



# El Carácter de Petición de Gracia de las Iniciativas Privadas

## The nature of the request for grace of private initiatives

Miguel Angel Paz Sime\*

### Resumen:

En el presente trabajo el autor analiza los alcances que tiene la clasificación de las iniciativas privadas como peticiones de gracia con respecto a los derechos de los proponentes en el marco de la legislación pertinente. Para ello, desarrolla inicialmente los conceptos que legislación, jurisprudencia y doctrina nos otorgan sobre la petición de gracia y sobre las iniciativas privadas, centrándose luego en comentar las limitaciones de la normativa vigente sobre éstas, y la correcta lectura que se le debería dar en búsqueda de la armonización con el derecho constitucional de petición y con los principios del debido procedimiento administrativo.

### Abstract:

In the present work, the author analyzes the scope of the classification of private initiatives as requests for grace with respect to the rights of the proponents within the framework of the relevant legislation. To do this, he initially develops the concepts that legislation, jurisprudence and doctrine give us on the request for grace and on private initiatives, focusing then on commenting on the limitations of current regulations on them, and the correct reading that should be given in search of harmonization with the constitutional right of petition and with the principles of due administrative procedure.

### Palabras claves:

Iniciativas privadas – Peticiones de gracia – Declaratoria de interés – Revocatoria – Debido procedimiento administrativo

### Keywords:

Private initiatives – Grace requests – Declaration of interest – Revocation – Due administrative procedure

### Sumario:

1. Introducción – 2. Las Peticiones de Gracia – 3. Las Iniciativas Privadas – 4. Conclusiones y reflexiones finales – 5. Bibliografía

\* Abogado Asociado del Estudio Rosselló, con estudios de Maestría en Regulación de los Servicios Públicos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, dos veces becario de la Beca Aristóteles otorgada por la Escuela de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y con Especialización en Derecho Administrativo y Empresarial por la Universidad ESAN.

## 1. Introducción

Fanelli decía que *“cuando el Estado sabe lo que quiere y cómo lo quiere, llama a licitación pública; cuando sabe lo que quiere, pero no cómo lo quiere llama a un concurso de proyectos integrales; cuando no sabe lo que quiere ni cómo lo quiere, llama a la presentación de iniciativas”*<sup>1</sup>.

La referida cita textual nos transmite la idea de que cuando el Estado se queda sin ideas, en materia de inversiones en servicios públicos o infraestructura, el sector privado puede actuar de modo suplementario, proponiendo directamente el desarrollo de proyectos de relevancia pública, respecto de una necesidad preliminarmente identificada por el Estado, sobre la cual no ha encontrado una solución clara y menos aún la forma de implementarla.

Ciertamente, las iniciativas privadas se constituyen en un mecanismo de promoción de la inversión privada, que consiste en efectuar propuestas al Estado para la puesta en marcha de negocios, que consistan en la inversión en activos, servicios públicos, infraestructura, innovación, entre otros aspectos de relevancia pública, que el Estado considera esenciales para el cumplimiento de fines de interés público, como el cierre de la brecha de la infraestructura, el acceso universal a los servicios públicos, entre otros.

El derecho de los particulares a presentar proyectos que son de relevancia pública se sustenta, según Richard Martin, en el derecho a libre iniciativa privada, vinculado al derecho a la participación en la vida económica de la sociedad, como fundamento constitucional que, rige la institución de las “iniciativas privadas” en nuestro ordenamiento jurídico<sup>2</sup>.

En efecto, el derecho a la formulación de iniciativas privadas de inversión en sectores típicamente reservados para el Estado es una evidencia palpable de que el derecho constitucional a la iniciativa privada<sup>3</sup> no se agota únicamente en el acceso o la permanencia de una empresa privada en mercados desregulados, liberalizados o abiertos a la competencia, sino que se extiende incluso a aquellos sectores de especial interés para el Estado, en los que el Estado tiene la labor de actuar “principalmente”<sup>4</sup>.

A través del derecho a la formulación de iniciativas privadas, el Estado no sólo se ha despojado definitivamente de su papel de empresario o proveedor de servicios públicos e infraestructura, sino que incluso ha decidido compartir una parte de su rol de planificador del desarrollo de actividades de relevancia pública, convocando a los agentes privados a participar en la identificación de proyectos de inversión privada, orientados a la satisfacción de necesidades de interés general o de elevada rentabilidad social.

Claro está, dada la especial relevancia pública de la realización de actividades en estos sectores, la concreción del derecho a la iniciativa privada presenta un “rasgo característico”, puesto que al recaer en activos (bienes o recursos) del Estado o actividades de titularidad pública, es imprescindible la previa conformidad del Estado y el concurso de su voluntad para el emprendimiento del proyecto<sup>5</sup>.

Ahora bien, ¿cuál es la razón por la que el Estado autoriza y promueve el concurso de los particulares para el ejercicio de las funciones de identificación y estructuración de proyectos de inversión? Una de las razones aceptadas es el reconocimiento del sector privado como una fuente inagotable de creatividad e innovación. Al respecto, Morón Urbina señala que la noción esencial de la *“iniciativa privada es que se trate de una nueva e innovadora idea que se propone a la autoridad con el objetivo de obtener un contrato con el Estado. Nada del diseño legal tendría sentido, si se tratara de una propuesta para acometer una idea que ya es dominio público o que esté proyectada realizar por el Estado”*<sup>6</sup>.

Justamente, cuando las alternativas de desarrollo o mejora, ideadas por el Estado se tornan insuficientes resulta legítimo y hasta necesario analizar y eventualmente aceptar las propuestas de desarrollo formuladas

1 Guillermo Fanelli Evans. “Concesión”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 1993 noviembre, Buenos Aires, citado por MARTIN TIRADO, Richard. “Balance y Perspectivas del Régimen de Iniciativas Privadas en el Perú”, *Revista de Derecho Administrativo*, CDA-PUCP, N° 8, (2009): 341-52.

2 Martin Tirado, Richard. “Balance y Perspectivas del Régimen de Iniciativas Privadas en el Perú”, *Revista de Derecho Administrativo*, CDA-PUCP, N° 8, (2009): 341-52.

3 Nótese que, a pesar de la identidad del término “iniciativa privada”, estamos refiriéndonos a dos conceptos vinculados pero distintos: por un lado, la libertad de la que disfrutaban las personas para iniciar una actividad económica, y por otro, la propuesta elaborada por el sector privado para el desarrollo de proyectos de interés público.

4 Constitución Política del Perú.

“Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

5 Juan Carlos Morón Urbina. “Las Concesiones de Infraestructura a Iniciativa de Inversionista”, *Ius Et Veritas* N° 35, (2007): 156-80.

6 Morón Urbina, Las Concesiones de Infraestructura a Iniciativa de Inversionista, 156-80.

por el sector privado, en el especial ejercicio de su derecho a la libre iniciativa privada en ámbitos sociales que el Estado ha reservado para sí. A contramano, el Estado debe vigilar que la innovación privada y el lógico y justificado ánimo lucrativo no terminen por desenfocar el objetivo esencial de la actuación del Estado en los ámbitos en los que debe intervenir “preferentemente”, a saber, la satisfacción del interés general.

Es por ello que, a diferencia del ejercicio del derecho a la libre iniciativa en los mercados ordinarios y básicamente sometidos a un régimen de autorizaciones, en el cual preexiste una expectativa legítima de los inversionistas a participar en el mercado, la iniciativa privada para el desarrollo de servicios públicos e infraestructura no lleva aparejada ninguna expectativa real o potencial de realizar la actividad económica (prestar el servicio público u operar la infraestructura), sino que esta se encuentra prácticamente sometida a la aceptación del Estado, expresada con un alto grado de discrecionalidad.

En términos prácticos, la aceptación de las iniciativas privadas no es la consecuencia del cumplimiento de un listado taxativo de requisitos previstos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de una entidad, sino el resultado de un verdadero proceso de naturaleza prenegocial, en el que, la Administración se encuentra facultada para decidir si el proyecto presentado es de relevancia pública o no<sup>7</sup>, razón por la cual la expectativa del proponente se entiende agotada con la sola presentación de la iniciativa privada. En extremo, la legislación peruana ha reconocido al Estado la atribución de arrepentirse hasta después de declarar que un proyecto de iniciativa privada es de interés público, incluso permitiéndosele abortar el proyecto después de la adjudicación al proponente.

Precisamente, ese es el tema del que nos ocuparemos en este artículo: El denominado “carácter de petición de gracia” de las iniciativas privadas. En nuestro desarrollo, daremos respuesta a las siguientes interrogantes: ¿Cuáles son las consecuencias legales de la calificación de las iniciativas privadas como petición de gracia? ¿Cuáles son los derechos de los proponentes de iniciativas privadas y los deberes de la Administración? ¿Puede el Estado rechazar las iniciativas privadas en cualquier momento, incluso después de la adjudicación del proyecto? ¿Pueden los proponentes oponerse al rechazo de las iniciativas privadas?

Para absolver dichas cuestiones, empezaremos analizando la naturaleza jurídica de las peticiones de gracia, para luego identificar cuál debe ser el tratamiento procedimental de las iniciativas privadas, así como los deberes y derechos de los sujetos del procedimiento: el proponente y la Administración.

## 2. Las Peticiones de Gracia

### 2.1 Manifestación específica del derecho de petición

El derecho de petición es reconocido expresamente como parte de los derechos fundamentales enumerados en el artículo 2 de la Constitución. En el inciso 20 de dicho artículo se establece que toda persona tiene derecho “a formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad”.

Ricardo Salazar Chávez sostiene que el contenido mínimo del derecho de petición “está configurado como la facultad de formular petición, sin perjuicio para el peticionante por el hecho de efectuarla, con las obligaciones para el sujeto pasivo de la petición de admitir la petición, acusar recibo de la misma, tramitarla directamente - si es competente - o remitirla al órgano competente, examinar materialmente la petición, pronunciarse motivadamente dentro de un plazo razonable sobre la petición y comunicar al peticionante el pronunciamiento”<sup>8</sup>.

Ciertamente, el núcleo duro o contenido esencial del derecho de petición está conformado por la facultad de formular solicitudes a la Administración Pública, a efectos de que esta, obligatoriamente, emita una respuesta. La Constitución exige como condición formal para el ejercicio del derecho, que las peticiones sean escritas, y prevé, como garantía de la satisfacción del derecho, que la respuesta también sea escrita y además emitida dentro del plazo legal.

El Tribunal Constitucional ha establecido que el contenido del derecho de petición comprende: “a) admitir el escrito en el cual se expresa la petición; b) exteriorizar el hecho de la recepción de la petición; c) dar el curso correspondiente a la petición; d) resolver la petición, motivándola de modo congruente con lo peticionado, y e) comunicar al peticionante lo resuelto”<sup>9</sup>.

7 Juan Carlos Morón Urbina. “Las Concesiones de Infraestructura a Iniciativa de Inversionista”, *Ius Et Veritas* N° 35, (2007): 156-80.

8 Ricardo Salazar Chávez. “El Derecho de Petición y la Administración Pública en el Perú”, *Themis* N° 39: 189-203.

9 Fundamento 2.2.4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1042-2002-AA/TC de fecha 6 de diciembre de 2002.

Para la eficacia de este derecho fundamental, es necesario que la Administración cumpla con un conjunto de obligaciones a su cargo, entre las cuales el Tribunal Constitucional ha enumerado las siguientes: “a) *Facilitar los medios para que el ciudadano pueda ejercitar el derecho de petición sin trabas absurdas o innecesarias.* b) *Abstenerse de cualquier forma o modo de sancionamiento (sic) al peticionante, por el solo hecho de haber ejercido dicho derecho.* c) *Admitir y tramitar el petitorio.* d) *Resolver en el plazo señalado por la ley de la materia la petición planteada, ofreciendo la correspondiente fundamentación de la determinación.* e) *Comunicar al peticionante la decisión adoptada*”<sup>10</sup>.

Como se puede apreciar, la satisfacción del derecho de petición, entendido autónomamente y desvinculado de los demás derechos fundamentales y legales que el ordenamiento jurídico reconoce, si bien se agota con la respuesta -incluso no satisfactoria- por parte de la Administración, ello presupone admitir a trámite la solicitud y dar cumplimiento a las reglas del procedimiento administrativo para la emisión del pronunciamiento, lo que supone cumplir los plazos y fundamentar la decisión. Sin embargo, la existencia del derecho de petición no garantiza que la respuesta de la Administración satisfaga el interés expresado en la solicitud del ciudadano.

El T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>11</sup> prevé cuáles son las formas que puede adoptar la petición de un ciudadano ante la Administración Pública:

- a) Solicitudes en interés particular del administrado,
- b) Solicitudes en interés de la colectividad,
- c) Contradicciones o impugnaciones de actos administrativos,
- d) Solicitudes de información,
- e) Consultas y
- f) Peticiones de gracia.

Los ejemplos que se indican a continuación son bastante ilustrativos para evidenciar cómo actúa la Administración ante las distintas modalidades de ejercicio del derecho de petición:

- **Solicitud en interés particular:** Un pescador artesanal pretende que se le otorgue un permiso de pesca. Para que la Administración (PRODUCE<sup>12</sup>) le expida el permiso, será condición suficiente el cumplimiento de los requisitos y condiciones legales (acreditar la existencia de la embarcación, que ésta sea de determinadas dimensiones, que cumpla con la normativa sanitaria, entre otras). En caso contrario, se denegará el permiso.
- **Solicitud en interés colectivo:** Una asociación de transportistas pretende que la Administración declare que una norma sectorial que establece requisitos para prestar el servicio de transporte de personas sea inaplicable con efectos generales. Será condición suficiente para que la Administración (INDECOPI<sup>13</sup>) disponga su inaplicación, verificar que se trata de una norma que califica como una barrera burocrática ilegal o carente de razonabilidad. En caso contrario, la norma mantendrá su plena eficacia.
- **Contradicción o impugnación de actos administrativos:** Una empresa de telecomunicaciones pretende que se le anule una multa por una infracción que supuestamente no ha sido tipificada. Será condición suficiente para que la Administración Pública (OSIPTEL<sup>14</sup>) revoque su sanción y deje sin efecto la multa, la ausencia del tipo infractor o la inexistencia de responsabilidad administrativa. En caso contrario, se confirmará la sanción.
- **Solicitud de información:** Un estudiante universitario necesita elaborar una investigación sobre la recaudación de las multas por infracciones de tránsito en Lima Metropolitana, para lo cual requiere acceder a información sobre multas impuestas, tipos de infracción y montos recaudados. Será condición suficiente, para que la Administración (Municipalidad) entregue la información, constatar que esta no se encuentra en algún supuesto que califique como secreta, reservada o confidencial.
- **Consulta:** Un ciudadano tiene una duda sobre la interpretación de una disposición reglamentaria en materia de asociaciones público-privadas. Para que la Administración absuelva la consulta, será condición suficiente que esta haya sido presentada ante la autoridad competente (MEF).

10 Fundamento 2.2.4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1042-2002-AA/TC de fecha 6 de diciembre de 2002.

11 Texto Único Ordenado de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS publicado el 20 de marzo de 2017.

12 Ministerio de la Producción.

13 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual.

14 Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones.

- **Petición de gracia:** Un inversionista desea ejecutar un proyecto de estacionamiento vehicular, para lo cual es necesario constituir un derecho de superficie para la construcción en el subsuelo de un parque distrital. No obstante, no hay condición suficiente preestablecida legalmente para la aprobación del proyecto.

Como se puede apreciar, salvo la petición de gracia, todas las modalidades de ejercicio de derecho de petición implican el reconocimiento de un derecho del administrado a exigir que su pretensión sea no sólo atendida sino además aceptada, en caso cuente con un derecho específico para tal efecto, sea este de reconocimiento constitucional, legal o infralegal. En dichos supuestos, la Administración, además de respetar la vigencia del derecho de petición mediante la tramitación y evaluación de la solicitud, está obligada a proveer favorablemente al solicitante, si su pedido se ajusta a ley.

Sin embargo, en el caso de la petición de gracia, la Administración no tiene ese tipo de obligaciones. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha explicado que la petición de gracia *“no se sustenta en ningún título jurídico específico, sino que se atiene 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”*<sup>15</sup>.

En ese sentido, respecto de las peticiones de gracia, el derecho de petición no es un vehículo para el goce de otro derecho subjetivo sino únicamente para la eventual atención de una expectativa jurídicamente no exigible. Por tal razón, ante esta clase de peticiones, la actividad de la Administración se agota con el acuse de recibo de la solicitud, su tramitación, evaluación material y emisión de respuesta, sea esta favorable o no.

## 2.2 Consecuencias de la calificación de una solicitud como petición de gracia

Ha quedado claro que una petición de gracia es una suerte de pedido desnudo, que no se guarece en el ropaje de otro derecho subjetivo. Es por ello que, ante una solicitud de gracia, la Administración no se encuentra obligada a dar una respuesta favorable al peticionante. Sin embargo, ¿a qué sí se encuentra obligada?

En primer lugar, no hay duda de que la Administración no puede vulnerar el contenido esencial del derecho de petición mismo. En ese sentido, las peticiones de gracia deben ser:

- Recibidas,
- Admitidas,
- Tramitadas por el órgano competente,
- Evaluadas en el plazo legal y
- Resueltas por escrito, con la debida motivación.

Asimismo, debemos tomar en cuenta que la naturaleza de petición de gracia en nada varía el hecho de que, a través de su ingreso y recepción por parte de la Administración, inicia un procedimiento administrativo, que se extiende durante la tramitación y evaluación de la petición de gracia y finaliza con la emisión y notificación del acto administrativo que acepta o rechaza la solicitud. Por consiguiente, los principios y las reglas generales aplicables a los procedimientos administrativos son de observancia obligatoria, por parte de los sujetos del procedimiento.

Uno de esos principios es el debido procedimiento, en virtud del cual *“los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten”*.

En el caso de las peticiones graciables, como en cualquier modalidad del ejercicio de derecho de petición, los administrados cuentan con todas las garantías antes enumeradas, salvo aquellas que, en sentido estricto, sean incompatibles con la naturaleza de la solicitud, como la referida a obtener una decisión *“fundada en derecho”*; pues resulta evidente que el administrado no tiene ninguna base legal para exigir que su pretensión sea aceptada, ni la Administración está obligada a refugiarse en algún marco legal para rechazarla.

<sup>15</sup> Fundamento 2.2.1 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1042-2002-AA/TC de fecha 6 de diciembre de 2002.

Sin embargo, respecto de las demás garantías, no habría justificación alguna para que sean interpretadas restrictivamente. Es por ello que estimamos que es perfectamente posible que los solicitantes de una petición graciable accedan al expediente, ofrezcan pruebas de su supuesto merecimiento, e incluso exijan que la decisión que se les comunique se encuentre motivada y, de ser el caso, ejercer su derecho de contradicción.

La naturaleza de petición de gracia no libera a la Administración de su obligación de motivar su decisión, mandato indispensable para la satisfacción del derecho de petición, independientemente de la modalidad en la que es ejercido. Ahora bien, el derecho a la motivación no se constituye en una habilitación para que los solicitantes exijan que la justificación de una decisión administrativa sea concordante con su posición personal o que la explicación no sea susceptible de ser derrumbada. Se está frente a una decisión motivada cuando -en términos del Tribunal Constitucional- se expone *“en forma sucinta –pero suficiente– las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada”*<sup>16</sup>.

En lo que se refiere específicamente a la impugnación administrativa de las decisiones que rechazan las peticiones de gracia, por contravención de las disposiciones y garantías procedimentales, carecería de lógica reconocer al solicitante el derecho a recibir una respuesta motivada y, al mismo tiempo, prohibirle impugnar una decisión inmotivada. Igualmente, si aceptamos que el solicitante tiene derecho a que su petición siga el procedimiento regular, no cabe duda de que podría impugnar una decisión emanada de un procedimiento transgresor del debido procedimiento.

Tampoco hay mayor dificultad al reconocer que lo que no es posible contradecir es únicamente el sentido del pronunciamiento, pues la solicitud no está orientada a satisfacer ningún derecho sino únicamente una expectativa lícita pero jurídicamente inexigible. Sin embargo, se podría admitir la posibilidad de impugnación en caso la decisión de rechazo sea incongruente con la motivación, en cuyo caso la Administración no quedaría automáticamente obligada a aceptar la petición de gracia, pero sí a fundamentar nuevamente las razones de un eventual segundo rechazo.

Con relación a la posibilidad de impugnar judicialmente las decisiones que resuelven peticiones de gracia, aparentemente sería una opción velada por la legislación. Al respecto, el artículo 121.3 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que *“este derecho [de petición de gracia] se agota con su ejercicio en la vía administrativa, sin perjuicio del ejercicio de otros derechos reconocidos por la Constitución”* (Subrayado y agregado nuestro).

En nuestra opinión, aun cuando reconocemos que este tema es, por lo menos, polémico, sostenemos que ningún acto de la administración, incluso en el aparente ejercicio de su facultad discrecional, puede ser una expresión de la arbitrariedad<sup>17</sup>. Por tal razón, estimamos que una interpretación aislada y literal de la primera parte de la disposición antes citada podría ser constitucionalmente cuestionable, si se prohibiera recurrir al peticionante a los órganos jurisdiccionales a someter a control constitucional actos arbitrarios expedidos en el marco del abuso de las potestades discrecionales de la Administración.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha reconocido la posibilidad de someter al control judicial las decisiones discrecionales de la Administración:

*“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.º 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)’”*<sup>18</sup>.

Por lo antes expuesto, dado que la naturaleza de petición de gracia no se constituye en una habilitación para que la Administración transgreda el contenido esencial del derecho de petición o actúe arbitrariamente, debería ser posible impugnar incluso en la vía judicial las decisiones que rechazan peticiones de gracia, siempre que la causa que motiva el recurso sea la transgresión del contenido esencial del derecho de petición o del debido procedimiento administrativo. Por el contrario, si la decisión que rechaza una petición

16 Fundamento 40 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 8495-2006-PA/TC de fecha 5 de julio de 2004.

17 En ese mismo sentido: Richard Martin Tirado. “El control judicial de las peticiones de gracia”. *Gaceta Constitucional*, tomo 31, junio (2010); 189-190; Patricia Vilcanqui Velásquez. “Las iniciativas privadas en proyectos de inversión: creatividad, ¿cuándo limitar y cuándo no?”, *Revista de Derecho Administrativo*, CDA-PUCP, N° 12, (2012): 291-300.

18 Fundamento 16 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC de fecha 5 de julio de 2004.

de gracia hubiese sido motivada y emitida en el marco de un procedimiento regular, la impugnación debería ser improcedente.

En síntesis, la tramitación y evaluación de una petición de gracia debe respetar todas las garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, así como el contenido esencial del derecho de petición administrativa. Sin embargo, consideramos que la naturaleza de petición de gracia impide que los solicitantes cuestionen el sentido de la decisión adoptada, si esta ha sido debidamente motivada y expedida en observancia del principio del debido procedimiento administrativo.

Finalmente, no podemos dejar de reconocer que nuestra posición, que cuenta con respaldo constitucional, genera una dificultad de orden material en cuanto a la revisión judicial de las decisiones que resuelven solicitudes de gracia. Al abrirse la puerta para la impugnación de ese tipo de decisiones, se podría generar una suerte de filtración en la admisión y procedencia de recursos, llegando a convertirse en cuestiones justiciables no sólo aquellas que versen realmente sobre contravenciones de la Administración al derecho de petición o al debido procedimiento, sino aquellas interpuestas caprichosamente por discrepancia con el sentido de la decisión. Sin embargo, el escenario alternativo, uno de descontrol absoluto de las decisiones administrativas discrecionales, es jurídicamente inadmisibles.

### 3. Las Iniciativas Privadas

#### 3.1 Noción de Iniciativa Privada

Dejando de lado la noción de Iniciativa Privada como libertad económica, dicho término nos transmite hasta cuatro acepciones:

##### 3.1.1 La Iniciativa Privada (IP) como Mecanismo de Participación de la Inversión Privada

Richard MARTIN define a la IP como *“un mecanismo de promoción de la inversión privada a través del cual, los particulares plantean al Estado su interés en el desarrollo y ejecución de un proyecto de inversión que no haya sido previamente contemplado por el Estado como parte de las actividades sobre las cuales recae un proceso de promoción de la inversión privada”*<sup>19</sup>.

Como habíamos señalado en la introducción, el ámbito material u objetivo de la IP como mecanismo de participación de la inversión privada ha estado típicamente asociado a servicios y obras públicas de infraestructura<sup>20</sup>. Ahora bien, en nuestro país, según Morón Urbina, el campo de acción de las iniciativas privadas se ha extendido a *“la concreción de proyectos de inversión que tengan como objeto: (i) activos del Estado; (ii) empresas del Estado; (iii) proyectos estatales; (iv) servicios; (v) obras públicas de infraestructura; y, (vi) servicios públicos”*<sup>21</sup>.

La ley peruana vigente adopta la definición de IP como un mecanismo de participación de la inversión privada en el numeral 33.1 del artículo 33 del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, al señalar que *“la iniciativa privada es el mecanismo mediante el cual el sector privado presenta proyectos para el desarrollo de Asociaciones Público Privadas, Proyectos en Activos y los proyectos regulados en el Decreto Legislativo N° 674 vinculados a empresas del Estado”*.

El ámbito objetivo de las IP, de acuerdo al marco legal vigente, es la proposición, por parte de los particulares, para la ejecución de: (a) Asociaciones público-privadas para el desarrollo de infraestructura pública o servicios públicos; (b) proyectos en activos, orientados a la disposición patrimonial o el aprovechamiento de activos del Estado y (c) inversiones sobre empresas que realizan actividad empresarial estatal.

Cuando hacemos referencia a las IP como mecanismo de participación de la inversión privada resulta ineludible la contraposición de ello con las demás modalidades de promoción, como la constitución de nuevas asociaciones público-privadas o ejecución de proyectos en activos, como resultado de un proceso iniciado a partir de la planificación realizada por el Estado, a través de los Organismos Promotores de la Inversión Privada (OPIP).

19 Richard Martin Tirado. “Balance y Perspectivas del Régimen de Iniciativas Privadas en el Perú”, *Revista de Derecho Administrativo*, CDA-PUCP, N° 8, (2009): 341-352.

20 Morón Urbina, Las Concesiones de Infraestructura a Iniciativa de Inversionista, 156-180.

21 Morón Urbina, Las Concesiones de Infraestructura a Iniciativa de Inversionista, 156-180.

Tratándose de áreas de actuación ordinariamente estatales, lo esperable es que sea el Estado quien lleve la voz cantante en materia de planificación y administración de una cartera de proyectos. Sin embargo, el Estado reconoce que, para identificar oportunidades de desarrollo y alternativas de solución frente a problemas de necesidad pública, puede explotar provechosamente la creatividad de los particulares. Uno de dichos problemas es justamente la insuficiente oferta de infraestructura o la calidad deficitaria de los servicios públicos. En consecuencia, el Estado se vale de la IP como mecanismo de participación privada, para la consecución de objetivos de interés público.

A continuación, mostramos los proyectos de IP del ámbito nacional que, según PROINVERSIÓN<sup>22</sup>, han sido aprobados por el Estado Peruano y que han derivado en la suscripción del contrato respectivo:

Proyecto	Contratante (Estado)	Inversionista	Fecha de Contrato	Sector	Modalidad contractual
Adquisición de 1,234 hectáreas de tierras eriazas del Proyecto Especial Jequetepeque - Zaña	Proyecto Especial Jequetepeque - Zaña	Gandules INC S.A.C.	25/04/08	Agricultura	Compraventa con compromiso de inversión
Central Hidroeléctrica San Gabán III	Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A.	Hydro Global Perú S.A.C.	01/07/16	Electricidad	Colaboración con empresa del Estado - Decreto Legislativo N° 674
Ciudad Sol de Collique - Mega Proyecto de Techo Propio, Mi Hogar y Mivivienda "Ciudad Sol de Collique"	Superintendencia Nacional de Bienes Estatales	Consorcio DHMONT & CG & M S.A.C.	11/05/10	Inmobiliario	Compraventa para inversión inmobiliaria
Desarrollo Agroexportador en tierras eriazas de Supe	Ministerio de Agricultura	Corporación Agropecuaria Santa María S.A.C.	09/07/09	Agricultura	Compraventa con compromiso de inversión
Instalación de 100 has de uva de mesa, 30 has de espárragos y 5 has de algarrobos	Proyecto Especial Jequetepeque Zaña	Empresa Agrícola Barraza S.A.C.	11/06/09	Agricultura	Compraventa con compromiso de inversión
Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Taboada	Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento	ACS Servicios, Comunicaciones y Energía constituyó la empresa Planta de Tratamiento de Aguas Residuales S.A. <sup>24</sup>	Mayo 2009	Saneamiento	Concesión
Planta de Tratamiento de Aguas Residuales y Emisor Submarino La Chira	Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento	Acciona Agua S.A.U. y Graña y Montero S.A.A. constituyeron la sociedad Concesionaria La Chira S.A. <sup>25</sup>		Saneamiento	Concesión
Poliducto Pisco - Lurín	Ministerio de Energía y Minas	Graña y Montero Petrolera S.A. y Oiltanking Perú constituyeron Poliductos del Perú S.A.C.	20/08/2008	Energía - Hidrocarburos	Concesión BOOT <sup>26</sup>
Portales de Breña	Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima y Callao - SEDAPAL	Consorcio Mantenimiento y Operaciones del Perú	11/03/2011	Inmobiliario	Compraventa con compromiso de inversión
Prestación de Servicios de Seguridad Tecnológica en las Prisiones	Ministerio de Justicia y Derechos Humanos	Global Circuit Perú E.I.R.L. y Global Circuit Ltda. Constituyeron la sociedad PRISONTEC S.A.C.	17/10/2014	Penitenciario	Prestación de Servicios
Terminal de Embarque de Concentrado de Minerales del Terminal Portuario del Callao	Ministerio de Transportes y Comunicaciones	Transportadora Callao S.A.	28/01/2011	Puertos	Concesión

Fuente: PROINVERSIÓN

22 De acuerdo con la información publicada en su portal web: [www.proyectosapp.pe](http://www.proyectosapp.pe).

23 El proponente fue Consorcio Taboada.

24 Los proponentes fueron Consorcio CCC - Canadian Comercial Corporation (luego se retiró), SNC Lavalin International y Veolia Water Systems.

25 BOOT es el acrónimo en inglés de *Build, Operate, Own and Transfer*.

26 El proyecto de iniciativa privada denominado "Infraestructura Penitenciaria y Renovación Urbana 'Proyecto Tinkuy Plaza' fue adjudicado, pero no se llegó a firmar el contrato correspondiente, dejándose finalmente sin efecto la adjudicación directa.

EsSalud, en el marco de la autonomía reconocida en la legislación de APP también ha suscrito contratos con inversionistas privados, derivados de cuatro IP, conforme al siguiente detalle:

Proyecto	Inversionista	Fecha de Contrato	Sector	Modalidad contractual
Constitución de Derecho de Superficie, Construcción de Infraestructura, Implementación y Prestación de Servicios de Gestión de Almacenamiento, Distribución y Entrega de Materiales en la Red de Almacenes y Farmacias de Lima de EsSalud	Unihealth Logistica Ltda y Funcional Card Ltda constituyeron la sociedad SALOG S.A.	05/02/2010	Almacenes farmacéuticos	Derecho de Superficie, Construcción y Gestión
Constitución de Derecho de Superficie, Diseño, Construcción de Infraestructura, Dotación de Equipamiento, Operación y Mantenimiento del Nuevo Hospital III Callao y su Centro de Atención Primaria de la Red Asistencial Sabogal de EsSalud	Consorcio BM3 Salud constituyó la sociedad Callao Salud S.A.C.	31/03/2010	Hospitalario	Derecho de Superficie, Construcción, Equipamiento y Operación
Constitución de Derecho de Superficie, Diseño, Construcción de Infraestructura, Dotación de Equipamiento, Operación y Mantenimiento del Nuevo Hospital III Villa María del Triunfo de la Red Asistencial Rebagliati de EsSalud	Consorcio BM3 Salud constituyó la sociedad Villa María del Triunfo S.A.C.	31/03/2010	Hospitalario	Derecho de Superficie, Construcción, Equipamiento y Operación
Remodelación e Implementación de Infraestructura, Equipamiento, Gestión y Prestación de Servicios Asistenciales y Administrativos en la Torre Trecca	Grupo Salud del Perú S.A.C. y American Hospital Management constituyeron la sociedad Consorcio Trecca S.A.C.	27/08/2010	Consultas médicas	Construcción, Equipamiento y Operación

Fuente: ESSALUD

De otro lado, la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional – AFIN ha indicado que PROINVERSIÓN se encontraba tramitando y evaluando, al 21 de abril de 2017, 13 IP autofinanciadas y 31 IP cofinanciadas, entre las cuales es posible identificar los siguientes proyectos: Colegios de Alto Rendimiento en el Norte del Perú (cofinanciada), Sistema de Tratamiento de Aguas Residuales del Lago Titicaca (cofinanciada), Iluminando Perú – Sistema Ecológico de Alumbrado Público (autofinanciada) y Terminal Multipropósito de Ilo (autofinanciada), entre otros<sup>28</sup>.

### 3.1.2 La IP como una institución jurídica prenegocial

Morón Urbina sostiene que, desde una perspectiva sustantiva, *“la IP aparece como una forma de tratativa preliminar entre el iniciador y la Administración de cara a un eventual contrato de contenido público”, que tiene “cabida en la fase previa prenegocial o preparatoria”*<sup>29</sup>.

El referido autor agrega que las declaraciones efectuadas durante la tramitación de una IP *“no son compromisos definitivos en lo referido al procedimiento a seguirse o al contrato que se pueda celebrar, ya que las partes (iniciador y autoridad) mantienen la libertad para seguir configurando el objeto de la iniciativa, su contenido, las declaraciones y condiciones, e incluso con la posibilidad de cancelar las tratativas sin responsabilidad”*<sup>30</sup>.

En efecto, el contenido de la propuesta de IP guarda la forma de una oferta contractual. Por su parte, las comunicaciones cursadas por la Administración durante la evaluación de la IP podrían asemejarse a una contraoferta. Ahora bien, a diferencia de la naturaleza relativamente más vinculante de las declaraciones precontractuales, surgidas antes del perfeccionamiento de un contrato civil o mercantil, la Administración no se encuentra estrictamente vinculada en función del contenido de sus comunicaciones, sino recién hasta la declaratoria de interés. Incluso el propio proponente, hasta antes de la declaratoria de interés, podría revocar su oferta sin responsabilidad.

Una característica distintiva de la IP como tratativa precontractual es que, de parecerle apropiado a la Administración el contenido de la oferta presentada por el proponente, aquella puede expedir una declaración que la vincule a contratar, pero sin que ello la comprometa necesariamente con el proponente,

27 De acuerdo con la información publicada en su portal web: <http://www.essalud.gob.pe/asociacion-publico-privada>.

28 Según información del Boletín Quincenario AFIN N° 199 de fecha 21 de abril de 2017, recuperado de: [http://www.afin.org.pe/images/publicaciones/quincenario/quincenario\\_afin\\_199.pdf](http://www.afin.org.pe/images/publicaciones/quincenario/quincenario_afin_199.pdf), el 23 de mayo de 2017.

29 Morón Urbina, Las Concesiones de Infraestructura a Iniciativa de Inversionista, 156-180.

30 Morón Urbina, Las Concesiones de Infraestructura a Iniciativa de Inversionista, 156-180.

sino con aquel que presente la mejor oferta y resulte ser el ganador de un proceso competitivo y abierto al público.

Dentro de las declaraciones precontractuales que realizan el proponente y la Administración, durante la evaluación de una IP, se puede hacer referencia a las siguientes:

- a) La propuesta, presentada por el proponente, que tiene la naturaleza de una oferta contractual.
- b) La opinión de relevancia, en la cual los organismos competentes del Estado declaran si la propuesta es consistente con sus prioridades y planes (nacionales, regionales o locales, según corresponda).
- c) Requerimientos de información al proponente, a efectos de contar con mayores elementos de convicción sobre la adecuación de la propuesta.
- d) Modificaciones o variaciones al proyecto de IP, formuladas por la Administración, de modo similar a una contraoferta.
- e) Aceptación de las modificaciones, por parte del proponente, lo que se asemeja a una aceptación de la contraoferta.
- f) Declaratoria de interés, por parte de la Administración, mediante la cual expresa oficialmente las características del proyecto, e invita a terceros a presentar propuestas específicas respecto del factor sujeto a competencia.
- g) Expresión de interés y entrega de garantía, en virtud de la cual el proponente declara que en caso resulte ser adjudicatario directo o ganador del proyecto, se obliga a suscribir definitivamente el contrato.

### 3.1.3 La IP como un procedimiento administrativo

Morón Urbina señala que, desde una perspectiva adjetiva, *“la iniciativa privada se nos presenta como un procedimiento administrativo antepuesto temporalmente al de selección del contratante y con objetivo distinto. Así, mientras el procedimiento de iniciativa privada está dirigido a determinar el objeto de una querida contratación administrativa (por lo general, una concesión) dentro de una etapa preparatoria de la voluntad contractual, los procedimientos de selección se dirigen a concretar la contraparte en un contrato administrativo con el objeto ya definido”*<sup>31</sup>.

Ciertamente, además de ser un mecanismo de participación de la inversión privada y un conjunto de declaraciones de voluntades prenegociales, la IP es asimismo un procedimiento administrativo con componentes característicos, entre los que destacan los siguientes:

#### **a) Sujetos del Procedimiento:**

Son básicamente el proponente y el OPIP. Además, intervienen los órganos competentes del Gobierno Nacional, Regional o Local que debe emitir la opinión de relevancia.

En las IP también interviene como sujeto del procedimiento el MEF, que en las IP cofinanciadas, participa en un procedimiento especial que forma parte de la tramitación de la IP como un proceso complejo. Dicho procedimiento especial se regula por las normas del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones<sup>32</sup> (SNPMGI).

#### **b) Etapas del Procedimiento:**

A pesar de que una IP, como analizaremos más adelante, es un procedimiento iniciado en virtud de una petición de gracia, lo cual conceptualmente ofrece un mayor ámbito de discrecionalidad a la Administración en lo que al contenido de su decisión administrativa se refiere, el procedimiento mediante el cual es tramitada y evaluada se encuentra prácticamente reglado en su integridad.

Ahora bien, aun cuando sea común a todas las clases de IP la existencia de una regulación procedimental extensa, huelga decir que en el caso de las IP referidas a proyectos de APP cofinanciadas, el procedimiento se encuentra regulado inclusive con más nivel de detalle, como veremos en el párrafo subsiguiente.

En el caso de las IP autofinanciadas, que son el mecanismo utilizado para proponer el desarrollo de APP autofinanciadas y, por aplicación supletoria, también de los Proyectos en Activos, su procedimiento es tramitado, siguiendo las etapas que se indican a continuación:

- (i) Presentación de la propuesta, a cargo del Proponente, que inicia el procedimiento administrativo.

31 Morón Urbina, Las Concesiones de Infraestructura a Iniciativa de Inversionista, 156-180.

32 El Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones fue creado mediante el Decreto Legislativo N° 1252 publicado el 1 de diciembre de 2016.

- (ii) Admisión a trámite, que consiste en la constatación preliminar por parte del OPIP de los requisitos de admisibilidad establecidos en el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224. En esta etapa, se concede un plazo al proponente, a efectos de subsanar las observaciones documentales efectuadas por el OPIP.
- (iii) Opinión de relevancia emitida por el Ministerio, Gobierno Regional o Local, en la que se declara que la IP presentada es consistente con los objetivos y políticas nacionales, regionales o locales, según sea el caso. Asimismo, se efectúa el diagnóstico sobre la provisión actual de la infraestructura o servicio público identificando las características de la demanda y la oferta existente en términos de cobertura y, entre otros aspectos, se evalúa preliminarmente la viabilidad técnica del proyecto. El pronunciamiento negativo sobre la relevancia o la falta de opinión dentro del plazo acarrea la conclusión del procedimiento con rechazo de la IP.
- (iv) Publicación de información básica de la IP, la cual es consignada en el portal institucional del OPIP.
- (v) Evaluación. En esta etapa el OPIP elabora y aprueba el Informe de Evaluación<sup>33</sup>, pudiendo requerir información al proponente y a la entidad.
- (vi) Incorporación del proyecto en el proceso de promoción de la inversión privada, a cargo del OPIP, previa conformidad del Gobierno Nacional, Regional o Local y del MEF, respecto del Informe de Evaluación.
- (vii) Estructuración, que comprende el diseño del proyecto mismo y del contrato en virtud del cual se implementará, a cargo del OPIP. En esta etapa, el OPIP otorga un plazo al proponente para expresar su conformidad o disconformidad con las incorporaciones o modificaciones a su propuesta. Para la continuación del trámite, es indispensable que el proponente exprese su conformidad, pues de lo contrario la IP es rechazada.
- (viii) Declaratoria de interés, que es la expresión oficial del OPIP que confiere publicidad al proyecto, así como a las reglas del proceso de selección, el factor de competencia y el proyecto de contrato a ser suscrito con el adjudicatario o ganador del proceso de selección.  
La doctrina nacional acepta que *“la calificación de interés público del proyecto, su aprobación, elegibilidad o declaración de viabilidad efectuada por la Administración implica la aceptación de la iniciativa privada propuesta y la voluntad estatal de emprender su ejecución posterior, mediante los procedimientos contemplados en el ordenamiento”*<sup>34</sup>.  
En buena cuenta, la declaratoria de interés se constituye en una tratativa ciertamente vinculante para la Administración, a diferencia de todas aquellas que efectúa antes de la declaratoria de interés (como la opinión de relevancia o las observaciones o modificaciones del proyecto durante la estructuración), que suponen un nivel mucho menor de compromiso.
- (ix) Apertura al mercado, que es un intervalo de noventa (90) días, durante el cual se espera que otros inversionistas distintos al proponente presenten su expresión de interés de participar en el proceso de selección.
- (x) Adjudicación directa al proponente, en caso no se presenten terceros durante la etapa de apertura al mercado. Alternativamente, se lleva a cabo un proceso de selección, en caso se presenten terceros interesados. Esto último en realidad constituye en sí mismo un procedimiento administrativo, con una pluralidad de sujetos, que se rige por las reglas procedimentales previstas en los artículos 49 al 52 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1251.
- (xi) Suscripción del contrato con el adjudicatario – proponente o ganador del proceso de selección.

Por su parte, respecto de las IP cofinanciadas, el procedimiento, que como ya habíamos adelantado se sujeta a niveles de reglamentación incluso más detallados, es el siguiente:

- (i) Presentación de la propuesta ante PROINVERSIÓN. Es importante señalar que, a diferencia de las IP autofinanciadas, sólo se puede presentar proyectos de IP cofinanciadas de competencia del Gobierno Nacional *“en la oportunidad, durante el plazo y las materias determinadas mediante Decreto Supremo refrendado por los ministerios solicitantes y el Ministerio de Economía y Finanzas”*<sup>35</sup> y de competencia de los Gobiernos Regionales o Locales *“durante los primeros cuarenta y cinco (45) días calendario de cada año”*<sup>36</sup>.
- (ii) Admisión a trámite, que consiste en la verificación, por parte de PROINVERSIÓN, de los requisitos de admisibilidad de las IP.
- (iii) Opinión de relevancia emitida por el Ministerio, Gobierno Regional o Local. Dada la restricción temporal que enfrentan los proponentes, es posible que durante el plazo previsto en el decreto supremo al que hacíamos referencia o dentro de los primeros 45 días del año, se presente más de un proyecto de IP cofinanciada orientado a satisfacer el mismo objetivo. Sobre este aspecto, el Reglamento del Decreto

33 Informe de Evaluación a que se refiere el artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1224.

34 Morón Urbina, Juan Carlos. “Los derechos del iniciador de proyectos de infraestructura. Las lecciones por aprender de la STC N° 01387-2009-PA/TC”, en Varios autores, *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra / Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Lima, 2010. 69-88.

35 Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Artículo 39, Numeral 39.1.

36 Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Artículo 40, Numeral 40.3.

Legislativo N° 1224 es particularmente incisivo en señalar que la entidad debe optar por un único proyecto, a saber, el que *“contenga componentes de innovación tecnológica y ofrezca mayor valor por dinero”*<sup>37</sup>. Asimismo, dado que la IP propende a desarrollar un proyecto que demande el empleo de recursos públicos, el Reglamento dispone que, en la opinión de relevancia, las entidades sustenten que los proyectos de IP no coinciden ni total ni parcialmente con proyectos de inversión pública en ejecución física o, en su defecto, justifiquen técnica y legalmente la coexistencia de estos con la IP cofinanciada.

- (iv) Publicación de información básica de la IP, la cual es consignada en el portal institucional del OPIP.
- (v) Formulación. En caso la IP cofinanciada contenga componentes de inversión, resultan aplicables las disposiciones del SNPMGI, para la formulación del proyecto de inversión pública. Asimismo, de acuerdo al artículo 44.1 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, corresponde al proponente la elaboración del estudio de preinversión, conforme a los contenidos que le sean requeridos por la Unidad Formuladora. Finalmente, el proyecto debe obtener la declaratoria de viabilidad en el marco del SNPMGI, pues en caso contrario la IP cofinanciada es rechazada.  
Cabe señalar que la referencia al SNPMGI data recién del 2017, con la modificación introducida mediante el Decreto Supremo N° 068-2017-EF<sup>38</sup>.
- (vi) Evaluación e incorporación del proyecto en el proceso de promoción de la inversión privada. Una vez culminada la formulación, PROINVERSIÓN elabora y aprueba el Informe de Evaluación, previa conformidad del MEF y el Ministerio, Gobierno Regional o Local. La aprobación del informe de evaluación habilita a la Administración a incorporar el proyecto en el proceso de promoción de la inversión privada.
- (vii) Estructuración, que comprende el diseño del proyecto mismo y del contrato en virtud del cual se implementará, a cargo del OPIP. En esta etapa, el OPIP otorga un plazo al proponente para expresar su conformidad o disconformidad con las incorporaciones o modificaciones a su propuesta. Para la continuación del trámite, es indispensable que el proponente exprese su conformidad, pues de lo contrario la IP es rechazada.
- (viii) Declaratoria de interés.
- (ix) Apertura al mercado.
- (x) Adjudicación directa al proponente o realización del proceso de selección.
- (xi) Suscripción del contrato con el adjudicatario – proponente o ganador del proceso de selección.

### c) Plazo del procedimiento:

Si bien el procedimiento complejo en el cual se tramita y evalúa una IP no está sujeto a un plazo fijo, hay múltiples disposiciones en el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 que prevén plazos que son de observancia obligatoria tanto para el proponente como para el OPIP y las demás entidades, entre los cuales podemos enumerar los siguientes:

- (i) El plazo para presentar las IP cofinanciadas, según se trate de proyectos de ámbito y competencia nacional, regional o local.
- (ii) La admisión a trámite o las observaciones al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad deben ser comunicadas en un plazo de quince (15) días desde la presentación de la IP.
- (iii) El OPIP debe remitir la IP a las entidades encargadas de emitir su opinión de relevancia en un plazo de diez (10) días.
- (iv) La opinión de relevancia debe ser emitida en un plazo de sesenta (60) días en el caso de las IP cofinanciadas y de noventa (90) días en el caso de las IP autofinanciadas, prorrogables en ambos casos por treinta (30) días.
- (v) La declaratoria de interés debe ser publicada en el portal institucional del OPIP y en el diario oficial El Peruano y un diario de circulación nacional por dos (02) días consecutivos.
- (vi) Después de la publicación de la declaratoria, los terceros cuentan con un plazo de noventa (90) días para presentar sus expresiones de interés.

37 El artículo 2.4 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 se refiere al Valor por Dinero en los siguientes términos: *“El principio de valor por dinero tiene como objeto la búsqueda de la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios, teniendo en cuenta una adecuada distribución de riesgos en todas las fases del proyecto de Asociación Público Privada. La generación de valor por dinero en las fases de desarrollo de las Asociaciones Público Privadas es responsabilidad del Organismo Promotor de la Inversión Privada, Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local...”*

38 A la fecha de elaboración del presente artículo, no se ha emitido una directiva específica del SNPMGI en materia de formulación de IP cofinanciadas. Sin embargo, durante la vigencia del extinto Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), se aprobó la Directiva N° 001-2014-EF/63.01, que regulaba el procedimiento de “evaluación concurrente” de las IP cofinanciadas, la cual se sujetaba a un cronograma y a la verificación del cumplimiento de los denominados “hitos”. Esto es particularmente ilustrativo, pues demuestra una evidente intención del Estado en establecer procedimientos sumamente reglados para la evaluación de las IP cofinanciadas, lo cual es además llamativo, pues su ámbito de aplicación es un procedimiento iniciado en virtud de una petición de gracia, normalmente asociada al ejercicio no reglado sino discrecional de la potestad administrativa.

(vii) En caso el proyecto se adjudique directamente al proponente, esto es, en ausencia de terceros interesados, el Contrato debe ser firmado en un plazo de noventa (90) días, salvo que el OPIP decida ampliar dicho período.

La existencia de plazos no hace más que ratificar la idea de que, aun cuando este procedimiento se encuentre cargado con un alto grado de discrecionalidad en el contenido decisión, el nivel de flexibilidad durante su tramitación y evaluación es significativamente menor, lo que lleva aparejada la responsabilidad de la Administración de dar cumplimiento estricto a las reglas procedimentales, a efectos de no incurrir en vicios que incluso puedan derivar en la nulidad del acto administrativo que contiene la decisión final sobre la IP presentada.

### 3.1.4 La IP como una petición de gracia

Finalmente, la IP no es sólo el mecanismo de promoción de la inversión privada, la tratativa negociada previa a la decisión de suscribir un contrato administrativo o el procedimiento administrativo que se instrumentaliza para la evaluación del contenido del proyecto. La IP es también la petición misma que da origen al procedimiento.

Y como ya hemos señalado, la modalidad en la que se ejerce el derecho constitucional de petición al presentar una IP es la solicitud con carácter de gracia.

Efectuando un breve recuento histórico del reconocimiento de la IP como petición de gracia, debemos recordar que la primera redacción del artículo 11 del Decreto Legislativo N° 758 establecía, con una visión bastante avanzada y proactiva, que las *“personas jurídicas podrán presentar iniciativas que identifiquen el proyecto a contratar”*. Posteriormente, la modificación efectuada mediante el Decreto Legislativo N° 839, que finalmente fue incorporada en el artículo 40 del ahora vetusto T.U.O. 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<sup>39</sup> morigeró su redacción, disponiendo que *“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 en el presente Texto Único Ordenado”*.

Con el transcurso de los años, en el 2004, se promulgó la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2004-PCM, en cuyo artículo 14.1 se reconoció la posibilidad de *“las personas jurídicas nacionales o extranjeras”* presenten *“ante los Organismos Promotores de la Inversión Privada del Gobierno Nacional, Regional o Local, iniciativas de proyectos de inversión sobre activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos que puedan ser ejecutados con la participación del sector privado a través de las modalidades de participación de la inversión privada (...)”*. En el artículo 15.1 del mismo dispositivo legal se estableció con claridad que *“las iniciativas privadas de proyectos de inversión que sean presentadas por particulares, tienen el carácter de peticiones de gracia”*.

Esta primera calificación de las IP como peticiones de gracia fue ratificada en el primer cuerpo normativo que reguló expresamente la institución de las APP, el Decreto Legislativo N° 1012, en cuyo artículo 14.4 se señalaba que *“Las iniciativas privadas tienen el carácter de peticiones de gracia a que se refiere el artículo 112 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo que sea pertinente”*, agregando que *“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. Las iniciativas privadas mantendrán su carácter de petición de gracia hasta que se convoque el proceso de selección que corresponda, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en las respectivas bases y/o en la legislación aplicable; o hasta que se suscriba el contrato correspondiente en caso se adjudique directamente por no haber terceros interesados”*.

Una redacción casi idéntica ha sido plasmada en el artículo 33.4 del vigente Decreto Legislativo N° 1224, como se puede apreciar a continuación:

*“33.4 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 cuestionamiento o impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial.”*

39 Texto Único Ordenado que fuera aprobado mediante el Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

*Las iniciativas privadas mantienen su carácter de petición de gracia hasta que se convoque el proceso de selección que corresponda, en cuyo caso es de aplicación lo dispuesto en las respectivas bases y/o en la legislación aplicable en lo que sea pertinente; o hasta la suscripción del contrato correspondiente en caso se adjudique directamente por no haber terceros interesados”.*

La disposición antes citada establece una regla de arduo acorazamiento a favor de la Administración, pues además de la calificación de petición de gracia de la IP -que *per se* ya supone privar al proponente de oponerse al sentido de la decisión, siempre que la Administración haya respetado el debido procedimiento y el deber de motivación, que forma parte del núcleo duro del derecho constitucional de petición-, establece otras reglas que refuerzan la posición privilegiada de la Administración durante la evaluación de la IP:

- (i) El agotamiento del derecho de proponente con la mera presentación de la IP.
- (ii) La imposibilidad de cuestionamiento o impugnación del pronunciamiento en sede judicial o administrativa.
- (iii) El doble estándar de la declaratoria de interés: Si aparecen terceros durante la etapa de apertura al mercado, la IP deja de ser petición de gracia; pero si el proponente es el único interesado, la IP mantiene su naturaleza graciable hasta la suscripción del contrato.  
A estas reglas, que son una suerte de reforzamiento estructural del blindaje legal de la administración pública, habría que agregar una adicional no prevista expresamente en la disposición antes citada:
- (iv) La pérdida de reembolso de gastos del proponente en caso resulte ser adjudicatario y la Administración se niegue a la suscripción del Contrato.

### **3.2 Los efectos de la calificación de las IP como peticiones de gracia y las disposiciones de reforzamiento de la posición privilegiada de la Administración**

De acuerdo con lo que hemos desarrollado en la sección 2, debemos recordar que la naturaleza de las peticiones de gracia no habilita al Estado a actuar en contra del principio de interdicción de la arbitrariedad.

Por el contrario, la Administración debe respetar el derecho constitucional al derecho de petición, lo que supone tramitar la solicitud graciable en un procedimiento regular y emitir una respuesta por escrito, comunicando el sentido de la decisión con una motivación sucinta pero suficiente.

Asimismo, dado que las peticiones de gracia activan el inicio de un procedimiento administrativo, los sujetos procedimentales, entre ellos el Estado, deben guiar sus actuaciones al amparo del principio del debido procedimiento administrativo, lo que supone respetar todas las garantías que son inherentes a los administrados.

La mera calificación de una IP como petición de gracia no establece ninguna posición de desventaja adicional, salvo el inexistente derecho a obtener una decisión fundada en derecho, pues por la misma naturaleza de petición graciable, el Estado no cuenta con ninguna norma que lo obligue a adoptar una decisión en un sentido u otro. De esto último se deriva la razonable restricción a impugnar las decisiones, siempre que estas hayan sido adoptadas respetando el debido procedimiento y el derecho de petición.

Siendo las IP un supuesto de peticiones graciables, no habría razón para asumir que la legislación vigente está orientada a menoscabar la posición de los proponentes, frente a todos los demás administrados que ejercen su derecho de petición mediante la modalidad de petición graciable. En todo caso, la ley no debería conculcar el contenido esencial del derecho de petición ni contravenir el principio del debido procedimiento, pues de lo contrario incurriría en una transgresión constitucional.

Peter Haberle enseña que los derechos fundamentales *“viven justamente gracias a su reivindicación y su ejercicio, que lo hacen efectivo y lo actualizan. Los derechos fundamentales necesitan de esa constante actualización. Vienen esencialmente puestos ‘en ejercicio’, ya que los individuos están efectivamente en grado de ejercitarlos”*<sup>40</sup>. Tomando en consideración justamente que el Estado tiene el mandato de optimizar el cumplimiento de los derechos fundamentales, no resultan admisibles las posiciones que, si bien pueden resultar apegadas a la legalidad, resultan ser contrarias a los principios y derechos constitucionales. Teniendo en mente ello, analizaremos las reglas previstas en el Decreto Legislativo N° 1224, las cuales, de forma complementaria a la calificación de la IP como petición de gracia, refuerzan una posición de desventaja para el proponente frente a la Administración.

40 Peter Haberle. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. (Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997), 102.

### 3.2.1 El supuesto agotamiento del derecho del proponente con la presentación de la IP

La primera parte del artículo 33.4 del Decreto Legislativo N° 1224 establece que *“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”*.

El efecto jurídico de la calificación es la imposibilidad derivada de contradecir el fondo de la decisión que adopte el Estado como resultado de su evaluación de la IP. Pero nada más, no restringe ningún otro derecho. Sin embargo, el problema de la redacción del artículo nace con la utilización del conector *“en consecuencia”*, para luego agregar que *“el derecho del proponente se agota con la presentación de la iniciativa privada”*.

Al respecto, el empleo del referido conector transmite la idea tipo de *“el supuesto jurídico (p) entonces (-->) la consecuencia jurídica (q)”*, que en la disposición bajo análisis tendría la siguiente estructura: Dado que las IP son peticiones de gracia (supuesto jurídico), entonces el derecho de quien las presenta se agota con el acto mismo de la presentación (consecuencia). La disposición no nos permite juzgar certeramente sobre su corrección jurídica, pues no precisa cuál es el derecho que sufre el agotamiento.

De lo que sí estamos seguros es que, interpretando la disposición a la luz de la Constitución, no podría estar refiriéndose al derecho de petición o al debido procedimiento. Recordemos que el contenido del derecho de petición comprende la admisión del escrito, la exteriorización de la recepción, dar el curso correspondiente a la solicitud, motivar la decisión de modo congruente con la solicitud, emitirla y comunicarla al peticionante<sup>41</sup>. Asimismo, el proponente goza, como toda persona que ejerce su derecho de petición, *“de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo”*.

Por tanto, debe descartarse que la ley esté autorizando al OPIP a:

- (i) Incumplir las normas procedimentales.
- (ii) Rechazar la IP sin expedir una respuesta por escrito.
- (iii) Rechazar la IP sin sustentar la decisión.

Ahora bien, no siendo susceptibles de agotamiento el derecho de petición ni el debido procedimiento con la sola presentación, pues la vigencia de estos derechos debe extenderse a lo largo de todo el procedimiento, ¿a qué derecho hace referencia el artículo 33.4 del Decreto Legislativo N° 1224? Pareciera que el legislador se estuviera refiriendo al derecho de contradicción, que analizaremos enseguida.

### 3.2.2 La imposibilidad de impugnación del pronunciamiento en sede judicial o administrativa.

La oración completa, después de la referencia a la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) reza: *“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 cuestionamiento o impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial”*.

Descartada la posibilidad de que la disposición se refiera a la extinción del derecho de petición o del debido procedimiento, corresponde analizar si es válido prohibir que el proponente impugne el pronunciamiento del rechazo de la IP en sede administrativa o judicial.

En primer lugar, el legislador ha pretendido ser contundente al vincular la naturaleza de petición graciable de la IP con la prohibición de impugnación. Asimismo, el texto legislativo demuestra cierto grado de coherencia con el artículo 112 de la LPAG (hoy artículo 121 del TUO de la LPAG), que establece que *“este derecho [de petición de gracia] se agota con su ejercicio en la vía administrativa”*.

Sin embargo, ¿es correcto asociar la naturaleza de petición graciable con la prohibición de recurrir?

En principio sí lo es. Dado que el proponente no tiene derecho a que, necesariamente, la IP sea aceptada, carecería de objeto habilitarlo para que, en caso el OPIP rechace la IP, solicite que este reconsidere su decisión o que recurra a un órgano jurisdiccional para que ordene la aprobación de la propuesta de IP. Pues, ¿cuál sería el sustento legal para aceptar la IP? Ninguno.

Por tanto, desde nuestro punto de vista, la redacción de esta sección del artículo 33.4 del Decreto Legislativo N° 1224, en lo que se refiere al derecho de contradicción o impugnación, es constitucionalmente válida. Sin embargo, una interpretación absolutista e inflexible de dicha disposición sí podría trastocar los principios y derechos constitucionales.

41 Fundamento 2.2.4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1042-2002-AA/TC de fecha 6 de diciembre de 2002.

Ya el Tribunal Constitucional, con ocasión del análisis de las disposiciones constitucionales que prohíben la revisión judicial de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones, ha establecido claramente que incluso una interpretación literal de la propia Carta Magna puede ser inconstitucional si transgrede los principios de interpretación, como el de *“función integradora”*, en virtud del cual el resultado de la interpretación *“sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad”*, o el de *“fuerza normativa de la Constitución”*, según el cual *“la interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”*<sup>42</sup>.

En la referida sentencia, el Tribunal Constitucional no declaró que la prohibición misma de impugnación judicial de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones era inconstitucional, pero sí lo era la interpretación de dicha norma, aislada de las demás disposiciones constitucionales, como aquellas que reconocían derechos fundamentales.

Con mayor razón, la interpretación conforme a la constitución de una norma con rango de ley supone asignarle un sentido que no genere resultados jurídicamente incongruentes, es decir, que no afecte el contenido esencial de algún derecho o principio constitucional. Es por ello que es válido interpretar que las decisiones de rechazo de las IP son irrecurribles, siempre que estas no hayan sido emitidas, en contravención de derechos constitucionales, como el debido procedimiento o el derecho de petición.

Para aterrizar este análisis, podríamos poner como ejemplo una carta de rechazo de una IP, que contiene únicamente la identificación del proponente, la sumilla del asunto y un párrafo en el que se comunica el rechazo de la IP sin expresar una justificación mínima de la decisión. Qué duda cabe de que el acto administrativo sustanciado en dicha carta contraviene el contenido esencial de dos derechos fundamentales, como son el debido procedimiento y el derecho de petición, en su aspecto relativo a la motivación de los actos administrativos. ¿No sería un atropello no tolerable por el Derecho impedir que el proponente impugne esa decisión?

### 3.2.3 La libre revocabilidad de la declaratoria de interés en caso no se presente terceros

*“Las iniciativas privadas mantienen su carácter de petición de gracia hasta que se convoque el proceso de selección que corresponda, en cuyo caso es de aplicación lo dispuesto en las respectivas bases y/o en la legislación aplicable en lo que sea pertinente; o hasta la suscripción del contrato correspondiente en caso se adjudique directamente por no haber terceros interesados”.*

La norma bajo análisis establece un doble estándar: Si durante la etapa de apertura al mercado, hay terceros interesados en desarrollar el proyecto, entonces la declaratoria de interés sí se vuelve vinculante. En cambio, si el único interesado es el proponente, la declaratoria de interés se vuelve revocable, pues la naturaleza graciable de la petición se extiende hasta la firma del Contrato.

Es interesante recalcar que la declaratoria de interés no es cualquier manifestación de voluntad prenegocial, sino que, efectivamente, *“significa el compromiso del Estado en materializar y viabilizar el proyecto de inversión privada evaluado con la determinación de los beneficios para la sociedad y por ende, de interés público, así como la rentabilidad económica del proyecto”*<sup>43</sup>. Esto significa que, conceptualmente, la declaratoria de interés debería ser vinculante en cualquier caso para la Administración.

José Antonio Tirado ahonda sobre el particular al afirmar lo siguiente:

*“La decisión de declarar de interés una iniciativa privada constituye un acto complejo en donde se debe procede a realizar una valoración especialmente importante, tanto de aspectos técnicos, económicos, sociales, etc., involucrados en el proyecto correspondiente, por lo que una posterior desestimación incausada no se ajusta a las exigencias de contar con un marco legal previsible y ordenado respecto de, entre otros, los mecanismos de fomento a la inversión privada y abre, directamente, la puerta a la arbitrariedad. Además, como lo hemos señalado, también se encuentra vinculado a ello, la necesaria atención o protección de los derechos sociales involucrados. Lo es, en mucho mayor grado, si tal desestimación o revocación ocurre luego de su adjudicación, situación en la cual, ya sin género de dudas, nos encontramos en una situación en la que, concluido el procedimiento competitivo, la Administración ha otorgado el derecho a llevar a cabo la obra de infraestructura o a prestar el servicio público a uno de los participantes en el procedimiento de selección del gestor de la iniciativa privada”*<sup>44</sup>.

42 Fundamento 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 5854-2005-PA/TC de fecha 6 de diciembre de 2002.

43 Nestor Raúl Shimabukuro Tokashiki. “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”, *Revista de Derecho Administrativo*, CDA-PUCP, N° 13, (2013): 103-122.

44 José Antonio Tirado Barrera. “Reflexiones en torno a la calificación legal de las iniciativas privadas de inversión como peticiones

Concordamos con el referido autor y muy especialmente compartimos su preocupación sobre los incentivos perversos que ofrece el marco legal para las actuaciones arbitrarias de la Administración, lo cual es particularmente evidente en el caso de la negativa a la suscripción de contratos con posterioridad a la adjudicación directa.

Ciertamente, el procedimiento tiene una naturaleza que facilita la arbitrariedad al permitir que la Administración se desista de su declaratoria de interés si no hay terceros interesados. Sin embargo, comprendemos que el interés subyacente del legislador al establecer esta regla puede ser, en cambio, bienintencionado, a efectos de proteger a la sociedad de la exposición a ciertos riesgos derivados de la suscripción del contrato con el adjudicatario, probablemente en razón de algún nuevo hallazgo que genere en la Administración cierta sospecha de su idoneidad.

Nuevamente, si el rechazo es inmotivado, dicha decisión será susceptible de ser impugnada. Sin embargo, ello dependerá, en cada caso concreto, de la existencia o no de afectación de algún derecho o principio constitucional, no siendo recomendable establecer una regla *per se*, mediante la cual se asuma que toda revocación de la declaratoria de interés o negativa a la suscripción del contrato con el proponente se constituya en una vulneración de derechos constitucionales.

Además de que, evidentemente ello sería bastante forzado, a efectos de salvaguardar los derechos del proponente resulta suficiente entender que puede contradecir la negativa a contratar, con el propósito de probar que el rechazo de la IP con posterioridad a la adjudicación ha conculcado sus derechos, lo cual deberá ser evaluado por el mismo OPIP en la vía administrativa o por los órganos jurisdiccionales.

#### 3.2.4 *La falta de reembolso de gastos al proponente después de la adjudicación*

Esta regla se deduce a partir de una interpretación conjunta del numeral 33.4 del artículo 33 Decreto Legislativo N° 1224 con los numerales 49.3 y 49.4 del artículo 49 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224.

Las dos disposiciones reglamentarias establecen, respectivamente, que el proponente pierde derecho al reembolso de gastos incurridos en la preparación de la IP si no participa en el proceso de selección y que el proponente tiene derecho a dicho reembolso si en efecto participa, pero resulta ganador un tercero. Por su parte, la norma con rango de ley establece que la naturaleza de petición de gracia se extiende hasta la suscripción del Contrato, si no se realiza el concurso por falta de interés de terceros. Ello significa forzosamente que si un proponente, hoy por hoy, resulta ser adjudicatario directo de su propia IP, pero el Estado finalmente decide no suscribir el Contrato, aquel no sólo no tiene derecho a exigir que el Estado respete su adjudicación, sino que además tampoco cuenta con base legal cierta que le permita exigir el reembolso de los gastos.

Este último aspecto, si bien representa una preocupación menor en comparación con los riesgos de rechazo inmotivado o en contravención del debido procedimiento, es un elemento que claramente refuerza la posición ventajosa de la Administración durante la tramitación de la IP como petición de gracia.

Dado que este impacto negativo es una consecuencia accesoria del ejercicio de la prerrogativa de rechazo de la IP, en tanto conserva su naturaleza de petición de gracia hasta antes de la firma del contrato, la mitigación del riesgo de doble efecto derivado de la arbitrariedad (la exclusión y la pérdida patrimonial) se lograría con la habilitación de la impugnación por parte del proponente, con la finalidad de que sustente y demuestre la afectación de sus derechos producida por la negativa a la suscripción del contrato<sup>45</sup>. Alternativamente, consideramos que una opción ***más tuitiva a favor del proponente sería la posibilidad de incorporar en el texto legal la obligación de la Administración de reconocer el derecho al reembolso de gastos, tanto en el supuesto en que el proponente participe en el proceso de selección y no resulte como adjudicatario como en el caso en que sea el adjudicatario directo y la Administración se oponga a la suscripción del contrato.***

de gracia". *Revista de Regulación Económica*, ESAN, N° 3, 2011, pp. 77-86. Recuperado de: <http://www.estudiograu.com:8080/web/publicaciones/JAT.pdf>, el 18 de mayo de 2017.

45 Alternativamente, el proponente podría optar por consentir la decisión de rechazo de la IP y reclamar en la vía civil, alegando responsabilidad delictual o extracontractual por los daños derivados de la negativa dolosa o negligente a la suscripción del contrato. Ahora bien, el riesgo de esta opción está vinculado a la posibilidad de cuestionamiento de la presencia de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil, pues la Administración podría alegar que su actuación se enmarca dentro del ejercicio regular de una potestad pública.

#### 4. Conclusiones y reflexiones finales

La calificación de las IP como peticiones de gracia no se constituye en una habilitación para que la Administración, a través del OPIP o las demás entidades intervinientes, actúe arbitrariamente, en contravención del derecho de petición y del debido procedimiento.

En virtud de esos derechos constitucionales, la Administración tiene la obligación de recibir y dar el trámite legal a las iniciativas privadas, dar cumplimiento a las normas procedimentales, motivar su decisión y comunicarla al proponente.

No es admisible interpretar que el ejercicio de los derechos constitucionales de petición o del debido procedimiento administrativo, se deba entender agotado con la sola presentación de la IP.

Si bien los proponentes no tienen ningún derecho preexistente a que se acepte las IP que presentan ante la Administración, ello no significa que ésta se encuentre legitimada a transgredir los derechos constitucionales de petición y debido procedimiento, particularmente en lo referido a la motivación de la decisión. En ese sentido, si bien puede ser justificado limitar el ejercicio del derecho de contradicción o impugnación contra el sentido de la decisión de rechazo de una IP, ello no significa que el proponente esté privado de impugnar en la vía administrativa o judicial aquellos actos que contravienen sus derechos constitucionales, incluso si estos se sustancian en una comunicación de rechazo de una petición de gracia, como es el caso de una IP.

Aunque la estructura del procedimiento de evaluación de las IP puede facilitar la arbitrariedad en perjuicio del proponente-adjudicatario, al permitir a la Administración revocar libremente su declaratoria de interés antes de la suscripción del contrato, es posible advertir que en algunos casos podría existir más de alguna razón de interés público, en virtud de la cual la Administración ejerza su prerrogativa de revocación o arrepentimiento, de modo legítimo. Por tal razón, no estimamos que sea recomendable sugerir una modificación normativa que prohíba la revocación de la declaratoria de interés en caso la IP sea adjudicada. Sin embargo, es indispensable que la decisión que resuelve la petición de gracia sea congruentemente motivada y se expida en cumplimiento de las normas procedimentales. Como garantía a favor del proponente, debe permitírsele impugnar aquellos actos de la Administración que conculcan sus derechos constitucionales.

Otro tema no analizado expresamente en este artículo, relacionado con la libre revocabilidad de la declaratoria de interés es la supuesta existencia de una prerrogativa de la Administración para rechazar la IP en cualquier oportunidad<sup>46</sup>. Si bien es incuestionable que la Administración tiene plenas facultades para rechazar la IP por razones de interés público o incluso por la simple falta de convicción en el proyecto presentado por el proponente, esta supuesta atribución es incompatible con el elevado nivel de intensidad reglamentaria del procedimiento de evaluación de las IP, que llega a establecer incluso etapas preclusivas, lo cual alcanza mayor notoriedad en el caso de las IP cofinanciadas.

Por tal razón, bien haría el Poder Ejecutivo en someter a juicio la posibilidad de establecer taxativamente las oportunidades en las que la Administración puede ejercer su potestad de rechazo de la IP. De hecho, es una señal de poca seriedad -y además contraria a las políticas orientadas a promover la inversión- que, por ejemplo, el OPIP comunique el rechazo de una IP al día siguiente de solicitar al Proponente que exprese su conformidad con las propuestas de cambio sugeridas por las entidades. Es por ello que nos permitimos sugerir que se establezcan como las únicas oportunidades para comunicar el rechazo de la IP:

- (i) Al vencimiento de plazo para la subsanación de los requisitos de admisibilidad, sin que el proponente lo efectúe;
- (ii) Al momento de emitir la opinión de relevancia, a pedido del Ministerio, Gobierno Regional o Local;
- (iii) Antes de la culminación de la etapa de formulación del proyecto de IP cofinanciada;
- (iv) Al recibirse la declaratoria de no viabilidad del proyecto de IP cofinanciada por parte del MEF;
- (v) Al recibirse la negativa a la conformidad del informe de evaluación por parte del MEF o el Ministerio, Gobierno Regional o Local;
- (vi) Al no recibirse la aceptación del Proponente de las propuestas de modificación del diseño del proyecto o el Contrato,

<sup>46</sup> Tirado Barrera advierte que PROINVERSIÓN introduce un "elemento de incertidumbre que no se ajusta a las exigencias que el marco legal en materia de asociaciones público-privadas debe exhibir", cuando dicho organismo sostiene que las IP "deben ser consideradas como peticiones de gracia libremente revocables en cualquier etapa del proceso. (José Antonio Tirado Barrera. "Reflexiones en torno a la calificación legal de las iniciativas privadas de inversión como peticiones de gracia". *Revista de Regulación Económica*, ESAN, N° 3, 2011, pp. 77-86. Recuperado de: <http://www.estudiograu.com:8080/web/publicaciones/JAT.pdf>, el 18 de mayo de 2017).

- (vii) Al último día del plazo para la expresión de interés por parte de terceros, sin que se haya recibido alguna durante el intervalo de apertura al mercado y
- (viii) Cuando la Administración tome conocimiento de un hecho sobreviniente relevante, después de la adjudicación directa, que resulte razonable para negarse a la suscripción del contrato con el proponente-adjudicatario.

## 5. Bibliografía

Fanelli Evans, Guillermo. "Concesión", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 1993 noviembre, Buenos Aires, citado por Martín Tirado, Richard. "Balance y Perspectivas del Régimen de Iniciativas Privadas en el Perú", *Revista de Derecho Administrativo*, CDA-PUCP, N° 8, 2009, pp. 341-352.

Haberle, Peter. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima-Perú, 1997, p. 102.

Martín Tirado, Richard. "Balance y Perspectivas del Régimen de Iniciativas Privadas en el Perú", *Revista de Derecho Administrativo*, CDA-PUCP, N° 8, 2009, pp. 341-352.

\_\_\_\_\_. 2010. "El control judicial de las peticiones de gracia". *Gaceta Constitucional*, tomo 31, junio de 2010, pp. 189-190.

Morón Urbina, Juan Carlos. 2007. Las Concesiones de Infraestructura a Iniciativa de Inversionista", *Ius Et Veritas* N° 35, 156-180.

\_\_\_\_\_. 2010. "Los derechos del iniciador de proyectos de infraestructura. Las lecciones por aprender de la STC N° 01387-2009-PA/TC", en Varios autores, *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra / Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Lima, 2010. pp. 69-88.

Salazar Chávez, Ricardo. "El Derecho de Petición y la Administración Pública en el Perú", *Themis* N° 39, pp. 189-203.

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

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 8495-2006-PA/TC de fecha 5 de julio de 2004.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC de fecha 5 de julio de 2004.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 5854-2005-PA/TC de fecha 6 de diciembre de 2002.

Shimabukuro Tokashiki, Nestor 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", *Revista de Derecho Administrativo*, CDA-PUCP, N° 13, 2013, pp. 103-122.

Tirado Barrera, José Antonio. "Reflexiones en torno a la calificación legal de las iniciativas privadas de inversión como peticiones de gracia". *Revista de Regulación Económica*, ESAN, N° 3, 2011, pp. 77-86. Recuperado de: <http://www.estudiograu.com:8080/web/publicaciones/JAT.pdf>, el 18 de mayo de 2017.

Vilcanqui Velásquez, Patricia. "Las iniciativas privadas en proyectos de inversión: creatividad, ¿cuándo limitar y cuándo no?", *Revista de Derecho Administrativo*, CDA-PUCP, N° 12, 2012, pp. 291-300.