

# Las iniciativas privadas en proyectos de inversión: creatividad, ¿cuándo limitar y cuándo no?

Patricia Vilcanqui Velásquez\*

“La creatividad requiere el valor de desprenderse de las certezas”  
Erich Fromm

## SUMILLA

El presente artículo busca analizar los alcances y limitaciones del factor “creatividad” en las iniciativas privadas en proyectos de inversión y la razonabilidad en el carácter de la petición de gracia regulada por el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, con la finalidad de determinar si la norma cumple adecuadamente con incentivar a los particulares a formular proyectos de inversión.

## 1. Introducción

En el año 2008 fue toda una novedad la aprobación del Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, porque el nuevo régimen de Asociaciones Público Privadas e Iniciativas Privadas apostaba a una apertura del Estado a recibir propuestas de inversión por parte de los inversionistas sobre cualquier bien, proyecto o activo del Estado, previa aprobación discrecional.

De este modo, a diferencia de una inicial concepción de un Estado cuadrículado y poco flexible, donde éste siempre tenía la última palabra y cuya misión principal era el resguardo del difuso interés público, el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aparentemente, tenían intenciones de cambiar ese parámetro y flexibilizar al Estado, propiciando que los proyectos de inversión provengan de propuestas por parte de los particulares.

No obstante, la finalidad de la norma de incentivar la creatividad de los inversionistas no se cumple cuando la propia normativa y la burocracia de las entidades públicas no armonizan con la creatividad empresarial, la rapidez que caracterizan las transacciones comerciales con la intensión estatal de promover la inversión privada. Por ello, en el presente artículo se reflexionará acerca de los alcances del factor *creatividad* en las iniciativas

privadas en proyectos de inversión y la razonabilidad en el carácter de petición de gracia regulado en el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, con la finalidad de evaluar si la norma cumple adecuadamente con incentivar a los particulares a formular estos proyectos de inversión.

## 2. ¿Cuál es la importancia de las iniciativas privadas en proyectos de inversión en nuestro ordenamiento jurídico?

En este apartado se analizará desde distintas perspectivas la importancia de las iniciativas privadas en proyectos de inversión, con la finalidad de probar que este no solo es un tema de relevancia jurídica y que a su vez, implica una serie de factores interesantes.

### 2.1. Un poco de historia: la evolución en el régimen de las iniciativas privadas

Las iniciativas privadas en proyectos de inversión constituyen en el ordenamiento jurídico peruano, un mecanismo adicional para la promoción de la inversión privada, que al igual que otros como la concesión y la venta de activos, adquiere protagonismo en el rol del Estado en la economía, luego de superada la crisis económica de inicios de los noventa y la primera década del año 2000<sup>1</sup>.

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunta de docencia del Curso Régimen de los Servicios Públicos y Concesión de Bienes Públicos. Ex miembro del Círculo de Derecho Administrativo.

<sup>1</sup> Este último dato corresponde al período en el cual entró en vigencia la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada,

Según RUIZ CARO, la crisis económica por la que atravesó el Estado peruano surgió a partir de la segunda mitad de los años setenta, hasta inicios de los años noventa. En esta temporada, tanto la inversión pública como la privada decrecieron y se produjo una involución económica que fue reforzada por la violencia terrorista que ocasionó importantes pérdidas de capital estatal<sup>2</sup>.

Es en este escenario de crisis, el Estado peruano necesitaba liquidez con urgencia, por ello, el Gobierno, inspirado en el Consenso de Washington, planteó la reforma del Estado en la actividad económica, teniendo como un instrumento principal, la privatización<sup>3</sup>.

Según la citada autora, la implementación de formas y mecanismos de privatización no constituyeron para el Gobierno una venta de activos ni su debilitamiento; por el contrario, la privatización:

*(...) fue concebida como una herramienta a través de la cual el Estado trasladaba al sector privado la iniciativa productiva y empresarial con el fin de fortalecerse y tornarse eficiente en aquellas áreas en las que había perdido presencia en las últimas décadas: educación, salud, seguridad y administración de justicia. Correspondía al sector privado, por lo tanto, encargarse directamente de toda la actividad productiva, y constituirse en el motor del desarrollo del país<sup>4</sup>.*

Dentro de esta visión instrumental de las privatizaciones **en lo que corresponde a las iniciativas privadas**, a partir de las disposiciones legales existentes, podemos identificar tres momentos de evolución en su consolidación en el ordenamiento jurídico peruano. El primero, corresponde al paquete de reformas legislativas de los años noventa; el segundo al impulso descentralizador de la década

del 2000; y finalmente el tercero, a las reformas en materia económica impulsadas a propósito de la suscripción del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos en el año 2008.

En la primera etapa, el paquete de reformas en la actividad económica del Estado, está conformado por el Decreto Legislativo N° 757, que aprueba la Ley marco para el Decreto Legislativo N° 758, que dictó normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos, su modificatoria, aprobada por el Decreto Legislativo N° 839 y, la unificación de ambas normas, a través 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 el Decreto Supremo N° 059-96-PCM (TUO de Concesiones) y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 060-96-PCM.

El Decreto Legislativo N° 758, modificado por el Decreto Legislativo N° 839, y unificado en el TUO de Concesiones<sup>5</sup>, reguló a las iniciativas privadas en el artículo 11<sup>6</sup> denominándolas *sugerencias* para la concesión de posibles obras públicas de infraestructura o de servicios públicos.

Esta figura es lo más parecido al régimen de las iniciativas privadas que actualmente conocemos. Tal como se puede advertir, éstas operan únicamente en el ámbito de las concesiones de obras públicas de infraestructura o de servicios públicos *susceptibles de concesionarse* y las decisiones de las autoridades competentes sobre dichas sugerencias no vinculan o comprometen al Estado.

En la segunda etapa de esta evolución, consideramos que se forma propiamente la figura de la iniciativa privada en proyectos de inversión, pues de acuerdo al artículo 7° de la Ley Marco de

Ley N° 28059 y su Reglamento, los cuales instituyeron propiamente a la iniciativa privada como un mecanismo activo en la promoción de la inversión privada.

<sup>2</sup> RUIZ CARO, Ariela. El proceso de privatizaciones en el Perú durante el período 1991-2002. En: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/10712/LCL1762PE.pdf>, revisado el 8 de setiembre de 2012, p. 17

<sup>3</sup> RUIZ CARO, Ariela. Op cit, p. 21.

<sup>4</sup> Ibídem

<sup>5</sup> Cabe indicar que las iniciativas privadas fueron incorporadas en el artículo 40°, del TUO de Concesiones, el cual unificó las disposiciones dispersas en materia de concesiones en obras de infraestructura y servicios públicos.

<sup>6</sup> Artículo 11°.- Las personas jurídicas nacionales o extranjeras podrán presentar únicamente ante la PROMCEPRI, a manera de sugerencias, lineamientos generales de proyectos integrales que permitan a esa Comisión informarse sobre posibles obras públicas de infraestructura o de servicios públicos susceptibles de entregarse en concesión al sector privado, según lo dispuesto por el presente Decreto Legislativo. Una vez analizadas tales sugerencias, y previa opinión favorable del Comité Especial respectivo, el cual introducirá las ampliaciones o modificaciones que juzgue convenientes, los indicados proyectos podrán eventualmente sujetarse a los procesos de promoción de la inversión privada en el marco del presente Decreto Legislativo. La recepción, análisis, ampliaciones o modificaciones y decisiones que sobre tales sugerencias pueda adoptar la PROMCEPRI no establecen compromiso alguno de esa Comisión para con las personas que presentaron la sugerencia respectiva, en futuras convocatorias a Licitación o Concurso.

Promoción de la Inversión Descentralizada, Ley N° 280597 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 015-2004-PCM y modificado por el Decreto Supremo N° 013-2007-PCM<sup>8</sup>, se instituyó una regulación especial, un procedimiento y hasta diversas situaciones que pueden ocurrir en este procedimiento.

La instauración de la noción de iniciativa privada en vez de sugerencia fue un cambio acertado. Asimismo, a diferencia de la anterior regulación se optó por ampliar su ámbito de operatividad hacia los activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (y ya no únicamente al campo de las concesiones en obras de infraestructura y servicios públicos)<sup>9</sup>, en todos los niveles de gobierno, por tanto ello habilitó a las respectivas autoridades del Gobierno Nacional, Regional y Local, conocerlas, promoverlas y tramitarlas.

Otro aspecto importante introducido por la referida Ley y su Reglamento fue la determinación de su carácter de petición de gracia, de acuerdo con el artículo 112° de la Ley del Procedimiento Administrativo General en lo que le sea aplicable<sup>10</sup>.

En lo que respecta a la tercera etapa de esta evolución, consideramos que el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 146-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 106-2011-EF, suponen un avance en la institucionalización de este instrumento de promoción de la inversión privada en el ordenamiento jurídico peruano, pues, a diferencia de las anteriores regulaciones, se simplifica el procedimiento administrativo previo de evaluación, se otorgan incentivos al proponente como el derecho al empate y la posibilidad de competir únicamente entre quienes manifestaron

su interés en el proyecto en el plazo indicado en la norma<sup>11</sup>.

Una vez agotada la descripción de este proceso evolutivo, podemos afirmar que la importancia histórica de esta figura en el ordenamiento jurídico peruano radica en que fue concebida como un mecanismo *para* la participación privada en proyectos de inversión; es decir un instrumento que fue adquiriendo mayor protagonismo y relevancia con el paso del tiempo; sin embargo, falta dilucidar ¿cuál podría ser la razón de este creciente protagonismo?, y ¿por qué?

## 2.2. Cuando las ideas se le acaban al Estado

El estudio de los antecedentes normativos de las iniciativas privadas es de vital importancia para entender la razón de estos cambios legislativos, las reformas económicas, el cambio en el rol del Estado, y a su vez, ayuda a buscar la razón de ser de esta institución jurídica.

Las privatizaciones en el Perú históricamente también han evolucionado. En un primer momento eran identificadas con la venta de activos y en un segundo momento se admitió la figura de la concesión; sin embargo, cuando se agotaron los activos que vender y los proyectos que concesionar, se advirtió que quien estaba llamado a identificar y proponer al Estado estos proyectos de inversión sobre sus bienes, activos y servicios públicos, era y siempre fue el inversionista privado.

SESÍN, en el prólogo al libro denominado *Iniciativa Privada* de Juan Carlos de Goycochea, define del siguiente modo la idea que tratamos de transmitir:

*(...) la labor intelectual de la administración se complementa y a veces se sustituye por*

<sup>7</sup> Artículo 7°. - Iniciativas privadas en proyectos de inversión sobre recursos estatales. Los distintos niveles de gobierno promoverán la inversión privada en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones y competencias, por iniciativa privada, conforme a los siguientes mecanismos: (...)

<sup>8</sup> Artículo 15°. -  
15.1. Las iniciativas privadas de proyectos de inversión que sean presentadas por particulares, tienen el carácter de peticiones de gracia a que se refiere el artículo 112° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo que sea pertinente. En consecuencia, el derecho del particular se agota con su presentación ante la autoridad competente, sin posibilidad de impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial, salvo los supuestos expresamente contemplados en el inciso 15.6 del presente artículo. El encargado de aprobar las iniciativas privadas en el caso del Gobierno Nacional es el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN; en el caso de los Gobiernos Regionales es el Consejo Regional; y en el caso de los Gobiernos Locales es el Concejo Municipal.

<sup>9</sup> HENDERSON PALACIOS, Lucy. *Iniciativas privadas sobre proyectos estatales*. En: [http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=n+3+revista+digital+de+la+REI+en+infraestructura+inicio&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.conecta-ceddet.org%2Findex.php%3Fopcion%3Dcom\\_k2%26view%3Ditem%26task%3Ddownload%26id%3D127%26Itemid%3D232%26lang%3Des&ei=D2pSUMKiBIL69QT5oLGYBA&usq=AFQjCNFhd4fzPa\\_VFfkJvG5UUyn1YBUXJQ](http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=n+3+revista+digital+de+la+REI+en+infraestructura+inicio&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.conecta-ceddet.org%2Findex.php%3Fopcion%3Dcom_k2%26view%3Ditem%26task%3Ddownload%26id%3D127%26Itemid%3D232%26lang%3Des&ei=D2pSUMKiBIL69QT5oLGYBA&usq=AFQjCNFhd4fzPa_VFfkJvG5UUyn1YBUXJQ), revisado el 10 de setiembre de 2012, p. 22.

<sup>10</sup> HENDERSON PALACIOS, Lucy. *Op cit*, p. 21

<sup>11</sup> HENDERSON PALACIOS, Lucy. *Op cit*, p. 22

*la excelencia del sector privado. En el futuro será cada vez más importante la utilización e este novel mecanismo como herramienta fundamental que tiene el Estado para receptor eficazmente la inversión privada*<sup>12</sup>.

El nuevo modelo económico del Estado peruano, instaurado por el Régimen Económico de la Constitución de 1993, apostó por un rol subsidiario del Estado en la economía y garantista del interés público. En este rol, según KRESALJA:

*Si bien el Estado se obliga a estimular la creación de riqueza (artículo 59°), no asume el rol de promotor del desarrollo ni interviene directamente en la economía, correspondiendo a la iniciativa privada ser la principal responsable de la actividad económica*<sup>13</sup>.

Una lectura de este rol subsidiario, trasladado a los procesos de promoción de la inversión privada le otorga un sentido especial a las iniciativas privadas, pues el Estado, de acuerdo al artículo 58° de la Constitución, garantiza la libre iniciativa privada en una Economía Social de Mercado, *orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura*.

Esto, a nuestro criterio, quiere decir que si bien el Estado se encuentra obligado a actuar principalmente en las indicadas áreas, ello debe realizarse en armonía con la libre iniciativa privada como su aliada. En consecuencia, forma parte de esta complicidad que cuando el Estado no identifique o se le acaben las ideas para actuar en los campos de *promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura*, sea el inversionista quien está facultado a formular proyectos de inversión con respecto a aquellas tareas del Estado. En este sentido, según MARTIN se puede afirmar que las iniciativas privadas tienen sustento constitucional en el derecho de petición (inciso 20 del artículo 2°) y la libre iniciativa privada (artículo 58°)<sup>14</sup>, lo cual conjuntamente con la actual regulación le otorga *protagonismo* en el actual modelo de promoción de la inversión privada en el Perú.

Ahora bien corresponde explicar la razón de este protagonismo.

### 2.3. Un eficiente modelo de promoción de la inversión privada basado en la creatividad del inversionista

Las iniciativas privadas, según MORÓN URBINA<sup>15</sup>, se originan en la necesidad de servicios e infraestructura que el Estado no puede satisfacer y por ello, reconoce esta facultad de los particulares de identificar prioridades y proponer ideas suficientemente estudiadas sobre servicios públicos e infraestructura, que siendo interés del proponente, también sean de interés general, socialmente rentables, sostenibles y concordantes con las políticas de Estado.

Como bien indica MERTEHIKIAN, en el prólogo a la Tesis de Ricardo MUÑOZ, la iniciativa privada desborda los alcances del Derecho, pues "En este ámbito de la norma jurídica está siempre llamada a conferir el cauce adecuado para la génesis y el desenvolvimiento seguro de las energías creadoras de riqueza productiva y ese es el aspecto relevante del instituto la iniciativa privada"<sup>16</sup>.

De acuerdo con la norma especial que regula este régimen, el Decreto Legislativo N° 1012 y a los citados autores, las iniciativas privadas son una herramienta que sirve a los inversionistas para identificar oportunidades de negocio sobre activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos; y para el Estado, como un mecanismo para atender, a pedido de estos, las tareas encomendadas por la Constitución.

En consecuencia, el abanico de oportunidades que el Estado ofrece a los particulares para que éstos formulen un proyecto de inversión constituye un modelo atractivo de promoción de la inversión privada, que permite despegar la imaginación y la capacidad creativa de los inversionistas. Por tanto, la finalidad de la norma y su real importancia en sí, es promover y potenciar la creatividad del particular para formular y ejecutar proyectos de interés público.

<sup>12</sup> DE GOYCOCHEA, Juan Carlos. *Iniciativa Privada*. Córdoba: Advocatus, 1999, p. 12

<sup>13</sup> KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. *El principio de subsidiariedad en materia económica. Análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993*. Lima: Palestra, 2010, p. 95.

<sup>14</sup> MARTIN TIRADO, Richard. *Balance y perspectivas del régimen de las iniciativas privadas en el Perú*. En: *Revista de Derecho Administrativo* N° 8, noviembre 2009, p. 342

<sup>15</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. *La generación por iniciativa privada de proyectos públicos: La nueva colaboración público-privada y el interés público*. En: *Derecho y Sociedad* N° 24, p. 277.

<sup>16</sup> MUÑOZ, Ricardo. *La iniciativa privada como instrumento de desarrollo infraestructural en la Argentina*. Buenos Aires: RAP, 2009, p. 13.

Según CIURO CALDANI, la creatividad es un término que puede referirse a múltiples situaciones. Está vinculada con los términos *creación* y *crear*, y está definida como la capacidad de creación, ingenio e imaginación para formular ideas, proyectos con facilidad, saliéndose de la rutina<sup>17</sup>.

En este sentido, si la importancia de las iniciativas privadas radica en apostar por la capacidad de creación, ingenio del inversionista para formular proyectos no identificados por el Estado o respecto de aquellos contenidos en el respectivo Plan de Promoción de la Inversión Privada que no hubieran sido convocados a concurso o licitación en un plazo de doscientos cuarenta días hábiles conforme a las normas vigentes en materia de promoción de la inversión privada<sup>18</sup>. Entonces, esta creatividad no solo debe recaer en el inversionista, sino también en las autoridades administrativas, quienes estarían llamadas a buscar de buena fe, soluciones creativas a favor de la promoción de la inversión privada.

De acuerdo con su diseño normativo, entonces, este mecanismo de promoción de la inversión privada es eficiente, porque se deja en la competencia de los particulares evaluar, estudiar, formular y proponer un proyecto de inversión que siendo rentable para ellos, sea también rentable socialmente para el Estado, sin que éste haya tenido que desplegar el movimiento del aparato estatal con esta finalidad. En otras palabras, tanto los intereses públicos como los privados coinciden desde el inicio del proyecto hasta su ejecución.

En consecuencia, partiendo de la premisa que el ordenamiento jurídico no impone límites sobre la exactitud de los proyectos que podrían comprender una iniciativa privada (porque puede abarcar casi la totalidad de los bienes y recursos

del Estado) y que la finalidad de la norma es incentivar la creatividad del inversionista, entonces podría proponerse una iniciativa privada para la construcción de estacionamientos sobre un bien del Estado (un activo), como también podría proponerse la construcción, mantenimiento y operación de un tren eléctrico que conecte toda la costa peruana (obra pública de infraestructura y servicio público). Estos ejemplos nos llevan preguntarnos ¿cuál debería ser razonablemente la limitación a la creatividad del inversionista?

### 3. ¿Cuáles deberían ser las limitaciones en búsqueda de una interpretación proactiva

Para determinar estas limitaciones, consideramos necesario analizar la naturaleza jurídica de las iniciativas privadas, de acuerdo al artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1012, el cual indica que tienen carácter de petición de gracia, conforme al artículo 112° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 en lo que sea *pertinente* y se realizan sobre activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de Servicios Públicos<sup>19</sup>.

Si bien para el inversionista el abanico de oportunidades de negocio es amplísimo, las limitaciones propias del ordenamiento jurídico califican a su propuesta (denominada iniciativa privada), como petición de gracia. Este último concepto según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>20</sup> se define del siguiente modo:

#### a) La petición de gracias

Es aquella que se encuentra referida a la obtención de una decisión administrativa a consecuencia de la discrecionalidad y libre apreciación de un ente administrativo.

<sup>17</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel. Mundo jurídico y creatividad.

En: [http://www.centrodefilosofia.org.ar/lyD/iyd39\\_9.pdf](http://www.centrodefilosofia.org.ar/lyD/iyd39_9.pdf), revisado el 8 de setiembre de 2012, pp. 69-84.

<sup>18</sup> Artículo 15° del Decreto Supremo N° 146-2008-EF:

(...)

15.3 Las iniciativas privadas que se presenten no deberán contener proyectos de inversión que coincidan total o parcialmente con aquéllos respecto de los cuales, los Organismos Promotores de la Inversión Privada competentes hubieren aprobado el respectivo Plan de Promoción de la Inversión Privada.

Sin embargo, en el caso que se hubiera aprobado dicho plan y hubiese transcurrido un plazo de 240 días hábiles sin que se haya convocado a concurso o licitación conforme a las Normas Vigentes en Materia de Promoción de la Inversión Privada, según éstas son definidas en el artículo 4° del Decreto Supremo N° 015-2004-PCM, el OPIP podrá admitir a trámite y evaluar la iniciativa privada.

<sup>19</sup> Artículo 14°. De la naturaleza de las iniciativas privadas.

Las iniciativas privadas se realizan sobre proyectos de inversión en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

(...)

Las iniciativas privadas tienen el carácter de peticiones de gracia a que se refiere el artículo 112° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo que sea pertinente. En consecuencia, el derecho del proponente se agota con la presentación de la iniciativa privada ante el Organismo Promotor de la Inversión Privada, sin posibilidad de impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 1042-2002-AA/TC de fecha 6 de diciembre de 2002. FJ. 2.1

Esta modalidad es stricto sensu la que originó el establecimiento del derecho de petición, en razón de que la petición no se sustenta en ningún título jurídico específico, sino que se atiende a la esperanza o expectativa de alcanzar una gracia administrativa. A lo sumo, expone como fundamento para la obtención de un beneficio, tratamiento favorable o liberación de un perjuicio no contemplado jurídicamente, la aplicación de la regla de merecimiento.

En ese sentido, la petición prevista en el artículo 112° de la Ley N° 27444 está destinada a obtener un indulto, alcanzar la formulación de nuevas políticas, la modificación o derogación de disposiciones, la creación o mejoramiento de la infraestructura, el acrecentamiento o modernización de los Servicios Públicos, la realización de actividades, etc.

Si bien esta cita es precisa para el caso de las iniciativas privadas, dado que estaría sujeta a una decisión discrecional de la administración y su finalidad puede encontrarse en el marco de *la creación o mejoramiento de la infraestructura y el acrecentamiento o modernización de los Servicios Públicos*, consideramos necesario indicar que el derecho de petición no es el único derecho constitucional que le da soporte, pues también se encuentra involucrada la libre iniciativa privada, de acuerdo al artículo 58° de la Constitución.

Por tanto, a diferencia del derecho de petición, la iniciativa privada tendría sustento también en el derecho constitucional a la libre iniciativa privada, el cual no es un derecho absoluto; por tanto, debemos analizar detenidamente el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1012<sup>21</sup>, el cual señala que las iniciativas privadas tienen carácter de peticiones de gracia a que se refiere el artículo 112°

de la Ley N° 27444<sup>22</sup>, en lo que sea pertinente, lo cual eliminaría *posibilidad de impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial*.

En este punto consideramos oportuno resaltar dos aspectos importantes: la pertinencia del carácter de petición de gracia y la imposibilidad de cuestionar la decisión en vía administrativa o vía judicial. Con respecto al primero, la petición de gracia contenida en la iniciativa está sujeta a una evaluación que culmina con la facultad discrecional de la Administración de declararla de interés o rechazarla<sup>23</sup>; sin embargo, el citado artículo 14° nos indica que esta característica sería aplicable siempre que sea pertinente, es decir, admite la posibilidad de que existan casos que no fueran pertinentes.

Sobre la imposibilidad de cuestionar la decisión discrecional en la vía judicial es oportuno citar la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 0090-2004-AA/TC<sup>24</sup>, la cual indica lo siguiente:

*“8. La actividad estatal se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no reglados o discrecionales.*

*Respecto a los actos no reglados o discrecionales, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la Ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo.* (Subrayado nuestro)

*En puridad, se trata de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento.*

<sup>21</sup> Artículo 14°.-  
(...)

Las iniciativas privadas podrán ser presentadas ante la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSION o los Organismos Promotores de la Inversión Privada de los Gobiernos Regionales o Locales, por personas jurídicas nacionales o extranjeras, así como por consorcios de personas jurídicas o consorcios de personas naturales con personas jurídicas, sean éstas nacionales o extranjeras.  
(...)

<sup>22</sup> Artículo 112°.- Facultad de formular peticiones de gracia

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

112.2 Frente a esta petición, la autoridad comunica al administrado la calidad graciable de lo solicitado y es atendido directamente mediante la prestación efectiva de lo pedido, salvo disposición expresa de la Ley que prevea una decisión formal para su aceptación.

112.3 Este derecho se agota con su ejercicio en la vía administrativa, sin perjuicio del ejercicio de otros derechos reconocidos por la Constitución.

<sup>23</sup> MUÑOZ, Ricardo. Op cit, p. 85

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0090-2004-AA/TC, de fecha 5 de julio de 2004, sobre la acción de amparo interpuesta por Juan Carlos Callegari Herazo contra el Ministerio de Defensa.

16. De similar opinión es Juan Carlos Cassagne [*“La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial”*, Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N° 067, julio-setiembre 1990], quien precisa que “(...) la posibilidad de controlar la discrecionalidad ha sido expresamente admitida por la Corte cuando media arbitrariedad al señalar que “la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia” (Conf. C.S 13-V-1986 in re D’argenio, Inés, D. c/Tribunal de Cuentas de la Nación”, revista La Ley, t. 1986-D, pág. 770)”.

De acuerdo con esta sentencia del Tribunal Constitucional, el enunciado legal por el que se elimina la posibilidad de impugnar una decisión discrecional no sería constitucional, por tanto se admite el control judicial de la discrecionalidad administrativa, que a pesar de ser polémico se sustenta en el criterio de que ningún acto estatal puede ser arbitrario, irrazonable y desproporcionado, por tanto, ello exige a las de las autoridades administrativas motivar adecuadamente incluso los actos discrecionales, como es por ejemplo la declaración de interés de una iniciativa privada<sup>25</sup>.

Luego de analizar los dos aspectos importantes, el único límite en la admisión de una iniciativa privada estaría determinado por la decisión discrecional de admitirla o rechazarla, por tanto, si se busca atraer y concretar proyectos de inversión, que a su vez sean de interés público, proponemos limitar donde sea *pertinente*; es decir, dejar el volar la creatividad del inversionista cuando ello sea posible, bajo el criterio de la razonabilidad, la predictibilidad y uniformidad.

Tal como hemos podido advertir, no existe un límite legal sobre los recursos del Estado que pueden ser materia de una Iniciativa Privada, por tanto pueden existir proyectos simples, como el negocio de los estacionamientos, así como también proyectos sumamente complejos como un tren eléctrico que una toda la costa peruana. ¿Es razonable para ambos casos que la iniciativa privada tenga

carácter de petición de gracia?

Consideramos que no, pues si el Estado busca incentivar la inversión privada, debería establecer un marco legal especial que permita diferenciar los proyectos de inversión pueden adoptar formas simples respecto de aquellos que son complejos, y por tanto, orientar reglas simples a proyectos simples y mantener la discrecionalidad que presupone la petición de gracia para evaluar los proyectos complejos.

En este sentido, sería óptimo y favorable para la inversión privada que, donde existan ideas o propuestas de inversión sobre bienes o activos del Estado que no involucren un gran interés público (como los estacionamientos o centros de esparcimiento), no exista la denominada petición de gracia, sino simplemente una propuesta sujeta a evaluación, de acuerdo con consideraciones establecidas legalmente o a proyectos similares en situaciones y circunstancias similares, por ello es de gran importancia un banco de iniciativas privadas, ya sean éstas rechazadas, desistidas o admitidas a trámite.

Por tanto, en los casos que existan propuestas que involucren un gran interés público (como una carretera interoceánica, una planta de tratamiento de aguas residuales o un servicio público), es razonable que se mantenga la calidad de petición de gracia a la iniciativa privada y la facultad discrecional de la Administración para declararla de interés público o rechazarla.

Esta determinación del interés público involucra de todas maneras un amplio margen de discrecionalidad, que deberá ser calificada o medida con parámetros técnicos, que se enmarquen dentro de las políticas nacionales y no el oportunismo político que forme parte de un plan demagógico, donde se busque quedar bien o ganar votos. Sabemos que es mucho más importante dar prioridad o preferir proyectos que involucren un alto interés público, en función de la cantidad de personas que se beneficiarán, la cantidad de actividades empresariales que podrían crecer, el impacto en la economía nacional, etc.

En cambio, en aquellos proyectos simples, la decisión administrativa de aprobar la iniciativa se debe sujetar a los criterios previamente establecidos en proyectos similares, el eventual

<sup>25</sup> MARTIN TIRADO, Richard. El control judicial de las peticiones de gracia. En: Gaceta Constitucional, Tomo 31, Junio de 2010, pp. 189-190.

marco legal especial que se diseñe y los principios de razonabilidad, uniformidad y predictibilidad.

Por tal motivo, una salida legal para emplear los citados principios de la razonabilidad, uniformidad y predictibilidad, que inspiran en el procedimiento administrativo, nos permite interpretar el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1012, entendiendo la frase: **en lo que sea pertinente**, de manera favorable a proyectos simples, de modo tal que éstos proyectos, no tendrían carácter de petición de gracia por no ser pertinentes.

#### 4. Incentivando la creatividad en los proyectos de inversión pública

##### 4.1. Simplificación del procedimiento

La simplificación del procedimiento para la evaluación de una iniciativa privada es un tema que debe ser evaluado de acuerdo con los principios que rigen el procedimiento administrativo, compatibles con este régimen especial. Por ejemplo, serían aplicables los siguientes principios: debido procedimiento, imparcialidad, informalismo, conducta procedimental, celeridad, eficacia, simplicidad, uniformidad, predictibilidad y el privilegio de controles posteriores.

Consideramos que la aplicación de estos principios es de gran apoyo en este procedimiento administrativo especial, con la finalidad de evitar situaciones que dilaten la emisión de una decisión ya sea favorable o de rechazo.

En el presente trabajo de investigación, analizamos cuantitativamente las iniciativas privadas presentadas en el ámbito del gobierno nacional, de acuerdo a la información publicada en la página web de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN, en el siguiente cuadro:



La información recopilada en este cuadro corresponde a las iniciativas privadas presentadas ante PROINVERSIÓN desde el año 2007. Si bien

al año 2012 existen diez iniciativas adjudicadas, ello no necesariamente es sinónimo de ineficiencia o burocracia, pues somos conscientes que estos proyectos requieren un detallado análisis; sin embargo, nada obsta analizar este procedimiento y procurar simplificarlo, de modo tal que cuantitativamente, se evidencie dentro de otros cinco años, una mayor concurrencia por parte de los particulares y que aquellas que se encuentran en trámite puedan tener pronta respuesta.

##### 4.2. Necesidad de reglas claras

Como bien define BULLARD, los procesos de privatización de los años noventa marcaron un cambio radical en la titularidad de los medios de producción que pasaron de manos estatales a manos privadas; sin embargo, “de nada sirve pasar una propiedad pública mal definida a una titularidad privada igualmente mal definida. El resultado es un sistema inconsistente e inseguro, que no es ni un buen sistema de producción de bienes privados ni un buen sistema de producción de bienes públicos”<sup>26</sup>.

No es objeto de este artículo criticar los procesos de privatización, sin embargo, uno de los sentidos al que queremos llegar con la anterior cita es que uno de los problemas en la regulación de las iniciativas privadas en su proceso de evolución fue que, precisamente, las reglas no estaban claras al inicio y que no ofrecían a ningún inversionista un incentivo para arriesgar sus capitales por dicha vía.

Si bien, posteriormente las reglas fueron dando origen a una institución denominada “iniciativas privadas”, es necesario indicar que las competencias regionales y municipales no se encuentran claramente delimitadas. Por citar un ejemplo, el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, no detallan qué órganos o los que hagan sus veces podrían componer el Organismo Promotor de la Inversión Privada en los Gobiernos Regionales y Locales. Se deja a discreción de estos niveles de gobierno su composición, los que no necesariamente se acoplarán al modelo que sigue el Gobierno Nacional.

Lo anteriormente indicado, a su vez genera una dispersión normativa respecto de la cantidad de normas que establezcan los procedimientos especiales que cada Gobierno Regional o Local podría emitir para la promoción de la inversión privada mediante iniciativas privadas.

<sup>26</sup> BULLARD GONZALES, Alfredo. Economía y Derecho. Lima: Palestra, Segunda Edición, 2009, p. 893.

### 4.3. Necesidad de reconocer más derechos

Según MERCADO NEUMANN, la legislación vigente no hace mención expresa a los casos en los que las iniciativas contengan derechos de autor, derechos de propiedad industrial, derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales o el *know how* del negocio. Asimismo, tampoco establecen el tratamiento que merece en dichos casos; no obstante, el autor indica que en estos casos, el funcionario encargado de la evaluación de la iniciativa, de oficio, debería aplicar el Decreto Legislativo N° 823, Ley de Propiedad Industrial, dado que los terceros interesados en el proyecto no podrían conocer todo el contenido del expediente<sup>27</sup>.

Por otro lado, consideramos importante indicar que la creatividad empleada en una iniciativa privada es susceptible de valorización económica y atribuible a una empresa o consorcio. El tiempo que duró la investigación del negocio, la estrategia para hacer que funcione, los estudios de ingeniería, los estudios legales y demás forman parte del proceso creativo del empresario interesado en un activo, bien o servicio del Estado. Lo justo sería reconocer su esfuerzo y la propiedad de la iniciativa, en caso el proponente no sea el adjudicatario del proyecto que él propuso.

En estos casos, el numeral 20.2 del Decreto Legislativo N° 1012<sup>28</sup>, admite la posibilidad del reembolso que no podrá exceder el 1% del valor total de la obra y/o el valor referencial previsto para el procedimiento de selección en el caso de prestación de Servicios Públicos, excepto cuando el valor referencial del proyecto no supere las 1 120 UITs vigentes al momento de la presentación de la iniciativa privada, en cuyo caso no podrá exceder el 5% del valor total de la obra y/o el valor referencial.

Estos límites legales al reembolso en algunos casos no necesariamente se podrán ajustar a la realidad de los gastos efectivamente realizados, más aún cuando se trata de bienes inmateriales como el *know how* o la propiedad intelectual. Según MERCADO NEUMANN, estos aspectos también deben ser valorizados y considerados dentro del reembolso<sup>29</sup>.

### 5. Conclusiones

Las iniciativas privadas como un mecanismo de promoción de la inversión privada, fueron tomando protagonismo en el ordenamiento jurídico peruano en la medida que el Estado cedió a los particulares la misión de buscar los proyectos de inversión, que siendo de interés particular coincidan también con el interés público.

El sustento constitucional de la iniciativa privada se encuentra en el derecho genérico de petición y la libre iniciativa privada, sin embargo ello no quiere decir que estos derechos sean absolutos. En efecto, la propia legislación vigente le impone una serie de restricciones en atención a calificar y ejecutar un proyecto que sea realmente de interés público.

La amplitud del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1012 y su reglamento, en lo que se refiere a los bienes y recursos del Estado que pueden ser materia de una iniciativa privada, nos llevan a la conclusión de que no todos los proyectos que puedan formularse sean complejos, por tanto no todos merecerían tener el carácter de petición de gracia a que se refiere el artículo 112° de la Ley N° 27444.

La creatividad a la que está llamado el inversionista debe ser estimulada, poniendo límites donde sea pertinente y eliminando trabas donde no deben existir. La pertinencia de calificar una u otra iniciativa privada como petición de gracia podría depender del criterio de la razonabilidad en cada caso, la uniformidad y la predictibilidad en los procedimientos administrativos.

Por tanto, en aquellos procedimientos donde se observen similares situaciones, propuestas o características lo ideal sería la decisión administrativa sea similar, ello con la finalidad de evitar decisiones arbitrarias. Por el contrario, en casos en los que la naturaleza del proyecto requiera análisis exhaustivos por involucrar obras de infraestructura y/o Servicios Públicos, entonces, es razonable otorgar a la Administración plena discrecionalidad para evaluar y calificar el proyecto.

<sup>27</sup> MERCADO NEUMANN, Edgardo. Los secretos comerciales y el *know how* en las iniciativas privadas de inversión. En: Revista de Derecho Administrativo N° 7, mayo 2009, pp. 402-403; 405.

<sup>28</sup> 20.2 El monto total de los gastos a reintegrar no podrá exceder el 1% del valor total de la obra, y/o el valor referencial previsto para el procedimiento de selección en el caso de prestación de servicios públicos, salvo en el caso de los proyectos cuyo valor referencial de inversión no supere un monto equivalente a 1 120 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) vigentes al momento de presentación de la iniciativa, en cuyo caso el límite será fijado previamente en el documento que apruebe la iniciativa, no pudiendo exceder del 5% del valor total de la obra y/o el valor referencial previsto para la prestación de servicios públicos.

<sup>29</sup> MERCADO NEUMANN, Edgardo. Op cit, p. 406.

Otros criterios que fomentan esta modalidad de participación de la inversión privada es apostar por la aplicación de los principios del procedimiento administrativo durante la tramitación y licitación de la iniciativa privada. Asimismo, es necesario emitir reglas o lineamientos que permitan determinar las competencias de los órganos que conforman los organismos de promoción de la inversión privada en los Gobiernos Regionales y Locales. Finalmente, consideramos que también es importante reconocer razonablemente y con un criterio de justicia, al proponente que no hubiera ganado la licitación.

## 6. Bibliografía

BULLARD GONZALES, Alfredo. *Economía y Derecho*. Lima: Palestra, Segunda Edición, 2009, p. 893.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. *Mundo jurídico y creatividad*. En: [http://www.centrodefilosofia.org.ar/lyD/iyd39\\_9.pdf](http://www.centrodefilosofia.org.ar/lyD/iyd39_9.pdf), revisado el 8 de setiembre de 2012, pp. 69-84.

DE GOYCOCHEA, Juan Carlos. *Iniciativa Privada*. Córdoba: Advocatus, 1999, p. 12.

HENDERSON PALACIOS, Lucy. *Iniciativas privadas sobre proyectos estatales*. En: [http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=n+3+revista+digital+de+la+REI+en+infraestructura+inicio&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.conecta-ceddet.org%2Findex.php%3Foption%3Dcom\\_k2%26view%3Ditem%26task%3Ddownload%26id%3D127%26Itemid%3D232%26lang%3Des&ei=D2pSUMKiBIL69QT5oIGYBA&usg=AFQjCNFhd4fzPa\\_VFfkJvG5UUyn1YBUXJQ](http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=n+3+revista+digital+de+la+REI+en+infraestructura+inicio&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.conecta-ceddet.org%2Findex.php%3Foption%3Dcom_k2%26view%3Ditem%26task%3Ddownload%26id%3D127%26Itemid%3D232%26lang%3Des&ei=D2pSUMKiBIL69QT5oIGYBA&usg=AFQjCNFhd4fzPa_VFfkJvG5UUyn1YBUXJQ), revisado el 10 de setiembre de 2012, p. 55.

KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. *El principio de subsidiariedad en materia económica*. Análisis

de las constituciones peruanas de 1979 y 1993. Lima: Palestra, 2010, p. 95.

MARTIN TIRADO, Richard. *Balance y perspectivas del régimen de las iniciativas privadas en el Perú*. En: *Revista de Derecho Administrativo* N° 8, noviembre 2009, pp. 341-352.

MARTIN TIRADO, Richard. *El control judicial de las peticiones de gracia*. En: *Gaceta Constitucional*, Tomo 31, Junio de 2010, pp. 181-200.

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

MORÓN URBINA, Juan Carlos. *La generación por iniciativa privada de proyectos públicos: La nueva colaboración público-privada y el interés público*. En: *Derecho y Sociedad* N° 24, p. 277.

MUÑOZ, Ricardo. *La iniciativa privada como instrumento de desarrollo infraestructural en la Argentina*. Buenos Aires: RAP, 2009, p. 13.

RUIZ CARO, Ariela. *El proceso de privatizaciones en el Perú durante el período 1991-2002*. En: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/10712/LCL1762PE.pdf>, revisado el 8 de setiembre de 2012, p. 84.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 1042-2002-AA/TC, de fecha 6 de diciembre de 2002. FJ. 2.1

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0090-2004-AA/TC, de fecha 5 de julio de 2004, sobre la acción de amparo interpuesta por Juan Carlos Callegari Herazo contra el Ministerio de Defensa.