa sobre presupuesto que tiene incidencia en las iniciativas privadas (cofinanciadas) y la promoción de la inversión pública:

- Ley General del Sistema de Presupuesto, aprobada por Ley N° 28411 (Publicada el 08 de diciembre de 2004).
- Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, aprobada por Ley N° 29951(Publicada el 04 de diciembre de 2012).
- Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, aprobada por Ley N° 30114 (Publicada el 02 de diciembre de 2013).

8.- Marco legal de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada:

- Dispositivo que fusiona diversas entidades relacionadas a la promoción de la inversión privada incorporándose en la Dirección Ejecutiva FOPRI que pasará a denominarse Agencia de Promoción de la Inversión, aprobado por el Decreto Supremo N° 027-2002-PCM (Publicado el 24 de abril de 2002).
- Texto Único de Procedimientos Administrativos de PROINVERSIÓN, aprobado por el Decreto Supremo N° 191-2003-EF (Publicado el 23 de diciembre de 2003).
- Ley que determina la naturaleza jurídica de la agencia de promoción de la inversión privada – PROINVERSIÓN, aprobado por la Ley N° 28660 (Publicado el 29 de diciembre de 2005).
- Reglamento de Organización y Funciones de PROINVERSIÓN, aprobado por el Decreto Supremo N° 042-2009-EF (Publicado el 18 de febrero de 2009).
- Aprueban Directiva “Tramitación y Evaluación de las Iniciativas Privadas en Proyectos de Inversión”, aprobado por el Acuerdo PROINVERSION N° 278-01-2009 (Acuerdo del 25 de marzo de 2009).
- Disposiciones que regulan la tramitación y evaluación de iniciativas privadas en proyectos de inversión, aprobado por Directiva N° 004-2009-PROINVERSION (Publicada el 27 de marzo de 2009).