

ADVOCATUS

Revista semestral editada por alumnos de la Facultad
de Derecho de la Universidad de Lima

DERECHO ADMINISTRATIVO

MESA REDONDA

Jorge Danós Ordóñez
Juan Carlos Morón Urbina

Alberto Cairampoma Arroyo	Rodrigo López Villanueva
Annie Fetta Pizzorno	Jorge Pando Vilchez
José Antonio Tirado Barrera	Hugo Gómez Apac
Dante Mendoza Antonioli	Mario Huapaya Nava
Milagros Maraví Sumar	Claudia Arméstar Alzamora
Oscar Fernando Herrera Giurfa†	Michael Luyo Castañeda
Ramón Huapaya Tapia	Eduardo Daniel Jiménez
Oscar Alejos Guzmán	Jiménez
Eduardo Quintana Sánchez	Gustavo Raúl Ytokazu Minami
Enrique Felices Saavedra	Fernando Valdez Pimentel



*"El último grado de perversidad es hacer servir
las leyes para la injusticia."*

VOLTAIRE

*"Le dernier degré de la perversité est de faire
servir les lois à l'injustice."*

VOLTAIRE

© **ADVOCATUS**

Primera Publicación 1998
Revista arbitrada por evaluadores
externos a la Asociación



Revista **semestral** editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

Dirección ADV Editores: Universidad de Lima, Avenida Javier Prado s/n.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
ISSN
Registro de Proyecto Editorial

Nº 2002-0350
Nº e-ISSN 2523-6261
Nº 21501401401041

Diseño y diagramación: Jorge Senisse Sáenz

ADVOCATUS se encuentra indexada ante Dialnet, Latindex y Vlex registrado en la base de datos de la International Legal Group (IJ).

ADVOCATUS no comparte necesariamente las opiniones vertidas por los autores.

Los interesados en publicar en **ADVOCATUS** pueden enviar sus artículos a nuestro correo electrónico edicion@revistaadvocatus.com en formato MS Word, los mismos que deberán ser originales. La Revista no se compromete a la publicación de los trabajos recibidos y se reserva el derecho de adaptarlos en forma de acuerdo a su línea editorial.

Prohibida su reproducción total o parcial sin la autorización por escrito de los Editores.



CONSEJO DIRECTIVO 2020-I

Directora General
Directora de Cursos
Director de Economía
Directora del Comité Editorial/Editora
Director de Eventos
Directora de Financiamiento
Director de Informática
Directora de Relaciones Públicas
Director de Responsabilidad Social
Director de Ventas

María José García Seminario
Melani Arteaga Galdo
Mauricio Lavaud Allen
Camila Fernanda Mendoza Rosell
Mauricio Andres Olaya Enciso
Valeria Pamela Khalilieh Saez
Manuel Calderon Ruiz
Fátima Ariana Moquillaza Robatty
Augusto Bustamante Lozada
Fernando Eberhart Carpio

MIEMBROS ACTIVOS

Comisión de Cursos

Adriana Lucía Albitres Rodríguez
Adriana Francesa Chávarri Cordano
Emilia Isabel Valdivia García
Rodrigo Emilio Hesse Martínez

Comisión de Economía

Camila Munive Ponce
Carlos Vidal Torres
Julia Rosa Elias de Lavalle
Mariana del Carmen Gandolfo Llontop

Comité Editorial

Alejandro Izquierdo Laca
María Alessandra Lima Espinoza
Fátima del Rosario Vega Pinedo
José Alfredo Agreda Pastor
Mateo Javier Alvarado Maraví

Comisión de Eventos

Alisson Antonella Coloma Vallejos
Elizabeth Janet Calancha Vilchez
Luis Matías Hernández Parra
Mariana Arbe Arrieta
Stefano Valer Llerena

Comisión de Financiamiento

Bianca Cateriano Wieman
Joaquín Carrillo Bolaños

Juan Diego Rodríguez Velez
María Fernanda Cusman Calderón

Comisión de Informática

Andrea Narro Beck
Doménico Mariano Fonseca Ramírez
Gino Alessandro Germana Zavala
Mauricio Manuel Ameri Sedano
Stéfany Sarit León Grajeda

Comisión de Relaciones Públicas

Amelie Sivlie D' Auriol Augusto
Daniela Lucía Lozano Lagos
Fernando Manuel Matute Guevara
Isabella Cristina Carrera Zolezzi
Jorge Edilberto Ugarte Imán
Víctor Adrián Hoyle Urquiaga

Comisión de Responsabilidad Social

Maria Fernanda Soto Bazán
María Paz Neyra Zenteno
Maria Pía Olivares Barberis
Valeria Samantha Abarca Mendoza
Valeria Paola Vila Contreras

Comisión de Ventas

Ana Paula Vega Vilchez
Fernanda Campusano Arsentales
Santiago Montes de Oca Osorio
Sebastian Ignacio Farah Alva

La Revista **ADVOCATUS** es editada por la Asociación Civil ADV Editores, conformada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

La Asociación Civil ADV Editores se encuentra inscrita en la Partida Electrónica N° 11270467 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima.



CONSEJO DIRECTIVO 2020-II

Directora General
Directora de Cursos
Directora de Economía
Director del Comité Editorial/Editor
Directora de Eventos
Directora de Financiamiento
Director de Informática
Directora de Relaciones Públicas
Directora de Responsabilidad Social
Directora de Ventas

Camila Fernanda Mendoza Rosell
Melani Arteaga Galdo
Julia Rosa Victoria Elías de Lavalle
Alejandro Izquierdo Laca
Alisson Antonella Coloma Vallejos
María Fernanda Cusman Calderón
Gino Alessandro Germana Zavala
Amelie Silvie D'Auriol Augusto
Valeria Paola Vila Contreras
Fernanda Campusano Arsentales

MIEMBROS ACTIVOS

Comisión de Cursos

Adriana Lucía Albitres Rodríguez
Adriana Francesa Chávarri Cordano
Emilia Isabel Valdivia García
Rodrigo Emilio Hesse Martínez

Comisión de Economía

Camila Munive Ponce
Luciana María Fernanda Quintana Medina
Luis Alonso Jaymez Valdivia

Comité Editorial

Alfredo Martín Benavides Castro Mendivil
Andrea Narro Beck
Carlos Andrés Fernández Guevara
Ignacio Gonzales Caipo
José Alfredo Agreda Pastor
Mateo Javier Alvarado Maraví

Comisión de Eventos

Alberto Ernesto Coya Rojas
Elizabeth Janet Calancha Vilchez
Joel Alberto de Jesús Santillán Dulanto
Mariana Arbe Arrieta
Stefano Valer Llerena

Comisión de Financiamiento

Ariana Henríquez Sánchez
Bianca Cateriano Wieman
Joaquín Carrillo Bolaños

Juan Diego Rodríguez Velez
Manuel Calderón

Comisión de Informática

Diana Carolina Mariaca Torres
Doménico Mariano Fonseca Ramírez
Mauricio Manuel Ameri Sedano
Valeria Doirta Arias Suárez

Comisión de Relaciones Públicas

Daniela Lucía Lozano Lagos
Fernando Manuel Matute Guevara
Isabella Cristina Carrera Zolezzi
Isabella Navia Atoche
Jorge Edilberto Ugarte Imán
Víctor Adrián Hoyle Urquiaga

Comisión de Responsabilidad Social

Ariana Patricia Flores Sánchez
María Fernanda Soto
María Pía Olivares Barberis
Renzo Mauricio Batti Kikta
Valeria Samantha Abarca Mendoza

Comisión de Ventas

Ana Paula Vega Vílchez
Fabrizio Solari Barco
Santiago Montes de Oca Osorio
Tarek Gabriel Mohanna Uccelli

ADVOCATUS tiene como objetivo desarrollar y fomentar la investigación en las distintas áreas del Derecho y su relación con otras ciencias en el marco de la globalización. El público al cual va dirigido se centra, principalmente, en estudiantes, profesores e investigadores de las Ciencias Jurídicas, así como abogados y otros profesionales que tengan interés en el Derecho en general.



CONSEJO CONSULTIVO:

Adrián Simons Pino
Alberto Delgado Venegas
Augusto Ferrero Costa
Cecilia Delgado Ratto
Enrique Ghersi Silva
Enrique Varsi Rospigliosi
Fernando Tori Vargas

Freddy Escobar Rozas
Gastón Fernández Cruz
Ivo Gagliuffi Piercechi
Jaime Zavala Costa
Javier Tovar Gil
Joaquín Missiego del Solar
Juan José Haro Seijas

Juan Espinoza Espinoza
Juan Luis Hernández Gazzo
Luciano Barchi Velaochaga
Marco Antonio Ortega Piana
Oswaldo del Carmen Hundskopf Exebio
Víctor García Toma
Pedro Pablo Kuczynski

CONSEJO EDITORIAL:

Luis Alberto Liñán Arana

Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Procesal y del Club Español de Arbitraje | Profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Lima y en la Academia de la Magistratura | Abogado por la Universidad de Lima.

Marco Antonio Ortega Piana

Profesor en la Facultad de Derecho Corporativo de la Universidad ESAN en el curso de Contratos | Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima | Árbitro adscrito en la Cámara de Comercio de Lima, Perú | Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Profesora en el Programa de Especialización de Árbitros en Contratación Pública de la Universidad ESAN y del curso de Responsabilidad Civil en la Maestría de Derecho de la Empresa de la Universidad de Piura | Profesora de Derecho Civil en la Universidad de Lima | Árbitro inscrita en la Cámara de Comercio de Lima, Perú | Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Javier Tovar Gil

Miembro del Instituto de Derecho de Servicios Públicos, Perú | Miembro del Directorio de Asociación de Empresas Promotoras de Mercado de Capitales – PROCAPITALES | Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Henry Huanco Piscoche

Fundador y Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Inmobiliario | Árbitro adscrito al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú | Profesor de Derecho Civil en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas | Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Mirko Medic Medina

Maestría en Derecho (LL.M.) con mención en Derecho Corporativo por el University College London (UCL) | Abogado por la Universidad de Lima.

Andy Carrión Zenteno

Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn, Alemania | Magíster en Derecho Penal (LL.M.) por la Universidad de Bonn, Alemania | Especialista en Cumplimiento Normativo en Derecho Penal por la Universidad Castilla-La Mancha, España | Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Eric Gätjens Cornejo

Jefe de prácticas del curso de Obligaciones en la Universidad de Lima | Abogado por la Universidad de Lima.

Karen Gabriela Chire Herrera

Maestría en Tributación y Política Fiscal por la Universidad de Lima | Maestría en Gestión Pública por la European Centre of Innovation and Management - EUCIM Business School | Abogada por la Universidad de San Martín de Porres.

Yliana Mercedes Laca Pinto

Especialista en Aduanas por la Escuela Nacional de Aduanas | Abogada por la Universidad de Lima.

Mónica Roxana Medina Rosell

Magíster en Derecho del Comercio Internacional por la London School of Economics and Political Sciences | Diplomada en Gestión del Desarrollo Sostenible por la Universidad ESAN | Profesora en Integración Económica de la Academia Diplomática del Perú | Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Antonio Alejandro Vega Bartra

Abogado por la Universidad de Lima.



MIEMBROS ASOCIADOS DE ADV EDITORES

Aaron Braulio Córdova Cortijo
Abraham Aguilar Olival
Adrián Franco Duharte
Adrián Tovar Ayllón
Adriana Felícita Cangalaya Ponce
Adriana Marín Rozas
Aiko Moromizato Kawahira
Alan Raúl García Nores
Alberto Arrieta Morante
Alberto Rivera Acuña-Falcón
Alberto Simón Linares Rojas
Alejandra De Izcue Bellido
Alejandra Gabriela López Chang
Alejandra Grazia Suárez Salazar
Alejandra Patricia Gálvez Haro
Alejandra Sánchez-Aizcorbe Hennings
Alejandro Bazán Sánchez-Moreno
Alejandro Enrique Roeder Bellina
Alejandro Joel Ramos Tamara
Alejandro Manrique Lewis
Alejandro Prado de Orbegoso
Alejandro Rafael Morales Cáceres
Alessandra Ferrari Carrera
Alessandra Vásquez Ávila
Alessia Milagros Villaran Huertas
Alexandra Arizmendi de Romaña
Alexandra Patricia Varela Zanelli
Alexandra Paz Estremadoyro
Alexandra Pinillos Molina
Alexandra Richter Carranza
Alexandra Salcedo Rodríguez
Alfredo Javier Salazar Aleman
Alonso Gurmendi Dunkelberg
Alonso Miranda Vargas
Alonso Moran De Romaña
Alonso Velezmoro Rocha
Alonso Villa-García Gonzales
Álvaro Andrés Alonso Donayre Delgado
Álvaro Arbulú Cervera
Álvaro Estrada Rosas
Álvaro Lamas Garay
Alvaro Portocarrero Fernández
Américo Hidalgo Gómez
Amr Sa'ad Ulloa Mansur
Ana Karem Rodriguez Moreno
Ana Lucía Figueroa Dongo
Anahi Pazos Aramburú
Andrea Alexandra Espino Buiza
Andrea Cecilia Salazar Hernández
Andrea Gallese Luna
Andrea Lanata Dentone
Andrea Mariana Lazo Pérez-Palma
Andrea Marisa Martín León
Andrea Pérez Valdez
Andrea Pittaluga Delgado
Andrea Villanueva Morays
Andrés Pizarro Vizcarra
Ángel Estuardo Valladares
Antonio Arrascue Baca
Antonio Lorenzo Hume Valenzuela
Aranzazu Qahhat Zapata
Ariana Carolina Cisneros Cacho-Sousa
Armando Bártoli Bernales
Arturo Adolfo Bazán Vigo
Arturo Baselli Gutiérrez
Augusto Bustamante Lozada
Augusto Iberico Barrenechea
Auki Schwartzmann Jochamowitz
Brunella Pacchioni Vergara
Bruno Fernando Vega Núñez
Bruno Zárate del Castillo
Camila Fernández Tovar
Camilo Vera Quintana
Carla Chávez Berrios
Carla Noriega Trujillo
Carlos Alejandro Zavala Yanac
Carlos Antonio Diez Contreras
Carlos Arévalo Velásquez
Carlos Héctor Alayza Valdivieso
Carlos Huayhualla Salazar
Carlos Kouri Jarufe
Carlos Miguel Goitizolo Airaldi
Carlos Ramón Vargas Pacheco
Carlos Vidal Torres
Carol Donayre Gonzales
Carolina Arlette Fonseca Simonetti
Carolina Cabada Vassi
Carolina Ciriani Alfigeme
Carolina Salinas Rosazza
Carolina Sarmiento Mansilla
Carolina Vivanco Vargas
César Antonio Guerrero Rivera
César Elías Ruiz-González
Chiara Michela Lercari Lavezzo
Christel Andrea Ingunza Coronado
Christian Javier Arauco Guanilo
Christian Miguel Vegas Joaquin
Claudia Daniela García Bustamante
Claudia Gimena Salazar Llanos
Claudia Liliana Chávez Berrios
Claudia Mariana Rojas Manrique
Claudia Orihuela Tejada
Claudia Patricia Calderón Correa
Claudia Viviana Ausejo Torres
Claudio Ferrero Merino
Cynthia Marlene Salazar Baldeón
Dafne Roel Noriega
Daniel Pablo Zapata Azurín
Daniel Reinoso Elbers
Daniela Alma Falcone Palacios
Daniela Andrea Quevedo Checa
Daniela Bazán Stewart



Daniela Carolina Supo Calderón
Daniela Comitre Miranda
Daniela Higuera Elías
Daniela Mariajosé Vásquez Medina
Daniela Terzano Orfanides
Daniela Urquiza Travi
Daniela Valera Ostolaza
Daniella Pastrana Rendón
Daniska Sofia Coronado Iberico
David Quintana Gutiérrez
Débora Luna Li
Denisse Koehne O'Connor
Diego Alberto Vílchez Lizárraga
Diego Alonso Fernández Brigneti
Diego Antonio Becerra Farje
Diego de la Puente Salazar
Diego Fernando Salomón Pita
Diego Sierra Chavera
Domenico Giuseppe Giorffino Vega
Eddy Bruno Catacora Palomino
Edgardo Franco Bernal Santos
Eduardo Giovanni Córdova Saiki
Edward Polo Santiesteban
Elard Ricardo Melgar Rivera
Enrique Silgado Venegas
Erick Sablich Carpio
Erik Lind Cosulich De Pecine
Fabiola Esther Proaño Rivera
Fátima Ariana Moquillaza Robatty
Fátima del Rosario Vega Pinedo
Fayzal Adnan Abuhadba Zegarra
Federico Humberto Galdo Pinedo
Fernando Cornejo Mohme
Fernando Eberhart Carpio
Fernando Eduardo Salhuana Quiroz
Fernando Miguel Diez Contreras
Fernando Rodríguez Molina
Fiorella Adriana Atoche Ortiz
Fiorella Alessandra Demartini Rivera
Frances Ricketts Dalton
Francisco Antonio Sandoval Vidalon
Francisco Cárdenas Pantoja
Francisco Carrillo Mesinas
Francisco Javier Ibazeta Navarro
Francisco José Berdejo Muñoz
Frank Henry Espinoza Ramírez
Franz Arizaga Huaynate
Franz Essenwanger Delgado
Fredy Mauricio Otárola Salvador
Gabriel Boucher Cálamo
Gabriel Najar Rosas
Gabriel Villavicencio Bedoya
Gabriela Andrea Córdova Luján
Gabriela Guadalupe Bolaños Vainstein
Gabriela Lizarzaburu Rubiños
Geneve Dupont Huapaya
Giada María Taddei Contreras
Gian Piero Luigi Pierantoni Salazar
Giancarlo Celis Noriega
Gianmarco Tagliarino Rondinelli
Gilbert Volta Pineda
Gino Cancino Dianderas
Gino Sangalli de los Ríos
Giulio Valz-Gen de las Casas
Giuseppe Manini Carrasco
Gonzalo Abel Bazan Montalto
Gonzalo Delgado Schambaher
Gonzalo Francisco Casapía Nué
Gonzalo Guillermo Chirinos Vidaurrázaga
Gonzalo Leo Zoppi
Gonzalo Puertas Villavicencio
Gonzalo Soriano Castillo
Guillermo Aliaga Pajares
Guillermo Cabieses Crovetto
Guillermo Javier Lozano Castillo
Gustavo Adolfo López y López
Gustavo Barboza Beraún
Gustavo Miró Quesada Milich
Gustavo Raúl Ytokazu Minami
Heidi Vizcarra Honorio
Helen Romero del Castillo
Helga Irazola Pella
Ignacio Álvaro Surber
Illian Hawie Lora
Ilse Cubas Brandes
Ingrid Gätjens Cornejo
Italo Fabian Armas Tipacti
Iván Ernesto Quispe Alarcón
Ivan Jaime Bendezú Elescano
Ivan Wassli Solís
Ivana Faride Velazco Chirinos
Jack Luis Zapata Vilcahuamán
Jacques Didier D'Auriol Augusto
Jan Carlo Martin Mendoza Arévalo
Janella Mercado Mendoza
Javier Barrios Kaabar
Javier Basulto Lizárraga
Javier Frías Paire
Javier Martín Espinoza Villar
Jimena Ordóñez Chichizola
Jimena Vásquez Meneses
Joan Alexander Montoya Mercado
Joaquín Humberto Planas Fernández
Johanna Giuliana Rossi Villamil
Jorge Abad Alcedo
Jorge Erik Benavides Kolind-Hansen
Jorge Fernandini Newton
Jorge Joels Carrión
Jorge Leturia Rengifo
Jorge Luis Ganoza Luna
Jorge Luis Solari Flores
Jorge Rendón Bernui
Jorge Rodrigo Ugaz Viera
José Aguado López
José Alberto Haito Gálvez
José Alejandro Ponce Rivera



José Antonio García-Rosell Chávez
José Beltrán Valdiviezo-Novoa
José Carlos Franco Angulo
José Carlos Tizón Meza
José Francisco Iturrizaga Montoya
José Giuliano Luján Benavides
José Guillermo Castro Miyashiro
Joselyn Irene Asalde León
Joyce Mary Moore Murphy
Juan Diego Carrillo Cama
Juan Diego de la Flor Mejía
Juan Diego García Montufar Miro Quesada
Juan Diego Mujica Filippi
Juan José Hopkins Brocq
Juan Rómulo Torres Abarca
Jürgen Spihlmann Freiberg
Karina Cerna Nalvarte
Katherine Salkeld Galarreta
Kathia Stiglich Thorne
Kuno Kafka Prado
Laisha Mubarak Aguad
Laura Liliana Moreno Minaya
Leonardo Vera Quintana
Leslie Ortega Olivera
Leslie Victoria Barrios Miranda
Leticia Alexandra Bendezú Silva
Lila Leonela Bustamante Solís
Liliana Navarrete Hayakawa
Liliana Sánchez Montenegro
Linette Fabiola Márquez Castañeda
Lisbeth Benavides Kolind-Hansen
Lorena Vásquez Meneses
Lorenzo Cánepa Ricketts
Lucero Eguren García
Lucía Alexandra Castro Pereira
Luciana María Palomino Basurto
Luciano Rebagliati Castro
Lucy Lisett Ayme Salas
Luis Abraham Garrido Huamán
Luis Antonio La Rosa Airaldi
Luis Aurelio Angulo Gonzáles Vigil
Luis Dongo de Villena
Luis Eduardo Espinoza Villar
Luis Francisco Paz Maury
Luis Marcial García Neyra
Luis Martín Cerreño Alva
Luis Matías Hernández Parra Morzan
Luis Rafael Escobar Ebell
Luisiana Daniella Samanamud Quino
Luz María Pedal Baertl
Macarena Carmona Schwartzmann
Magaly Traverso Zegarra
Manuel Alonso Hopkins Chavez
Manuel Alonso Reyna Camino
Manuel Calderon Ruiz
Manuel David Chong Tello
Marcial Giovanni Gutiérrez Lucar
María Alejandra Gutierrez Alfaro
María Alessandra Lima Espinoza
María Alexandra del Río Cárdenas
María Carmela Ayllón Yanac
María Claudia Zerpa Ramírez
María del Carmen Ramos Chuquiure
María Fe Barragán Saco
María Fe Carcelén Pérez
María Fe Torrejón
María Fernanda Alcaide Cárdenas
María Fernanda de Cárdenas Mazzetti
María Fernanda de la Puente Rizo Patrón
María Fernanda Gadea Rivera
María Fernanda Molet Diaz
María Fernanda Rios Grau
María Fernanda Tamayo Morote
María Fernanda Vila Olivos
María Gabriela Delgado Borgo
María José García
María José Puertas Villavicencio
María Juliana Romero Zapata
María Lyliana Ongaro de Vettori
María Milagros Goicochea Piana
María Paula Madau Marín
María Paz Neyra Zenteno
María Paz Torres Portocarrero
María Pía Rivero Mendiola
María Pía Talavera Barclay
Mariana de Olazábal Parodi
Mariana Fajardo Infantas
Mariana Franco Angulo
Mariana Gandolfo Llontop
Mariana González-Prada Felices
Mariana Silva Santisteban López
Mariana Ubidia de Gregori
Mariana Ugarriza Tello
Mariella Paredes Chipilliquén
Mario Dennys Dávila Sanchez
Mariselle Dumler Marsano
Martín Chocano Tabja
Martín Ruggiero Garzón
Masiel Arrieta Lastres
Mauricio Andres Olaya Enciso
Mauricio Balbi Bustamante
Mauricio Lavaud Allen
Mayra Alejandra de la Rosa Carrillo
Mayra Alejandra Valencia Sulca
Mayra Campos Aragón
Melani Arteaga Galdo
Mélanie Briceño Clémens
Melissa Fritsch Febrero
Michael Chimpitazi
Miguel Antonio Viale Leo
Miguel Rodrigo Salerno Boggio
Milagros Rodríguez-Larraín Miro Quesada
Mirko Altair Medic Medina
Mónica Andrea Eguren Ráez
Mónica Posada Ugaz
Mónica Romero Watson



Myriam Chacón Robles
Naghif Wadi Abuhadba Rozas
Napoleón de Jesús Álvarez Vargas
Natalia Begonia Ezcurra Robledo
Natalie Zaidan Abusada
Nicolás Bustamante Gálvez
Nicolás Pflücker Madge
Nicole Lukac Sadler
Nicole Peschiutta Forga
Nicolli Arlett Rivera Albuquerque
Óscar Genaro Ballón Stock
Óscar Picón Gonzales
Paloma Aparicio Lainez Lozada
Paloma Casanave Álvarez
Paloma Huby Noriega
Pamela Navarro Salinas
Paola Castillo Vigil
Paola Katherine Gálvez Callirgos
Paola Schulz Canessa
Paolo Rodrigo Oyola Casós
Patricia Valdivieso León
Patricio Noboa Olazábal
Paúl Méndez Dibós
Paula Portocarrero Pereira
Paulo Sanz Montenegro
Pedro Medina León
Pedro Mendoza Mendoza
Pierina Gabriela Gonzáles Dulanto
Piero Rodrigo Cruzado Merino
Pierre Alexander Duobert Abarca
Rafael Alejandro Villarán Bedoya
Rafael Boisset Tizón
Rafael Lengua Peña
Rafael Sebastián Milla Quezada
Rafaela Labarthe Uranga
Randolf Josh Zapata Vilcahuamán
Raúl Alberto Artola Unda
Raúl Peña Olano
Regina Rivera Núñez
Renato Angulo Rodríguez
Renato Arturo Velásquez Peláez
Renato Medina Valdivieso
Renato Rubén Vegas Joaquín
Renzo Chiri Marquez
Renzo Paolo Miranda León
Renzo Vernal Castañeda
Ricardo Arauco Guanilo
Ricardo Barrantes Balarezo
Ricardo de Vettor Pinillos
Ricardo Mercado Espinosa
Ricardo Sebastián Vega Mac Rae
Richard Barnett Ivazeta
Roberto Carlos Berendson Berninzon
Roberto Francisco Delgado Mendoza
Roberto Olaechea Miranda
Roberto Ríos Tapia
Rocío Plascencia Alva
Rodrigo David Cano Reyes
Rodrigo de la Puente Pflucker
Rodrigo Delgado Arce
Rodrigo Fernando Ortiz Torrel
Rodrigo Gálvez Martin
Rodrigo Montero Montoya
Rodrigo Morales Draxl
Rodrigo Vicente Molina Cabrera
Rodrigo Zapata Pineda
Rolando Barraza Oliva
Rolando Castellares Salazar
Romina Amorós Oré
Romina Buso Aleman
Ronald Cross Barragán
Rosa Ellena Zegarra Chavez
Rosa Isabel Espinoza Córdova
Rubén Murga Pizarro
Samuel Córdova Marroquin
Sandra Arredondo Simons
Sandra Elizabeth Kahn Coucillas
Sandro José Mariátegui Aragón
Sebastián Alonso Vidal Muñoz
Sebastián Heudebert Adawi
Sebastian Ignacio Farah Alva
Sebastian Marcelo Elías Sardiña
Sebastián Villegas Bacigalupo
Sergio Alberto Tafur Sánchez
Sergio Alberto Tafur Scaglia
Sergio Amiel Rodríguez-Carpi
Sergio Antonio Silva Tapia
Sergio Martín Rodríguez Mosquera
Silet Yolanda Becerra Orihuela
Soo Yon Lee Jung
Stefano David Ambrosini Campuzano
Stefano Lobatón Ramírez
Stéfany Sarit León Grajeda
Stephanie Penny Lecca
Stephen Rosholt Mesarina
Susana Santos Revilla
Teresa Alayza Valdivieso
Thomas Thorndike Piedra
Uldarico Ossio Seminario
Ursula Amelia Benites Távara
Valeria Alessandra Suárez Heredia
Valeria Giovanna Fry Chirinos
Valeria Lucía Illescas Pinto
Valeria Pamela Khalilieh Saez
Vanessa de la Sota Torres
Vanessa Velarde Lazarte
Véronica Bustamante Rey de Castro
Verónica Dibos Nemi
Verónica Morán Allemant
Verónica Tello Pino
Vivian Isabel Arroyo Bolívar
Wilfredo Cáceres Ghisilieri
Wilfredo Rodrigo Paz Plasencia
Ximena Masías Romero
Yasmín Belén Muñoz-Nájar Salem
Yazmín Alejandra Mendoza Lavado
Zully Danitza Chávez Morales

ÍNDICE

ESPECIAL: DERECHO ADMINISTRATIVO

EDITORIAL

MARÍA JOSÉ GARCÍA SEMINARIO y CAMILA MENDOZA ROSELL 14

MESA REDONDA

JUAN CARLOS MORÓN URBINA y JORGE DANÓS ORDÓÑEZ 15
A 20 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General

ESPECIAL

ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO y ANNIE FETTA PIZZORNO 29
La aplicación del principio de subsidiariedad en la actividad económica
del estado en el ordenamiento jurídico peruano

JOSÉ ANTONIO TIRADO BARRERA 47
El valor probatorio de las actas de inspección

DANTE MENDOZA ANTONIOLI 63
La prescripción de la facultad para determinar infracciones administrativas

MILAGROS MARAVÍ SUMAR 71
Balance y perspectivas de la interpretación normativa del Ministerio
de Economía y Finanzas en el marco de su rol rector del Sistema Nacional
de Promoción de la Inversión Privada

OSCAR FERNANDO HERRERA GIURFA[†] 93
El caso de las contrataciones de menos de 8 Unidades Impositivas Tributarias

RAMÓN HUAPAYA y OSCAR ALEJOS 103
El régimen desequilibrado del incumplimiento en los contratos del Estado

EDUARDO QUINTANA SÁNCHEZ 117
Calidad regulatoria en Perú: de la simplificación administrativa al análisis
de impacto regulatorio en cámara lenta

ENRIQUE FELICES SAAVEDRA y RODRIGO LÓPEZ VILLANUEVA.....	151
Apuntes sobre el cálculo de umbrales de notificación en el control de concentraciones empresariales	
JORGE PANDO VILCHEZ	173
Las medidas correctivas en los procedimientos administrativos sancionadores de las municipalidades. Un ajuste necesario de legalidad.	
HUGO GÓMEZ APAC	185
¿Toda actividad económica debe estar regulada?	
MARIO HUAPAYA NAVA	199
La transparencia en la gestión de los recursos naturales. Una mirada regional para transformar la riqueza en desarrollo y evitar la corrupción	
CLAUDIA ARMÉSTAR ALZAMORA.....	209
¿Las Asociaciones Público Privadas en el Perú se alinean a los estándares internacionales?	
MICHAEL LUYO CASTAÑEDA.....	223
El impulso de los programas de cumplimiento normativo: entre la promoción y la imposición	
<u>MISCELÁNEA</u>	
EDUARDO DANIEL JIMÉNEZ JIMÉNEZ	235
Intereses convencionales, precio del dinero, tasas máximas y anatocismo: sobre el anteproyecto de reforma del Código Civil	
GUSTAVO RAÚL YTOKAZU MINAMI.....	251
Defensoría del pueblo, supervisión penitenciaria y reformas durante la COVID-19	
FERNANDO VALDEZ PIMENTEL	271
El Delito de Conspiración para el Tráfico Ilícito de Drogas: análisis del cuarto párrafo del artículo 296 del Código Penal	

EDITORIAL

La presente edición corresponde a los ciclos académicos 2020-I y 2020-II, motivo por el cual se incluye a las dos Asambleas Generales correspondientes a dichos periodos.

El 2020 fue un año particularmente desafiante. La presente edición está dedicada a todas aquellas personas que ya no nos acompañan y a sus familiares, así como a las personas que ayudaron a combatir la pandemia de la COVID-19.

El 2020 nos obligó a transformarnos a un ritmo inesperado. Tradicionalmente, todas las actividades de **ADVOCATUS**, desde las reuniones de las Asambleas Generales, de las Comisiones y de los Consejos Directivos, así como los eventos académicos y las actividades sociales, siempre han sido presenciales. A pesar de las dificultades, la pandemia nos dio la oportunidad de reinventarnos, desde la organización de múltiples eventos académicos *online* hasta la publicación de nuestra primera edición digital.

Desde 1998 y luego de 40 revistas impresas, **ADVOCATUS** comparte su primera edición virtual, con el especial de Derecho Administrativo.

Esta rama del Derecho fue particularmente relevante durante el 2020, ya que tuvo un rol clave en el desarrollo de lineamientos para afrontar la emergencia sanitaria nacional. La regulación a través del Derecho Administrativo es uno de los temas más explorados por los autores de la presente edición, así como la potestad sancionadora, contrataciones con el Estado, entre otros. Es importante resaltar que la publicación de esta edición se da en el marco del aniversario N° 20 de la promulgación de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, a la cual se le dedica nuestra Mesa Redonda.

Queremos agradecer a **ADVOCATUS**, y especialmente a las Asambleas Generales y Consejos Directivos de los que fuimos parte desde el 2018 hasta el 2020, por permitirnos asumir nuevos retos, trabajar en equipo, sacar adelante nuevos proyectos, formar amistades y dejarnos las mejores experiencias. Siempre recordaremos con mucho cariño nuestro tiempo en la Asociación y a nuestra familia **ADV**.

María José García Seminario
DIRECTORA GENERAL 2020-I
Revista **ADVOCATUS**

Camila Fernanda Mendoza Rosell
DIRECTORA GENERAL 2020-II
Revista **ADVOCATUS**



A 20 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General^(*)



JUAN CARLOS MORÓN URBINA

Abogado por la Universidad San Martín de Porres.
Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Doctor en Derecho por la Universidad de La Coruña, España.
Profesor Ordinario de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Miembro de la Comisión que elaboró el Anteproyecto de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

JORGE DANÓS ORDÓÑEZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid.
Profesor Principal de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Presidente de la Comisión que elaboró el Anteproyecto de la Ley de Procedimiento Administrativo General.



(*) **ADVOCATUS** agradece a su Miembro Activo Giovana Carolina Gazzo Capocci por su contribución en la realización de la presente mesa redonda y a Camila Fernanda Mendoza Rosell, Directora del Comité Editorial de la Revista, por su contribución en la elaboración de las preguntas y conducción de la presente mesa redonda.

RESUMEN:

ADVOCATUS tuvo la oportunidad de reunirse y conversar con dos abogados peruanos, de gran trayectoria, especialistas en Derecho Administrativo, para que nos compartan sus reflexiones sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General 20 años después de su promulgación.

Palabras clave: Derecho Administrativo, Ley del Procedimiento Administrativo General, entrevista

ABSTRACT:

ADVOCATUS had the opportunity to meet with two Peruvian lawyers of great experience in the administrative law field so that they could share their reflections on the Peruvian General Administrative Procedure Law —LPAG, 20 years after its enactment.

Keywords: Administrative Law, General Administrative Procedure Law, interview

1. **Tras 20 años de la promulgación de la Ley del Procedimiento Administrativo General —en adelante, LPAG o Ley— ¿considera usted que su promulgación fue acertada respecto a la regulación anterior en materia administrativa?**

Juan Carlos Morón Urbina (JCM): Antes de la LPAG, teníamos una norma que venía del año 1967: el Reglamento de Normas Generales del Proceso Administrativo. En 1992 fue elevada a rango de ley, pero era una norma bastante corta, que además se declaraba a sí misma como una norma supletoria a todas las disposiciones que tenían las entidades. Entonces, en la práctica lo que se tenía era una gran dispersión normativa, porque cada entidad tenía su propio reglamento, sus propias formas de conectarse con los ciudadanos, plazos distintos, requisitos distintos, etcétera.

No había ni siquiera un mínimo de uniformidad en la Administración Pública para que el ciudadano pueda tener un estatuto de derechos, ni había un mínimo de obligación de los funcionarios públicos hacia la administración. Tampoco había normas de organización como, por ejemplo, el tema de la competencia administrativa, la descentralización desconcentración, normas sobre como organizar algunos tipos de procedimientos como el sancionador, lo que era el trilateral, y la responsabilidad de los funcionarios no estaba centralizada en un cuerpo normativo.

Entonces, el cuerpo normativo que se dio bajo la Ley 27444, creo que marcó un corte de lo que

había antes a lo que vino después, porque era una norma que básicamente era pedagógica. Era extensa, sí, pero pedagógica. Centralizaba la regulación de todas las entidades públicas para dar un mínimo común a todas. Desde una municipalidad hasta un ministerio debían tener ese mismo régimen hacia los ciudadanos, por un tema de igualdad. Por la extensión de la norma y su carácter pedagógico también sirvió de generación de enseñanza, de estudios, de funcionarios públicos que se preparaban más, para ejercer mejor su función. Así también ha servido para generar un cuerpo de doctrina nacional y estudiosos del tema.

Entonces, creo que sí ha servido para generar un espacio para el Derecho Administrativo y para que la relación entre los ciudadanos y la administración sea mejor, más predecible y democrática.

Jorge Danós Ordoñez (JD): Yo sigo la saga del doctor Morón. Creo que hay una suerte de partaguas, un antes y un después en la regulación del procedimiento administrativo en la ley. La LPAG, como ha comentado el doctor Morón, no es una ley que, vamos a decir así, viene de la nada porque teníamos precedentes. El Perú es el país en América Latina que se dota de la primera norma de procedimiento administrativo. La del año 1967 tomó en cuenta la ley española de 1956 y luego se complementó esa norma con la Ley de Simplificación Administrativa y con la Ley Marco de Crecimiento de la Inversión Privada. La LPAG, sin embargo, hace lo siguiente: es una ley que deliberadamente procura la

garantía de los derechos de la persona en sede administrativa. Diría que hasta antes de la Ley el énfasis colocado era bueno, pues frente a la administración, en un procedimiento hay derechos. La administración debe actuar bien y si hay algún problema en las garantías estas se acceden ante el Poder Judicial, singularmente a través del amparo.

La lógica de la Ley es la siguiente: hay un conjunto de principios y derechos constitucionales, que vinculan a la administración, y esta debe guiar su actuación conforme a ellos. Eso lo vemos desde los principios del procedimiento administrativo. La Ley consagra y desarrolla los alcances de estos principios, que no son de organización ni de la estructura, son de la actuación administrativa. Hay que siempre tener en cuenta, como ha comentado el doctor Morón, que esta es una ley que está regulando la actuación de la administración, no la organización, ni la estructura, ni el aparato administrativo: está regulando cómo tiene que hacer la administración para cumplir sus funciones, para cumplir el rol que le asigna el ordenamiento jurídico.

Por eso, lo que hizo la LPAG fue consagrar un conjunto de principios, la mayor parte de ellos con fundamento constitucional pero no se quedó en el mero enunciado, no se quedó solamente en señalar el título, sino además hizo un desarrollo. Luego vino la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y ha habido una retroalimentación entre lo que la LPAG desarrolló y lo que la jurisprudencia amplió. Luego, la posterior reforma de la LPAG lo ha ido consagrando, así desde los principios hay una suerte de enfoque constitucional de lo que debe hacer la administración, de lo que tiene que respetar y cómo es que tiene que actuar en función de los derechos de los destinatarios de la actividad administrativa, que tienen a su vez consagradas garantías en la Ley.

La idea de toda ley de procedimiento administrativo es cómo poder aunar, equilibrar, armonizar el reconocimiento de prerrogativas exorbitantes a la administración —que no tenemos los privados— a fin de poder hacer viable la realización de los fines e intereses públicos. Por

eso se le reconocen prerrogativas a la administración: estas son las prerrogativas públicas exorbitantes, pero siempre en consonancia, armonía y equilibrio con los derechos de las personas y por eso hay un conjunto de deberes. La sola existencia de un procedimiento administrativo es un mecanismo de control de la administración.

Si un país no tuviera regulado el procedimiento administrativo, la administración tendría deberes, potestades y actuaría a su aire. El procedimiento administrativo garantiza al destinatario que ese funcionario se va a ceñir a un cauce, que lo puede controlar y que tiene que respetar sus derechos. Por lo tanto, hay un fuerte énfasis en la Ley, como ha señalado el doctor Morón, de protección de garantías de los destinatarios desde una perspectiva constitucional, pero también recoge, como dijo el doctor Morón, un valor que es muy importante en nuestra legislación de procedimiento: simplificación administrativa. Recoge las normas precedentes, las moderniza y establece una serie de reglas de simplificación administrativa.

En el Perú seguimos hablando, a pesar de todo, del tema del burocratismo, del papeleo que hay, de las dificultades frente a la administración. Es un tema permanente, es un tema por el que hay que desterrar aspectos de la cultura administrativa que todavía se mantienen y que la Ley establece las armas, los mecanismos y empodera al ciudadano para poder reclamar esa simplificación administrativa.

Una ley no cambia la cultura, una ley no cambia la realidad, una ley lo que hace es establecer reglas para luego aplicarlas y además establece derechos para que se pueda reclamar. Eso hace la LPAG en una serie de aspectos, que ya no repito lo que trato el doctor Morón, en materia de la potestad sancionadora, entre otros.

Lo cierto es que, si la pregunta es, ¿ha sido importante? Sí, sí ha sido importante, porque enfatiza, vamos a decir así, este rol servicial de la administración que siempre debe mantener, enfatiza los aspectos constitucionales en la relación administración-ciudadano ciudada-

no-administración, mantiene el valor siempre de la simplificación administrativa y procura lo que es normal, el estándar a nivel mundial, que es esta modernización entre el reconocimiento de potestades, prerrogativas a la administración para el cumplimiento de sus fines y derechos de los ciudadanos.

2. Teniendo en cuenta nuestra tradición como país respecto a consolidar nuestras normas en códigos, ¿ustedes consideran que deberíamos dar el salto hacia un código de derecho administrativo?

JD: La LPAG en la práctica hace las veces casi de un código de Derecho Administrativo. Tengamos en cuenta, de un lado, que la LPAG es una ley transversal, que consagra un conjunto de principios de procedimiento que son transversales y así regula también. Por ejemplo, a lo que el doctor Morón se refirió del procedimiento administrativo trilateral, el procedimiento de fiscalización, el procedimiento y a la potestad sancionadora, igualmente, los regula con carácter transversal.

Por ejemplo, en materia sancionadora, si así vemos un símil, la Ley está consagrando lo que vendría ser la parte general del Código Penal, los principios y las reglas básicas del proceso. Entonces la Ley establece una regulación que vendría a ser lo que aplicado a otras ramas del derecho viene a ser una suerte de código, no digamos sustantivo porque la parte sustantiva es materia de regulación sectorial, pero que hace de código procesal. Regula el qué tiene que hacer la Administración Pública. El marco legal sustantivo le otorga competencias, potestades, le establece los parámetros para decidir, la LPAG le dice cómo hacer para que ese marco sustantivo se pueda ejecutar, se pueda llevar a la práctica y a la realidad. Eso es lo que hace la ley de procedimiento administrativo, es decir, ya la ley es un código de procedimiento administrativo.

El problema que hay en esa materia de procedimiento es que la tentación hoy día de las entidades es decir “no, yo quiero mi propia norma de procedimiento, yo me aparto de la ley”.

Ello es obviamente contracorriente, porque la LPAG ha evolucionado —el doctor Morón ha participado— a ya no ser una mera ley general, sino ser una ley que además contiene normas comunes de procedimiento, y esas normas comunes de procedimiento, la idea es que sean también transversales.

Sin embargo, lo que ocurre es que, por comodidad y por un mal entendido afán de cumplir su rol o de entender que ellos son los justicieros y que las entidades cuando actúan correctamente siempre creen que la LPAG es muy garantista. Ese equilibrio que busca la Ley les impide cumplir sus funciones, ellos prefieren vivir cómodamente entendido que siempre actúan bien, y por tanto las garantías les caen mal. Las garantías “¿para qué?, si yo soy bueno y por tanto yo cumplo mis funciones, las garantías de la ley de procedimiento administrativo me dificultan”, algo como que ¿los derechos para qué existen? Más o menos.

Lo relativo a la parte organizativa no es materia de un código, podría haber la iniciativa, como se planteó, de una suerte de ley general de la Administración Pública, ley general de organización, pero es muy difícil en nuestro régimen constitucional donde hay tres niveles de gobierno. En materia, ya la Ley de Procedimiento Administrativo hace las veces, en buena cuenta, de un código de procedimiento, o hace las veces de un código de carácter general de actuación de la Administración Pública.

JCM: Creo que en el Derecho Administrativo siempre ha habido una suerte de alergia, por decirlo de manera ilustrativa, al término codificación. Ello porque se codifica, se estabiliza y se estanca. El Derecho Administrativo siempre se jacta de ser mutante, de ser adaptable, de ser variable en función de políticas de gobierno, en función de novedades tecnológicas, en función de necesidades de interés público. Esto a suerte de que, por ejemplo, en el Derecho Administrativo uno puede diferenciar desde el punto de vista de mutabilidad, dos partes. La parte que es más permanente en la Administración Pública que puede ser la teoría del acto administrativo, del procedimiento, los principios; y otro

gran componente del Derecho Administrativo pero muy variable, que son básicamente vinculados a, por ejemplo, telecomunicaciones, temas energéticos, a lo que llamamos el Derecho Administrativo especial.

Entonces ese Derecho Administrativo especial es muy variable, muy mutable y tiene normalmente una ley general y muchas normas —directivas— que lo desarrollan. Entonces esa parte que es mutable, digamos, es imposible estancarla. No hay, que yo conozca, ningún país del mundo que trate de atascarlo en el tiempo con una ley, porque la ley lo hace invariable, entonces lo encierras y lo haces imposible de actualizarse.

Entonces, descartando la idea de la codificación en la parte especial del Derecho Administrativo, vamos a la parte central, a la parte, digamos, más estable que, como ya indiqué, es procedimiento, acto, recursos, simplificación, principios, organización administrativa. Esa parte sí es posible sistematizarla, pero tengo la impresión de que hay en la dogmática del Derecho Administrativo siempre el rechazo del concepto de código. De todos los países que yo recuerdo —por lo menos de habla hispana— el único que le llama código es Colombia, los demás lo llaman ley de Procedimiento Administrativo, ley de Administración Pública, pero el contenido es el mismo, es un código que contiene un montón de normas conexas, implicadas, sistematizadas, simplificadas en un cuerpo normativo único, pero no hay en Derecho Administrativo una ansia o un deseo de llamarle código. Siempre se le llama Ley General, Ley de Procedimientos o Ley de Procedimiento Administrativo. En Costa Rica, es la Ley General de la Administración Pública, en España es el Régimen de las Administraciones Públicas, pero no hay digamos esa idea de codificación.

Claro, funciona como un código virtualmente, algunos pueden hablar de Código Tributario, del Código Minero, del Código Procesal Civil, pero no perdamos de vista que ahí no está todo el Derecho Administrativo, el Derecho Administrativo queda gran parte por fuera, dis-

perso y no codificable, porque es mutable. Normalmente se mueve a través de reglamentos, directivas, un tema muy especializado, que no se puede codificar por leyes.

3. La actividad de fiscalización es uno de los aspectos mas novedosos en la LPAG, pero también de los menos desarrollados ¿Qué mejoras considera usted que deben realizarse en el régimen de fiscalización? ¿Considera usted que existe desequilibrio entre la posición entre la Administración Pública y el administrado?

JCM: El régimen de la actividad de la fiscalización es uno de los últimos regímenes completos. Fue incorporado en la gran reforma que se ha hecho en la Ley, no estaba en la ley original. Desde esa perspectiva me parece que es una de las partes más recientes y yo no la tocaría, yo diría que hay que experimentar como va funcionando, porque la norma legal tiene que primero asentarse, los funcionarios públicos y los ciudadanos deben de sentirla propia y hacerla vivir para que funcione y ver que error hay, si hubiere.

Ahora yo te comento algo: cuando uno incorpora a ley general de una institución o la LPAG, es porque trata de regular lo común de todas las entidades. Es decir, no trata de sacar, por ejemplo, algo que funcione en el régimen pesquero, porque lo que funciona en el régimen pesquero no lo pasamos a la ley general. Ello porque cuando uno lo pone en la LPAG lo hace extensible a municipalidades, a regiones, a ministerios, lo extiendes a todos lados. Entonces cuando uno regula algo en la LPAG es porque ya está suficientemente maduro, utilizado por todas las entidades, es común y uno puede, digamos, de alguna manera extraer de muchas entidades lo mejor y lo pones en la LPAG. No es el camino a la inversa: no es poner algo en la LPAG para ver cómo funciona en el resto de la Administración Pública. Eso sería un poco arriesgado y poco estratégico, digamos.

Cuando se incorporó a la Ley, el régimen de fiscalización se hizo viendo cómo funcionaba la fiscalización minera, laboral, ambiental, de

los organismos reguladores. Viendo todas esas, viendo cuales eran las practicas más importantes de derechos, obligaciones, deberes, etcétera, se trató de consolidar y mejorar. Entonces, lo que está en la ley me parece que es bastante actual. Menciono también que es novedoso en derecho comparado, ya que ahí no hay un régimen centralizado de fiscalización. Hay varios países que recién nos están tomando la idea y están tratando de desarrollarlo en sus países, y me parece que es bastante reciente.

Sí hay algo que actualizar, pero no diría que es urgente o indispensable. Yo haría algún ajuste, o algún agregado sobre la fiscalización tecnológica o fiscalización a través de medios informáticos. A raíz de la pandemia se ha comenzado a utilizar la fiscalización electrónica, la fiscalización por video vigilancia y ya no se habla de, y en la práctica ya no se ven las fiscalizaciones típicas manuales que se hacían con actas escrituradas del funcionario público yendo a una oficina, levantando un acta y documentando. Además, la fiscalización se traduce en pruebas, evidencias, y esa evidencia ahora es más virtual que escrita. Entonces, quizás esa es la parte de la Ley que podría modificarse. Obviamente no podíamos prever la pandemia ni tampoco los avances tecnológicos, pero eso no está la Ley. Hay muchos sectores actualmente que hacen fiscalización, a través de medios informáticos que no tienen regulación. Cada entidad lo está regulando como puede y están ocurriendo algunos desajustes ahí. Pero, repito, no es un tema de vida o muerte. Para hacerlo, podría ser a través de un Decreto Supremo, podría ser una norma adicional, etcétera, para dar un régimen más o menos unitario.

JD: A ver, en la misma lógica de buscar no repetir lo que ha comentado ya el doctor Morón, la actividad de fiscalización se buscó regular por la misma razón por la cual se reguló, por ejemplo, el sancionar y el trilateral: para proporcionar en buena cuenta un mínimo común denominador transversal en una actividad que en los últimos años se ha convertido en muy importante. Así como se reguló el sancionador y el trilateral, también se constató la necesidad de proponer una regulación sobre esta potestad.

Además, en la legislación había mucha diversidad en su denominación. Se hablaba de supervisión, fiscalización e inspección como si fueran potestades diferentes y para la Ley es lo mismo: una potestad, supervisión, administración, inspección es lo mismo. Como comentó el doctor Morón, a partir de la regulación especial hay que establecer cuál es el común denominador que la Ley considera que debería garantizar la actuación de la administración, en el ejercicio de esta potestad.

Hay una parte de la pregunta de ustedes sobre si hay un desequilibrio entre la posición de la administración y el administrado. Yo no sé si es correcto hablar de desequilibrio porque, yo cuando menos, parto de la idea de que siempre hay un desequilibrio. La ley le puede dar prerrogativas a la administración, dentro del marco legal constitucional, que no tiene el ciudadano. Estas son prerrogativas exorbitantes. Lo que pasa es que no son prerrogativas que sean implícitas o que estén ya consideradas tacitas, siempre tienen que estar expresas en el marco legal porque son prerrogativas que el ordenamiento jurídico legal le da a la administración para facilitar y garantizar que cumpla precisamente con la realización de los intereses de la colectividad. Por lo tanto, yo parto de que esta desigualdad, dentro del marco de constitucionalidad, dentro del marco legal, siempre también garantizando los derechos, no es extraña y no es irregular.

Entonces lo cierto es que, si la pregunta fuera si es que no se están garantizando adecuadamente los derechos de los administrados en la regulación considerada en la Ley de procedimiento de fiscalización —yo prefiero hablar de procedimiento en lugar de actividad de fiscalización— yo creo que sí. Yo creo que sí se están garantizando, por eso el marco legal le establece facultades, deberes, derechos a la administración. Hay un conjunto de principios en general en la LPAG, por tanto, las garantías están, más allá de los problemas que puede haber en la aplicación práctica del día a día, que en todo caso el afectado lo podría impugnar, pero no veo un problema, así como está.

Como comentaba el doctor Morón, falta un poco más de tiempo para poder ver cuál ha sido la experiencia, y probablemente también qué ocurre con la regulación especial, con las regulaciones que pueden dictar por ejemplo los reguladores y otras entidades a nivel norma reglamentaria, ver cómo es que tienden a adecuarla. Tengo la impresión de que incluso las entidades que tienen potestad normativa propia tienden a sujetarse más a la regulación de la actividad del procedimiento de fiscalización. Pero yo no veo que haya en la Ley, como está regulado, un desequilibrio que puede perjudicar la posición del administrado.

Respecto de las mejoras que pueden realizarse, coincido con el doctor Morón en que hay que atender, a futuro, lo relativo a la fiscalización por medio digital. Ello porque ya las experiencias van demostrando que es necesario y probablemente otra vez volvamos, para terminar mi comentario, al tema de la necesidad de ir acotando estas posibilidades de, salvo cuando sea indispensable, apartarse del régimen general de fiscalización considerado en la ley de procedimiento administrativo.

Probablemente algún otro tema tenga que ver con el régimen de las medidas correctivas o de aseguramiento o de emergencia que se pueden dictar con motivo de la fiscalización, que la Ley avanzó en su artículo 246 a establecer algunas reglas sobre las cautelares y correctivas que se pueden dictar durante la fiscalización diferentes a las que se dictan con motivo de la potestad sancionadora. Creería que probablemente ese es otro tema el cual también habría que revisar a futuro para poder mejorar.

4. La LPAG contiene garantías mínimas que deben ser respetadas en todos los procedimientos administrativos, incluidos los especiales. Sin embargo, muchos operadores administrativos, bajo el principio de especialidad, no han respetado ese piso mínimo común y han establecido garantías distintas, por ejemplo, respecto a los plazos de prescripción. ¿Cómo puede resolverse el conflicto entre la LPAG y los regímenes especiales respecto a las garantías?

JD: Hace un momento comentamos sin querer esto y lo cierto es que sí se constatan estas tendencias centrífugas de parte de algunas entidades de querer zafarse de la regulación general y no necesariamente porque la especialidad de la materia lo justifique, porque eso se entendería perfectamente, sino simplemente porque no se sienten cómodos de alguna manera. Algunos incluso han manifestado por escrito que les parece que la Ley es muy garantista, es decir que ellos entienden que la administración debe estar dotada de prerrogativas y potestades y que a veces los derechos incomodan a la actuación administrativa. Eso es incomprensible porque es no entender precisamente que el Derecho Administrativo y el procedimiento administrativo nace precisamente con ese fin, de establecer un conjunto de garantías, de facilitar el trabajo de la administración, pero con las garantías hacia los ciudadanos.

Entonces, ¿qué sucede? ¿Por qué estos operadores tratan de apartarse? Lo han hecho en algunos casos por cercanía a las entidades que han manejado en buena cuenta las facultades para dictar normas, sobre todo cuando han existido facultades legislativas delegadas. Éstas han sido manejadas principalmente a través de algún ministerio más que otro, como el Ministerio de Economía, y uno puede constatar como han sido las entidades bajo el sector economía las que han tenido mayor facilidad para poder pedir que se dicten Decretos Legislativos que les permiten apartarse en buena cuenta, de estas normas. Para no hablar de otras como Contraloría, que lo han hecho por vía legal.

Esto, en tanto que no tenga un fundamento por razón de la materia de especialidad sino solamente por comodidad, es obviamente criticable. Pero la pregunta es ¿cómo puede resolverse el conflicto entre la Ley y los regímenes especiales respecto de las garantías? Tengo la impresión de que en estos 20 años la LPAG se ha convertido de verdad en el referente que toma en cuenta la persona como el conjunto de garantías que tiene en su plato frente a la administración. Entonces, entiendo que el destinatario de la actividad administrativa es el que tiene que reclamar y tiene que demandar que se respeten esas garantías

de la ley general. Alguien podría pensar que eso es ley versus ley, bueno, lo que ocurre es que hay que ver cuáles de estas garantías tienen un fundamento constitucional.

La LPAG en su artículo segundo, que habla de su contenido, dice que las leyes especiales no pueden imponer condiciones menos favorables —y las normas que regulan lo sancionador también dan a entender cómo es que estos principios de lo sancionador prevalecen sobre normas especiales—. Sin lugar a dudas, el privado afectado por esta disparidad en buena cuenta tendría que reclamar ante la administración aquello. El administrado tendría que fundarse, además de en lo que dice la ley general y lo que dicen las normas especiales, en que la mayor parte de estas garantías tienen un fundamento constitucional. Por ello, el administrado debería invocar el fundamento constitucional que tienen las normas para poder reclamar ante la administración. No la inaplicación, no el control difuso —la administración no puede hacer control difuso de leyes— sino más bien lo que podría reclamar es una interpretación y aplicación de la norma especial conforme a la constitución y al desarrollo que conforma la constitución.

Termino con esto, estos problemas se pueden estar planteando principalmente respecto de algunas entidades a las cuales la ley les ha dado facultades normativas internas. Hay entidades en las cuales el marco legal —debido a la especialidad o carácter técnico— les ha dado facultades para regular procedimientos y para regular potestades y ahí es donde se pueden generar conflictos. Pero, sin duda alguna, esas normas que se dictan en base a una ley deben estar subordinadas a lo que establece la constitución y el conjunto de principios de origen constitucional que se enuncian en la LPAG.

JCM: Lo que ustedes han constatado es correcto. Existe una tendencia a ello, no de ahora como comentaba al inicio, sino desde antes de la ley. Eso era común, teníamos un Reglamento General de Normas de Procedimiento Administrativo, que era supletorio, en defecto quedaba ese reglamento. Ese era el estado de la norma anterior.

La Ley del Procedimiento Administrativo entró para cambiar eso, no del todo en la primera versión porque la original también hablaba de que había procedimientos especiales, leyes especiales que se podían salir, pero demandaba una ley expresa. Pero las entidades conseguían leyes expresas.

La última modificación de la LPAG cambió el esquema y lo que hizo fue que la LPAG ya no sea una ley general, aunque el nombre se quede —Ley del Procedimiento Administrativo General—, ahora es una norma común, es decir es un mínimo común múltiplo, por decirlo en términos alegóricos, para todas las entidades públicas.

No hay ninguna entidad pública que pueda decir “de esta regla me exceptúo, esta regla no me cae, yo soy especial y yo utilizo una regla distinta.” Menos si la sacan por directiva, reglamento o práctica, eso es ilegal. El último cambio que se hizo de la Ley hizo ilegal entender que por reglamento o norma subalterna alguien puede tener una norma distinta. Cuando se ha mencionado los plazos para impugnar, plazo de prescripción, etcétera estos son casos que no deben darse porque la Ley ya regula el tema y dice que no puede haber norma distintiva.

No puedo dejar de mencionar algo, la pregunta que ustedes han planteado es uno de los problemas más típicos del Derecho Administrativo, porque el Derecho Administrativo parte de algo que algunos llaman ilusión, otros expectativa: este derecho es para controlar el poder, eso es lo que el Derecho Administrativo quiere. Ello no para que impedir que actúe, porque el poder público busca el interés público y colectivo, la protección de las garantías generales. Lo que se quiere es que el sector público actúe dentro de la ley para lograr cometido público respetando los derechos fundamentales. Sin embargo, es muy difícil de lograr, por eso algunos dicen que es una ilusión. Pero cuando un funcionario público dice “yo soy especial, no hago caso a la norma” es un fenómeno de poder, un funcionario público que tiene poder está queriendo decir “yo no hago caso a la ley”. Entonces, ahí quienes deberían actuar son los mecanismos

del propio Derecho Administrativo —sanciones, responsabilidades, el ciudadano reclamando, etcétera—, incluyendo el proceso contencioso administrativo donde el juez sanciona al funcionario. Uno de los temas carentes en otros países es la responsabilidad funcional, si no funciona la responsabilidad se pueden dar esos incumplimientos de la ley de manera dolosa.

5. Existen figuras como la queja administrativa que son desconocidas por los administrados, sin embargo, suelen ser herramientas útiles para conseguir que la administración resuelva dentro de los plazos previstos. ¿Considera usted que deberíamos mejorar la regulación de estas figuras y visibilizarlas más?

JCM: A ver, de manera general y después vamos con el tema de la queja. Yo creo que la LPAG tiene todavía instituciones que no se han desarrollado cabalmente, están latentes en la norma y será cuestión de ponerlas en el ordenamiento. Yo siempre repito que hay un artículo en la Ley que establece que las entidades públicas deberían trabajar en horarios no coincidentes con el horario de trabajo de la ciudad. La ciudad trabaja normalmente de 9 a 5 o de 8 a 4. La administración trabaja el mismo horario, entonces los ciudadanos, cuando había presencialidad y uno tenía que hacer un trámite, no encontraban la Administración Pública o tenían que faltar al trabajo. Entonces la Ley tiene una norma y esa es que la Administración Pública trabaja por turnos y trabaja en horarios no coincidentes con el sector privado. Eso significa que, como en otros países sucede, la Administración Pública trabaja, no 24 horas, pero si trabaja pues hasta las 7, 8, 9, 10 de la noche por turnos y los ciudadanos sí pueden acceder a los servicios en conformidad sin faltar a tu trabajo. Esa es una norma que está en la Ley, nunca se aplicó. Así, hay cosas en la Ley que no se aplican porque simplemente nadie lo ha detectado, nadie ha hecho una campaña, nadie la defiende y ahí está.

Ahora en la regla que ustedes plantean de la queja, este es un instrumento típico de defensa del ciudadano frente a la mala praxis de los funcionarios de no resolver, de descontar los expe-

dientes, de no permitir el acceso, de engañar a los administrados, al ciudadano. Lo que sucede con la queja —que no es un tema jurídico, es un tema práctico— es que, así como solemos decir que en el Congreso hay este espíritu de cuerpo entre los congresistas, en la función pública también hay eso, es decir, el espíritu de cuerpo entre los funcionarios. Entonces si a quien vas a quejar es al superior jerárquico del que ha incumplido la falta, todos son del mismo grupo, del mismo partido, son primos hermanos, entonces no funciona mucho y a veces sucede en algunas entidades, lamentablemente, que actúan bajo ese estricto cuerpo donde si tú te quejas te ven mal, entonces te rechazan tu reclamo.

Entonces, no es que haya un incentivo hacia que la queja funcione. Si en mi ejercicio profesional he utilizado la queja un par de veces, es mucho. A los clientes, tú les dices "hay que quejarse" y responden: "¡No! ¿para qué? si después me van a ver mal y van a decir que no, me van a rechazar." "Que venga el Poder Judicial a liquidarlos." "Esperamos un ratito más, mejor tratemos de convencer."

Ahí ya es un tema psicológico, digamos, el porqué no funciona la queja. Pero de que existe en la Ley está, en todos los reglamentos jurídicos está y tengo la impresión de que no en muchos países funciona bien. Es por este tema de los espíritus de cuerpo que existe en estas entidades públicas. A veces funciona mejor la denuncia al orden del control interno, la denuncia a Contraloría que tiene un poquito más de independencia respecto del funcionario de la propia entidad pública que recibe la queja. No sé si Jorge tenga algo que mencionar.

JD: Gracias Juan Carlos, vamos con un tema puntual: creo que todos sabemos que una ley *per se* no cambia la realidad. La ley establece reglas para la actuación de la administración y también empodera al destinatario de la actividad administrativa, al ciudadano, para que pueda reclamar, quejarse, insistir, impugnar y procurar que la administración actúe de acuerdo con el cumplimiento de sus funciones y al servicio del ciudadano. La administración es una organización al servicio de. No existe porque hay un mandato

divino, sino se crea para que tutele, para que realice los intereses que la colectividad le encargue, para que ejecute las políticas públicas por las cuales la ciudadanía ha elegido gobernantes.

Pero, ¿qué sucede? Hay una cultura administrativa. Por lo tanto, para mejorar el funcionamiento, tenemos que notar el cambio de la cultura administrativa. Si usted me preguntara, por ejemplo, si la recepción de la LPAG ha sido igual y el nivel de aplicación es igual en todas las entidades administrativas, le diríamos que no. A un nivel municipal te reclaman mayor. ¿Por qué razón? Bueno, porque en la cultura administrativa, a un nivel municipal, —no en todos por supuesto, hay muchos modernos— lo que hay es la búsqueda de recursos, la búsqueda de tener ingresos —que actualmente son insuficientes para la entidad— y por parte de algunos funcionarios hay un rigorismo procedimental forzado. En estos casos el procedimiento administrativo no parece ser el cauce para cumplir sus funciones, sino el conjunto de trámites que hay que hacer. No importa para que, hay que seguir los trámites.

Esta suerte de rigurosidad formalista proviene por desconocimiento, por una falta de poder de la administración en muchos casos, o porque los órganos de control lo estimulan ya que les resulta mucho más fácil controlar la forma, el rigorismo formal. A lo que quiero ir es a que hay una serie de distorsiones, también en la cultura administrativa, que hacen que, en ocasiones, de esa base sobre la cual tiene que aplicarse la LPAG no siempre se obtenga el resultado esperado. Es decir que este rigorismo formal, esta necesidad de tener recursos, el actual miedo que está muy extendido en el funcionario público, lo que está haciendo es que el funcionario pierda el norte. Lo que debería ser lo principal en el funcionario, cumplir el rol que venimos conversando de realizar y cautelar los intereses públicos, no se convierte en su objetivo principal y por lo tanto los mecanismos e instrumentos que establece la ley no siempre se cumplen por parte del funcionario.

Más bien lo que hace la Ley, como comentaba el doctor Morón, es empoderar al destinatario de la actividad administrativa para que sea él

quien tiene el rol activo demandando la aplicación de la garantía prevista por la Ley y demandando que el funcionario cumpla su rol. Que tenga en cuenta que el procedimiento no es un conjunto de fases o trámites únicamente que se tengan que cumplir, más bien, es un mecanismo que le permite a la administración cumplir su rol, cumplir su objetivo, cumplir su función y eso a veces se pierde de vista.

En la Ley hay mecanismos, y si no están ahí también están en otros mecanismos jurisdiccionales —en lo que el ordenamiento jurídico establece o la Constitución proclama—. Están ahí, pero también hay que apostar por mejorar en buena cuenta la cultura administrativa que sirve de base para el funcionamiento de la administración y eso es un tema que supera a la propia LPAG en ocasiones y lo estamos padeciendo en los últimos años.

6. ¿Qué considera usted que le falta la LPAG para responder a las necesidades de la sociedad actual?

JD: Siendo muy puntual, hay un tema que el doctor Morón ha estado discutiendo en conferencias, un tema que lo estamos viviendo a partir de la pandemia, que genera una serie de distorsiones y que además hay un común denominador a nivel mundial: avanzar hacia un régimen general de digitalización en materia de los procedimientos tomando en consideración que no basta con el mero enunciado legal. Como el doctor Morón lo ha escrito, puede suceder que en términos políticos o en términos, en muchos casos de demagogia, alguien crea que va a estar regulada en la ley sin considerar que hace falta equipamientos, capacitación, cambio del funcionario y también facilidades a los funcionarios de la actividad administrativa en materia de digitalización. Aquí se cree que la digitalización consiste en tener una mesa de partes virtual y una notificación electrónica. “Se acabó, ya hicimos un cambio en la digitalización.” Eso es demagógico. Lo cierto es que es un proceso mucho más general, más amplio. Es un cambio de la cultura de la administración de enfatizar el servicio del ciudadano y eso no se está entendiendo.

En un plano meramente legal, hoy día lo que está sucediendo es que la digitalización de los procedimientos administrativos, si bien la Ley contiene algunas normas generales —contiene las bases—, está corriendo en paralelo, está corriendo por normas reglamentarias que se dictan a partir de la Presidencia del Consejo de Ministros. Y claro está, el problema de regular con carácter general también es la diversidad de la organización administrativa de nivel nacional, regional y local —y aún dentro del local hay diversos niveles de organización—. Entonces, el tema tiene que avanzarse hacia una regulación en la ley general del tema digital. El doctor Morón de seguro va a ahondar muchísimo más en eso.

¿Qué otros aspectos? Probablemente reforzar el tema del carácter común y precisar en qué aspectos es de carácter común la Ley para evitar las fugas de las que venimos conversando de algunas entidades administrativas. He de señalar que son los principios, el régimen del acto administrativo, el régimen de los mecanismos de revisión y el régimen de la potestad sancionadora y fiscalización como algunos de los temas.

Otro tema adicional es que en el Perú venimos hablando los últimos años, con un énfasis particular, de la responsabilidad disciplinaria y sancionadora del funcionario. Una forma punitiva de la administración al funcionario. Contraloría y la fiscalía vienen actuando sin entender como funciona la Administración Pública. Sin embargo, lo que no tenemos es una garantía importantísima del derecho comparado que es la responsabilidad de la Administración frente al privado. Ya no la responsabilidad solo del funcionario, de la cuál nos ensañamos y generamos las distorsiones de las cuales venimos conversando, sino de la administración como la empleadora, y que el funcionario responda frente a la administración sobre los daños frente al privado.

Eso está enunciado en la Ley y es el estándar a nivel mundial, pero en el Perú no hay la cultura, ni judicial y administrativa, y tampoco son muy conscientes las personas de ello. Eso es otro tema por desarrollar que puede ser parte de la

LPAG. Hoy día no lo es, pero es una de las tareas pendientes de garantía del privado frente a la administración y también estimula a que la administración actúe bien cuando es consciente que debe resarcir los daños y que el administrado puede repetir contra el funcionario también en esos casos. Sin embargo, en el Perú hemos preferido la responsabilidad institudinaria, en el énfasis cognitivo sobre el funcionario, pero no en el resarcimiento de la administración de los daños. Probablemente este sea otro tema para pensar a futuro.

JCM: Coincido bastante con los temas que planteó Jorge, creo que el tema de la administración electrónica es necesario, pero lo que yo diría no es una gran reforma, no es incurrir a capítulos sobre administración electrónica. Se trata de incluir los grandes temas importantes de la administración electrónica en la Ley. Por ejemplo, notificación. La Ley tiene la regulación tradicional en la notificación física, se introdujo una reforma sobre la notificación electrónica pero muy mala. De la regulación no queda muy claro si la notificación es una obligación o un derecho de los ciudadanos, parece entenderse por muchas entidades públicas que es una obligación.

Algunas entidades públicas, lo que están haciendo, es que abren un correo en su servidor propio y te dicen “a partir de la fecha, tú date por notificado porque yo voy a depositar los correos en este servidor.” Así, todos los ciudadanos tienen que ir a recorrer entidad por entidad para ver en qué entidad le han notificado algo y esa no es la idea, eso en ningún país funciona. Ese es un tema.

Creo que hay que pensar en muchas instituciones del procedimiento administrativo, no solamente en lo físico como estuvieron pensados en la ley del 2000, sino en lo virtual y pensarlas también de manera garantista, es decir que no pierdan su naturaleza de garantía porque sino la lógica del procedimiento va a perjudicarse.

Igual, por ejemplo, pensamos en el expediente electrónico. La Ley se modifica para agregar un expediente electrónico, pero ¿qué más hay sobre el expediente electrónico? Siempre hay una

definición que indica que el expediente electrónico es igual que el expediente físico pero convertido en medios virtuales, pero ¿cómo se conforma? ¿de quién es la responsabilidad armarlo u organizarlo? No es un conjunto de PDFs en un CD, eso no tiene ninguna lógica. Entonces esos temas creo que implican repensar la Ley en función de la tecnología y ver que temas hay que regular. No es una gran reforma, no es un gran capítulo, es institución por institución a ver cuáles deben tener algún ajuste.

Estoy pensando, y esto es una reflexión en voz alta, si es que amerita crear en Perú, como sucedió en otros países, una defensoría del ciudadano sobre la administración electrónica a quién poder quejarse cuando uno es discriminado por la Administración Pública o la administración electrónica. En algunos países ha funcionado eso. Nosotros, ahora que estamos pensando en las distintas culturas que tenemos en el Perú, estamos viendo las distintas realidades que hay en el país y yo imagino que si comenzamos a utilizar administración electrónica en zonas donde no se tiene conectividad entonces exigir ello es ilusorio. Ese es un tema que debemos revisar.

Otro tema con el que coincido con Jorge es el de la responsabilidad. Yo echaba vista al índice de la Ley y el título V tiene dos capítulos. El capítulo de la responsabilidad de las autoridades y personal de servicio de la Administración Pública tiene cinco artículos. Esos cinco artículos están cada día más en desuso porque ya la responsabilidad del personal de las entidades públicas está regulada por otros regímenes —por la Ley SERVIR y por las normas especiales de carrera—. Creo que eso hay que revisarlo para ver si justifica mantenerse, y en que medida. Pero lo que sí hay que modificar es el artículo 258 de la Ley que regula la responsabilidad de la Administración Pública, en qué medida y cuándo es responsable esta frente a los daños.

Uno de los aspectos en donde la Administración Pública o el Estado pierde legitimidad es cuando el particular se siente afectado por la Administración Pública y esta no le resarce sus perjuicios. Un mal servicio médico de una dependencia pública, la falta de servicio de tele-

comunicación, del servicio de salud, del servicio de educación. No hay, digamos, espacio en el cuál el ciudadano pueda reclamar, con un nivel de expectativa que tal vez resarzan los daños.

En temas tan menores, hay mucha gente de la ciudad que tiene pequeños negocios, se le ocurre un día a la municipalidad romper la pista, evitar que el público pase por esa calle, le evitan el tráfico en esa calle por meses a la empresa y el comercio que uno pone se extingue porque nadie va a esa zona y nadie le resarce el daño simplemente quebró y quebró. En esta pandemia, ¿cuántos casos hemos escuchado de gente que tiene en su casa respiradores domiciliarios, se les fue la luz y el paciente no lo pudo soportar? ¿Quiénes resarcen ese daño? ¿Dónde se analiza? Simplemente lo que tenemos es un conjunto de personas insatisfechas con el Estado que después se van contra él, reclaman contra él y lo quieren cambiar, porque no hay un mecanismo de responsabilidad.

En los grandes casos en temas de responsabilidad que nosotros escuchamos —por ejemplo, las matanzas que el Estado realizó a estudiantes universitarios durante la época del terrorismo— los grandes mecanismos de indemnización no han venido de la jurisdicción nacional, estos han venido de ciudadanos que se han ido a la Corte Interamericana y ésta logró la condena al Estado a resarcir los daños y los perjuicios ocasionados. El Perú no fue capaz de sancionar eso, el Perú no fue capaz de sancionar a alguien, decirle en efecto "págale, porque le has cometido un perjuicio," y eso es tema de la LPAG. Está el artículo de responsabilidad civil y patrimonial del Estado, pero no se utiliza. La norma está mal y tampoco hay una cultura de responsabilidad, hay una cultura de evasión. Entonces creo que esos son ejemplos de un tema importante, no sé si haya la voluntad política de asumirlo, pero creo que hay que hacerlo.

Por último, algo que para mí es curioso, no me cansaré de decirlo, es el tema de estructurar un correcto sistema de combate a las barreras burocráticas porque eso es, para mí, un sinsentido. Por ejemplo —para contarles un ejemplo sencillo—, el Estado ha dictado una norma que dice

que ninguna entidad pública puede cobrar, por tasa, más de una Unidad Impositiva Tributaria — UIT. Eso es una regla sencilla, tiene excepciones, pero es la regla general. Esa norma la pone el Estado y el propio Estado la incumple porque las entidades públicas no le hacen caso y aprueban, en sus Textos Únicos de Procedimiento Administrativo, tasas por encima de una UIT. Ojo que el Estado puso la norma, el Estado la incumple, y cuál es el sistema: obligar al ciudadano a ir y reclamar a otra entidad pública que se llama INDECOPI. Una entidad pública para que resuelva el problema de otra entidad pública. Y a ese ciudadano, ¿qué le pide INDECOPI? Le pide una tasa, que el ciudadano tiene que pagar en cada caso para ir a reclamar. Ello demora meses y dos instancias. Al final, INDECOPI puede resolver algo y la entidad se va al Poder Judicial a través del proceso contencioso

administrativo porque no está de acuerdo con lo resuelto y recién ahí se acabó todo.

No es un sistema que parece eficiente para combatir barreras burocráticas por un tema tan sencillo como una UIT. El privado no va a estar con un bolsillo de dinero para pagar instancias y tasas. ¿Qué es lo que hace el ciudadano? Un ciudadano frustrado lo que hace es pagar la UIT, hace su trámite administrativo y al diablo.

Entonces, ese sistema no me parece que sea eficiente, no me parece que responde en verdad a un combate franco a las barreras burocráticas. Nos engañamos y nos causamos mucha frustración. Ese es un tema que para mí valdría la pena reexaminarlo, no está propiamente en la Ley, quizás habría que realizarlo e incluirlo, pero de manera eficiente para que no sea lírico.

La aplicación del principio de subsidiariedad en la actividad económica del Estado en el ordenamiento jurídico peruano



ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Magíster en Economía y Regulación de los Servicios Públicos por la Universidad de Barcelona.
Profesor del curso de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Miembro fundador del Grupo de Investigación de Derecho Administrativo – GIDA.

ANNIE FETTA PIZZORNO

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Miembro del Grupo de Investigación de Derecho Administrativo – GIDA.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 23 de febrero de 2021 y fue aceptado con fecha 18 de julio de 2021.



SUMARIO:

- I. **Introducción.**
- II. **Bases constitucionales del principio de subsidiariedad.**
 1. **El régimen económico de la Constitución, subsidiariedad y solidaridad.**
 2. **Régimen de la Libre Competencia.**
 3. **Desarrollo del principio de subsidiariedad desde el Tribunal Constitucional.**
 4. **El principio de solidaridad.**
 5. **El “nuevo” rol del Estado.**
 6. **El principio de subsidiariedad: experiencia comparada.**
- III. **Subsidiariedad y Competencia.**
 1. **Relación entre subsidiariedad y competencia.**
 2. **INDECOPI y el “precedente” denominado “El Rancho”.**
 3. **¿Cómo, cuándo y dónde debe intervenir el Estado empresario?**
- IV. **Conclusiones.**

RESUMEN:

El presente artículo aborda el principio de subsidiariedad en el marco de la economía social de mercado. Esto está relacionado en cómo se ha venido interpretando y aplicando el principio de subsidiariedad en nuestro ordenamiento jurídico. Así, a partir del cambio de los años 90 del rol del Estado de prestador a garante, y la incorporación del principio de subsidiariedad, se viene cuestionando sus alcances y límites. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual —en adelante, “INDECOPI”— ha sido la entidad que viene resolviendo los casos que se presentan como posible vulneración al principio de subsidiariedad, y en ese contexto ha emitido un “precedente de observancia obligatoria”, el cual es sumamente importante analizar para poder dotar de contenido al artículo 60 de la Constitución.

Palabras clave: Régimen económico de la Constitución, economía social de mercado, principio de subsidiariedad, libre iniciativa privada, competencia.

ABSTRACT:

This article addresses the principle of subsidiarity in the context of a social market economy. This is related to how the principle of subsidiarity has been interpreted and applied in our legal system. Since the change in the 1990s in the role of the State from provider to guarantor, and the incorporation of the principle of subsidiarity, its scope and limits have been questioned. The Peruvian Consumer Protection Authority—INDECOPI, has been the one solving cases of possible violations of the principle of subsidiarity, and in this context has issued a "precedent of mandatory observance", which is extremely important to analyze so as to provide context to article 60 of the Peruvian Constitution.

Keywords: Constitutional economic regime, social market economy, subsidiarity principle, free private initiative, competition.

I. INTRODUCCIÓN

Desde el primer momento de la vigencia de la Constitución Política del Perú de 1993, esta ha sido cuestionada por diversos aspectos, han existido diversos anteproyectos y proyectos de reforma, se han modificado e incorporados algunos artículos que no han generado mayor revuelo; no obstante, el último año, a propósito del contexto que estamos viviendo por la pandemia generada por la Covid-19, se ha vuelto a plantear una reforma, un cambio o una sustitución de una parte central: el régimen económico y, en concreto, de la subsidiariedad de la actividad económica del Estado. En efecto, más allá de la inclusión, modificación o derogación de algunos artículos de la Carta Magna, la atención se centra en el artículo 60 y el rol que debe tener el Estado en la economía.

Este debate, que es constante en el tiempo, se ha reavivado no solo por la crisis producida por la Covid-19 sino porque estamos próximos a elegir a nuestros representantes a la presidencia y al parlamento. En ese contexto, la pregunta es si se debe o no cambiar el régimen económico de la Constitución y, específicamente,

la subsidiariedad de la actividad económica del Estado.

En este trabajo se analizan los alcances y límites de la subsidiariedad a partir de su aplicación desde la vigencia de la Constitución de 1993. En ese sentido, en un escenario en el que se apueste por la reforma constitucional, la pregunta es si se debería mantener el modelo de economía social de mercado consagrado tanto en la Constitución de 1979 como de 1993, de ser ese el caso —que consideramos sería lo más idóneo— la siguiente pregunta es qué pasaría con el principio de subsidiariedad. Nuestra propuesta es mantener la subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado, pues una lectura acertada del régimen establecido brinda los argumentos necesarios que justifican su permanencia.

II. BASES CONSTITUCIONALES DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

1. El régimen económico de la Constitución, subsidiariedad y solidaridad.

En las Constituciones no siempre se han incluido las reglas que deben regir el régimen económico, pues se entendían como instrumentos para

establecer las reglas del poder político y no del poder económico, situación que cambia a mediados del siglo XX cuando se incorporan reglas básicas para el funcionamiento del régimen económico, en el contexto de un Estado social.¹

En el caso peruano, se puede advertir que se aborda sistemáticamente el régimen económico a partir de la Constitución de 1979, dado que en las constituciones anteriores solo encontramos algunos artículos dispersos referentes a la economía en nuestro país. Es así que, en la actual Constitución encontramos en el Título III “Del Régimen Económico”, donde se han establecido los derechos, principios y deberes que se deben aplicar en las relaciones que se pueden dar entre Estado y mercado o, en buena cuenta, los valores y criterios que se van a aplicar en la vida económico-social del país.²

El Título III de la Constitución inicia con el artículo 58 que establece que el régimen económico del Perú se ejerce bajo una economía social de mercado, en la cual el Estado orienta el desarrollo del país. Diez Canseco refiere que una economía social de mercado se sustenta en la libertad de comercio e industria.³ Conforme a dicho régimen, el pilar de la economía se fundamenta en el ejercicio de las libertades económicas de los particulares, que concurra con lo establecido en el artículo 59 de la Constitución que garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.

En la misma línea, autores como Kresalja refieren que la economía social de mercado es el modelo económico ideal para el bienestar de todos los ciudadanos.⁴ En ese contexto, el Estado actúa principalmente en áreas de interés público como el sector empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Por ello, este modelo económico se sustenta no solo en las libertades económicas, sino también en asegurar el bienestar general.

A partir de ello, se establece que, bajo una economía social de mercado, el Estado debe garantizar, tanto el libre ejercicio de la iniciativa privada, así como garantizar la prestación de servicios públicos sociales o asistenciales — como salud y educación—, económicos —telecomunicaciones, electricidad, gas natural o agua potable y saneamiento—, así como actividades propias de la función pública —como la seguridad o administración de justicia—. Tal como se puede advertir de lo señalado no solo se busca garantizar que funcione el mercado — bajo el pilar básico de la iniciativa privada— sin dejar de tomar en cuenta el componente social —vinculado al principio de solidaridad—.

Además, en este contexto, en el régimen económico de la Constitución encontramos el artículo 60,⁵ el cual establece la subsidiariedad de la actividad económica pública, directa o indirecta. En dicho artículo se señala que el Estado solamente desarrollará actividad empresarial

1. Gaspar, Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia 2003), p. 171
Diego López Garrido, “Apuntes Para Un Estudio Sobre La Constitución Económica”, *Revista Del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 15, (1993): p. 79–96.
2. Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico*, p. 171.
3. Luis Diez Canseco Núñez, “Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica”, *Themis* N° 36, (1997), p. 39.
4. Baldo Kresalja, *¿Estado o Mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución Peruana*, (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2015), p. 183.
5. Sobre el principio de subsidiariedad existen varios autores que han abordado el tema de manera directa o indirecta, entre los cuales se pueden citar a los siguientes: Orlando Vignolo Cueva, “*El principio de subsidiariedad social sus principales consecuencias en el derecho peruano*”, (Tesis Universidad de Zaragoza, 2017). César Landa Arroyo, “El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica Del Perú”, *Forseti* N° 1, (2016), p.

(Continúa en siguiente página)

cuando esté autorizado por ley expresa y sea una actividad subsidiaria que se encuentre revertida de interés público o manifiesta conveniencia nacional.

En ese sentido, el principio de subsidiariedad ha sido recogido de manera expresa y se debe interpretar conforme a una economía social de mercado. Cabe señalar que, la subsidiariedad fue incorporada a partir de la actual Constitución, dado que la Constitución de 1979 solo refería a la economía social de mercado. Ello, nos permite comprender la transformación del rol del Estado de prestador a garante.

Sin embargo, tal como lo hemos señalado, debemos también abordar sobre el principio de solidaridad. Este último principio no ha sido recogido expresamente en la Constitución; no obstante, ello no implica que no se aplique en nuestro ordenamiento jurídico. Así, el principio de solidaridad debe ser entendido como el deber del Estado de orientar ciertos fines sociales y asegurar la prestación de servicios públicos.

Por lo que, cuando nos referimos a una economía social de mercado corresponde entender que el principio de solidaridad se encuentra inmerso en ella, así no se haya establecido expresamente dicho principio. De esa manera, la Constitución posee un componente social en su régimen económico, lo cual implica que el Estado deberá asegurar la prestación de los ser-

vicios públicos —sociales y económicos— para la población.

Conforme a lo señalado por Ariño, el principio de subsidiariedad inspira y protege la libertad individual. No obstante, como el mismo autor refiere, no debe olvidarse del principio de solidaridad y su lectura en conjunto de estos dos principios.⁶ Por ello, el Estado deberá garantizar las libertades económicas de los privados —bajo el pilar de la libre iniciativa privada—, como también la igualdad de oportunidades y condiciones de los mismos —bajo la aplicación del principio de solidaridad—.

Por todo lo expuesto, se debe establecer que el régimen económico establecido en la Constitución se sustenta a partir del principio de subsidiariedad y del principio de solidaridad. Estos dos principios se deben leer en conjunto para entender el equilibrio entre la libre iniciativa privada, el Estado y la sociedad. Así, el Estado respetará la libre iniciativa privada, no dejando de asegurar el bienestar de toda la sociedad a través de la garantía de determinados servicios que resultan esenciales para la población, como lo son los servicios públicos, tanto los económicos como los sociales.

2. Régimen de la Libre Competencia.⁷

La libre competencia es uno de los pilares que busca proteger y garantizar una economía social de mercado. Por ello, en el artículo 58 de la

146–157. Raúl Chanamé Orbe, “Constitución Económica”, *Revista Derecho y Sociedad* N° 40, (2013), p. 43–63. César Ochoa Cardich, “El servicio público en la Constitución Peruana de 1993”, *Pensamiento Constitucional* N° 18, (2013), p. 105–119. Alberto Cairampoma Arroyo, “Reinterpretación del principio de subsidiariedad en el Ordenamiento Jurídico peruano”, *Aportes para un Estado eficiente, Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Palestra Editores*, (2012), p. 315–329. Ramón Huapaya Tapia, “Notas sobre el concepto Jurídico del Servicio Público en nuestro Ordenamiento Legal”, *Revista Derecho y Sociedad* N° 36, (2011), p. 93–102. Víctor Sebastián Baca Oneto, Servicio Público, “Servicio Esencial y Servicio Universal En El Derecho Peruano”, *Revista Teoría de los servicios públicos*, (2009), p. 355–388. Jorge Danós Ordóñez, “El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana”, *Themis* N° 55, (2008). Diego Zegarra Valdivia, *El Servicio Público*, (Lima: Editorial Palestra, 2005). Baldo Kresalja, “El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos”, *Themis* N° 39, (1999).

6. Gaspar Ariño Ortiz, “Modelo de Estado y Sector Público Empresarial”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 3, (2007), p.18.

7. Sobre la libre competencia existen varios autores que han abordado el tema, entre los cuales se pueden citar a

(Continúa en siguiente página)

Constitución se señala que la iniciativa privada es libre. También en el artículo 61 se establece que el Estado facilita y vigila la libre competencia. Así, el Estado tendrá la obligación de fomentar y supervisar que las actividades económicas se desarrollen en libre competencia.

Al respecto, Suárez Llanos señala que el derecho a la competencia se sustenta en trasladar los derechos fundamentales a la población, en particular el derecho a la igualdad.⁸ Por lo tanto, no debemos pensar que asegurar la libre iniciativa privada solo generará efectos positivos en la economía, sino que su impacto será en diferentes ámbitos de la sociedad civil, incluyendo por supuesto a los consumidores y usuarios que interactúan en el mercado.

Por otro lado, muchas veces se ha confundido el promover la libre competencia con la denominada frase “el mercado se autorregula” o que el mercado funciona solo. Así, para muchos, la libre competencia ha significado que el Estado no tenga ningún tipo de injerencia en cómo se desarrolla el mercado, siendo que este último pone sus propias reglas y límites. Debemos ser enfáticos en señalar que de ninguna manera el proteger la libre competencia es sinónimo de autorregulación del mercado.

Es así que el Tribunal Constitucional mediante Sentencia del 17 de enero de 2005 recaída en el Expediente N° 3315-2004-AA/TC mencionó lo siguiente:

“No se trata naturalmente de que el Derecho intervenga con el objeto de alterar las reglas propias del mercado, sino más bien (y en eso reside su intervención) de garantizar que este funcione de la manera más correcta y efectiva y que a su vez ofrezca la garantía de que las propias condiciones de libre competencia que la Constitución presupone estén siendo realmente cumplidas”.

Así también, tal como lo señalan Kresalja y Ochoa, si el mercado se cuidara a sí mismo acabaría en un caos de conductas anárquicas o que solo busquen privilegios.⁹ Por ello, es importante establecer que el Estado promueve la libre competencia, pero que también se establecen límites a la actuación de los privados en el mercado, justificando de manera adecuada la imposición de la regulación que establezca esos límites. La libre iniciativa de los privados debe siempre ir acorde al interés general, siendo este su principal límite, para ello requiere que el Estado, a través de sus organismos y órganos competentes cumplan las funciones públicas que se les atribuye por norma constitucional o legal pertinente.

Finalmente, se debe hacer énfasis en la importancia de promover y garantizar la libre competencia, dado que es uno de los ejes más importante para una economía social de mercado. Es así que, no podemos señalar que estamos frente a una economía social de mercado sin que se garanticen las libertades económicas de la sociedad civil.

los siguientes: Hebert Tassano Velaochaga, “Competencia y regulación”, *Revista Derecho PUCP* N° 76, (2016). Andrea Alarcón Peña, “La libre competencia económica en el derecho colombiano”, *Revista Prolegómenos: Derecho y valores*, (2016), p. 109-124. José Ignacio Cubero Marcos, “Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades”, *Revista de Administración Pública* N° 184, (2011), p. 121-156. Eduardo Quintana, *Libre Competencia*, (Lima: INDECOPI, 2013). María Pilar Bello Martín- Crespo y Francisco Hernández Rodríguez —coordinadores, *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, (España: Civitas, 2009), p. 113-139. Pierino Stucchi López Raygada, “La integración en la comunidad andina y su sistema de protección y promoción de la libre competencia: aspectos institucionales y procesales”, *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* N° 2, (2006). Inmaculada Gutiérrez y Jorge Padilla, “Economía de la competencia» en Tratado de Derecho de la Competencia, direc. Juan Benyto Pérez España: Bosch, 2005. Alejandro Rodríguez Larraín, «Libre competencia, privatización y desmonopolización», *Themis* N° 31, 1995, p. 91-97.

8. Luis Suarez- Llanos Gómez, *Derecho, Economía y Empresa*, (Madrid: Civitas, 1989), p. 37.

9. Baldo Kresalja y César Ochoa, *Derecho Constitucional Económico*, (Lima: Fondo Editorial PUCP), p. 80.

3. Desarrollo del principio de subsidiariedad desde el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia del 14 de marzo de 2011 recaída en el Expediente N° 00008-2003-PI/TC señaló lo siguiente: “Se consagra así, el principio de subsidiariedad de la actuación del Estado en la economía, y se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común”. Así, la referida sentencia realiza una lectura del artículo 60 de la Constitución, señalando que el Estado no puede coartar la libre iniciativa privada.

Cabe señalar que, en el fundamento 20 de dicha sentencia el Tribunal Constitucional refiere que el término subsidiariedad cuenta con tres usos pragmáticos en el ámbito constitucional:

- a) El sentido horizontal del principio, el cual refiere a la relación entre la sociedad y el Estado, entre iniciativa privada y poder impositivo del Estado.
- b) Se entiende como la potestad que tienen los entes legitimados y competentes para la adopción del acto de normar de forma exclusiva y autónoma. Este está relacionado a la teoría de fuentes del derecho.
- c) Se trata de la subsidiariedad en su sentido vertical, relacionada a la descentralización administrativa como técnica de organización del Estado, donde se establecen relaciones entre el ordenamiento mayor y el ordenamiento menor.

Por consiguiente, el término de subsidiariedad cuenta con tres connotaciones. En la doctrina¹⁰ se aborda principalmente la subsidiariedad desde dos conceptos: el sentido vertical y el

sentido horizontal. Como también lo desarrolló el Tribunal Constitucional, el sentido vertical refiere a la descentralización y estructura del ordenamiento, mientras que el sentido horizontal establece el nivel de intervención del Estado en las libertades económicas.

Por lo tanto, en el presente trabajo, cuando nos referimos al principio de subsidiariedad será desde el sentido horizontal del concepto. Es decir, abordaremos la relación entre la sociedad y el Estado, y el grado de intervención de este último en las actividades económicas de los particulares.

Es necesario recalcar que, la definición del principio de subsidiariedad que establece el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00008-2003-PI/TC se realizó en términos negativos a partir de la función supletoria del Estado en la actividad económica pública. Esta función supletoria del Estado se señaló de forma genérica sin mencionar gradualidades ni detallando bajo qué supuestos el Estado sí puede desarrollar actividad empresarial.¹¹

Sin embargo, de acuerdo al artículo 44 de la Constitución, uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar el bienestar general de la población. Por ello el Estado deberá asegurar la prestación de ciertas actividades, siendo que en algunos supuestos deberá promoverla y, en otras, podrá prestar directamente dichas actividades.

Es así que, se debe recalcar que no estamos frente a un Estado relegado. Conforme hemos señalado, en una economía social de mercado, el Estado tiene un rol promotor y garantiza actividades básicas para la comunidad. Por lo cual, no puede entenderse que el Estado no partici-

10. Al respecto se pueden revisar los siguientes autores: Tommaso Edoardo Frosini, “Subsidiariedad y Constitución”, *Revista de Estudios Políticos* N° 115, (2002). José M. De Areilza Carvajal, “El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 45, (1995). Antonio Carro Martínez, “La Unión Europea y el principio de subsidiariedad”, *Revista de Administración Pública* N° 126, (1991).

11. César Landa, “El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú”, *Forseti* N° 1, 2016: p. 148.

pa bajo ningún supuesto en el mercado y queda excluido del mismo.

En el mismo sentido, Landa señala que el principio de subsidiariedad no debe significar que el Estado se privatice o no exista una regulación de la economía, ya que subsidiariedad no denota un mercado sin límites.¹² En ese sentido, consideramos que, el Estado debe respetar la libre iniciativa privada sin quedar relegado del mercado e intervenir de manera justificada cuando resulte necesario.

Por ende, se debe interpretar a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional que conforme al artículo 60 de la Constitución, la actividad empresarial del Estado cuenta con límites. Y son estas limitaciones las que permiten establecer una lectura acorde entre la libre iniciativa privada y el interés general que debe asegurar el Estado, entre la libre iniciativa privada y la solidaridad, tal como lo justificaremos en el siguiente punto.

4. El principio de solidaridad.¹³

El principio de solidaridad o equidad no ha sido recogido expresamente en la Constitución; sin embargo, como hemos mencionado al establecer que nuestro régimen económico es una economía social de mercado, implícitamente se encuentra establecido el principio de soli-

daridad en el mismo y su desarrollo ha estado relacionado con el principio de equidad o de preferente interés social utilizado en la regulación de algunas actividades, como es el caso de la telecomunicaciones al establecer el régimen de servicio universal.¹⁴

Al respecto, el Tribunal Constitucional mediante Sentencia del 14 de marzo del 2011 recaída en el Expediente N° 00004-2010-PI/TC señaló lo siguiente:

“El principio de solidaridad puede presentarse no sólo como una exigencia ética, sino como un criterio en el ámbito jurídico-político. Este principio se concretaría, entre otras cosas, en la presencia en los ordenamientos jurídicos de deberes positivos y entre ellos el deber mismo de solidaridad; y en la existencia de normas y/o sanciones de contenido positivo que premian e incentivan determinadas conductas”.

Por lo tanto, cuando nos referimos al principio de solidaridad no solo debemos quedarnos en la esfera de la ética, sino que es un principio que cobra valor en nuestro ordenamiento jurídico y establece deberes al Estado. Así, referirnos al principio de solidaridad implica que el Estado debe orientar sus esfuerzos para lograr un fin común, el cual es garantizar el bienestar de toda la población.

12. *Ibid.*

13. Sobre el principio de subsidiariedad existen varios autores que han desarrollado el tema de manera directa o indirecta, entre los cuales se pueden citar los siguientes: Ernesto Jinesta, “El aporte de Duguit en la construcción del valor-principio constitucional de la solidaridad”, *Estudios de Derecho Público* N° 1, (2017). Mariana Bernal-Fandiño, “El principio de subsidiariedad como límite a la autonomía privada”, *Revista jurídicas* N° 13, (2016), p. 60-70. Eduardo Sanz- Arcega, “Los rostros constitucionales de la redistribución: la vertiente económica del principio constitucional de solidaridad”, *Revista de Derecho Político* N° 93, (2015), p. 285-317. César García Novoa, “La doctrina del principio de solidaridad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *Revista Vox Juris* N° 19, (2010). Gabriel Real Ferrer, “La solidaridad en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública* N° 161, (2003), p. 123-179.

14. Al respecto, véase Alberto Cairampoma, “El Servicio Universal en el sector eléctrico peruano: Análisis del marco normativo a partir de la experiencia de la Unión Europea”, *Revista del Círculo de Derecho Administrativo* N° 12, (2012), p. 175-188. Guelly Solar y Alberto Cairampoma, “Aspectos relevantes para la regulación del servicio universal en el sector de las telecomunicaciones” *Modernizando el Estado para un país mejor*, (2010), p. 347-367. Carlón Matilde, “El servicio universal de telecomunicaciones: balances y perspectivas”, *Cuadernos de derecho local* N° 23, (2010), p. 106- 124.

Sobre ello, Fernández Segado señala que la solidaridad conjuntamente con la libertad, la igualdad y la justicia conforman la tetralogía axiológica del Estado social de nuestros tiempos.¹⁵ Es a partir de ello que se establece que no se puede estar frente a una economía social de mercado si no se refiere al principio de solidaridad.

En suma, así no se encuentre recogido expresamente, el principio de solidaridad forma parte de nuestro sistema jurídico, lo que permite establecer el fin social del Estado y ello ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional. Por lo tanto, es sumamente importante la materialización de dicho principio a partir de asegurar que se cumplan los deberes encomendados en la Carta Magna.

Este reconocimiento del principio de solidaridad resulta importante porque le brinda contenido al régimen económico establecido en la Constitución, en la medida que habilita al Estado a intervenir en algunas actividades bajo regímenes especiales, tales como los servicios públicos sociales —educación o salud— o económicos —telecomunicaciones, electricidad, gas natural o agua potable y saneamiento—.

En la correcta aplicación de este principio se encuentra la piedra de toque porque permite actuar al Estado, no solo de manera reactiva, sino desde una perspectiva proactiva, pues en el caso de los servicios públicos, sociales y económicos, el Estado debe garantizar que estos servicios se presten de manera continua, en igualdad, adaptándose al contexto y garantizando su universalidad. En estos casos, el legislador puede optar por un esquema donde se promueva la participación del privado o donde estén presentes los privados y el Estado, a través de empresas públicas. Esto se va a definir en función a las características de cada actividad.

En la línea de lo señalado, por ejemplo, tene-

mos esquemas donde los servicios públicos son prestados por empresas privadas y por el Estado, no necesariamente a través de empresas públicas —educación y salud—, en otras actividades sí existen empresas públicas —electricidad— y en otras actividades, a pesar de ser calificadas como servicios públicos, solo están presentes empresas privadas —telecomunicaciones y gas natural—. Finalmente, tenemos el caso del agua potable y saneamiento donde, en el ámbito urbano, solo hay empresas públicas, pero en el ámbito rural, la prestación se lleva a cabo por las propias municipalidades, por privados sin fines de lucro —Juntas Administradoras de Servicios de Saneamiento – JASS— y otros operadores privados.

5. El “nuevo” rol del Estado.

A finales de la década del siglo pasado —por eso ya no resulta tan “nuevo” en la media que han pasado tres décadas— se desarrolló un proceso de liberalización en varios países, no estando el Perú exento a ello. Este proceso generó que se produjeran cambios en las instituciones y normas de nuestro ordenamiento jurídico. Así, se replanteó la relación entre la sociedad civil y el Estado, y el rol de este último.

Antes de los años 90, bajo la Constitución de 1979, el rol del Estado era el de prestador de servicios e interventor en las actividades económicas. En su artículo 113 se establecía que el Estado desarrollaba la actividad empresarial con el fin de promover la economía, así como prestaba los servicios públicos y lo hacía como gestor monopólico.

No obstante, este rol enfocado de manera preeminente en la prestación quedó relegado con la Constitución de 1993 y la incorporación de la subsidiariedad. Es este principio el que limita y delimita la actuación del Estado como agente económico. A partir de ello, el Estado cuenta con la función de orientar el desarrollo del país,

15. Francisco Fernández Segado, “La solidaridad como principio constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional* N° 30, (2012), p. 140.

con lo cual cambia a un rol promotor y garantizador.

En ese sentido, el Estado garante se da a consecuencia de que el Estado ya no tendrá como deber la prestación de ciertas actividades, sino que será responsable de garantizar y promover que el sector privado brinde adecuadamente las prestaciones encomendadas, las cuales deben ir siempre acorde al interés general.¹⁶

A partir del rol garante del Estado, en Perú se dio la creación de los organismos reguladores de los servicios públicos. Tal como señala Tassano, el objetivo de la creación de los organismos reguladores fue que se supervise a las actividades económicas que son calificadas como servicio público o de actividades que se desarrollen en monopolio natural u oligopolio para garantizar su tratamiento técnico de la regulación y que requieren ser regulados como servicios públicos —agua potable y saneamiento, infraestructura de transporte, electricidad o gas natural, telecomunicaciones o actividades de hidrocarburos líquidos—.¹⁷

Cabe señalar que, la regulación de los servicios públicos no implica coartar la libre iniciativa privada, sino promoverla, así como la libre competencia, mediante mecanismos que permitan la participación de operadores privados, mixtos o públicos. El objetivo más importante de la regulación de los servicios públicos es garantizar que las actividades que resultan esenciales para la sociedad puedan brindarse cumpliendo los principios de igualdad, mutabilidad, continuidad y universalidad, ya sea que éstas sean gestionadas en monopolio, en oligopolio o competencia. Mientras que se asegura la libre competencia en actividades que están bajo las reglas del mercado donde existe la suficiente oferta y demanda.

Por lo tanto, el nuevo rol garante del Estado ha generado cambios institucionales y normativos, siendo uno de los más importantes la creación de los organismos reguladores, el establecimiento de regímenes jurídicos especiales y, en general, un nuevo diseño institucional donde existe la presencia del Estado, a través de los Ministerios, Gobiernos Regionales o Locales; operadores privados, mixtos y públicos, organismos promotores de la inversión privada como la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN; y, por supuesto, los usuarios. En ese contexto, el Estado ya no asume un rol prestador preponderante, debido a que garantizará que los privados cuenten con libertades económicas; sin embargo, en ciertas actividades, como los servicios públicos, deberá asegurar su prestación, ya sea mediante operadores privados, mixtos o públicos; esto involucra que el Estado puede activar su rol como operador, a través de empresas públicas, para garantizar la prestación de estos servicios y, por tanto, actuar bajo el principio de subsidiariedad.

6. El principio de subsidiariedad: experiencia comparada.

Ahora bien, la invocación del desarrollo del principio de subsidiariedad en la experiencia comparada resulta oportuno, dado que en nuestro ordenamiento jurídico se incorporó dicho principio a partir de la Constitución de 1993 en el contexto del proceso de liberalización y, como resulta conocido, este proceso fue también desarrollado en muchos países donde se fortaleció la protección de las libertades económicas y, por lo tanto, de manera directa o indirecta se aplicó el principio de subsidiariedad.

Sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en la Unión Europea, debemos comenzar por señalar que en el Tratado de Roma no

16. José Esteve Pardo, “La administración garante. Una aproximación”, *Revista de Administración Pública* N° 191, (2015), p. 39.

17. Hebert Tassano Velaochaga, “Competencia y Regulación”, *Revista de Derecho PUCP* N° 76, (2016), p. 111.

se hace referencia a reglas en particular para la empresa pública, generando que se plantee que las reglas son las mismas que para la empresa privada. Con lo que se establece que no hay una prohibición para la creación de las empresas públicas ni su participación en el mercado.

En ese sentido, Calvo y Carrascosa señalan que este tipo de medida de la Unión Europea responde a que el sector público ha tenido un peso importante en la economía de todos los Estados occidentales a lo largo del siglo XX. Por ello, los referidos autores mencionan que los comportamientos distorsionadores de la competencia son aplicables tanto a las empresas públicas como privadas.¹⁸

En consecuencia, existe una diferencia clave con nuestro ordenamiento jurídico que establece de manera expresa el principio de subsidiariedad y la excepcionalidad de la creación de empresas públicas. Sin embargo, si bien, en la Unión Europea se permite la creación y participación de la empresa pública, también se le obliga a que las mismas cumplan con el deber de transparencia, a fin de asegurar el principio de igualdad entre las empresas públicas y privadas.¹⁹

Por otro lado, también es importante abordar cómo se establece la regulación del Estado empresario en Chile, debido a que es de los países

en la región que tuvo mayor influencia de la ola de liberalización económica. Así, en Chile existe un debate a nivel doctrinario²⁰ si en su ordenamiento jurídico se ha recogido o no el principio de subsidiariedad.

Al respecto, en el ordenamiento jurídico chileno, la actividad empresarial del Estado se encuentra en el artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución Política de Chile. En ese artículo se establece que el Estado solamente está habilitado a desarrollar actividad empresarial cuando una ley de quórum calificado lo autoriza. Entonces, existe una exigencia de quórum para habilitar al Estado empresario.

A partir de ello, nos cuestionamos si la exigencia del quórum calificado evidencia que se encuentra recogido el principio de subsidiariedad. Segovia Olave señala que se estableció un Estado subsidiario al disponer en la Constitución chilena como requisito una habilitación mediante mayoría calificada.²¹ Por lo tanto, conforme a este autor coincidente con parte de la doctrina chilena, el principio de subsidiariedad está establecido en su ordenamiento jurídico.

No obstante, otros autores como Loo Gutiérrez señalan que, en el ordenamiento jurídico chileno no se ha recogido toda la polifuncionalidad del principio de subsidiariedad, dado que solo se estableció en su variable negativa, es decir, como principio de limitación de la actuación pública y

-
18. Alfonso Calvo Caravaca, y Javier Carrascosa Gonzáles, *Intervenciones del Estado y Libre Competencia en la Unión Europea*, (Madrid: Editorial Colex, 2001), p. 72.
 19. Al respecto, véase, Alberto Cairampoma, "Reinterpretación del principio de subsidiariedad en el Ordenamiento Jurídico peruano", *Aportes para un Estado Eficiente, Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo* (2012), p. 315-329.
 20. Al respecto, se pueden revisar los siguientes autores: Elio Segovia Olave, "Acerca de la vigencia del principio de subsidiariedad en la actividad económica del Estado", *Derecho Público Iberoamericano* N° 10, (2017). Eduardo Faúndez- Sánchez, "Propuesta de reinterpretación y extensión del principio de subsidiariedad económica hacia la cooperación público-privada en Chile", *Revista Digital de Derecho Administrativo* N° 15, (2016). Martín Loo Gutiérrez, "La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 33, (2009).
 21. Elio Segovia Olave, "Acerca de la vigencia del principio de subsidiariedad en la actividad económica del Estado", *Derecho Público Iberoamericano* N° 10, (2017), p. 27.

no como principio modelador de la misma.²² Por consiguiente, no existe unanimidad en la doctrina chilena respecto a si efectivamente se estableció o no el principio de subsidiariedad.

En definitiva, en diversos ordenamientos jurídicos se llevó a cabo el proceso de liberalización y fue un factor común que se establezca la protección de las libertades económicas de los particulares. Sin embargo, la incorporación del principio de subsidiariedad se adoptó con matices en cada sistema jurídico, percibiendo que en algunos aún se discute si fue establecido dicho principio.

III. SUBSIDIARIEDAD Y COMPETENCIA

1. Relación entre subsidiariedad y competencia.

El derecho de la competencia, como lo conocemos en nuestros días, se originó en los Estados Unidos de América. Tal como lo señala Signes de Mesa, fue en los Estados Unidos de América donde están los orígenes del Derecho de la Competencia que surgió como un medio para que las autoridades públicas pudieran sancionar la concentración del poder económico, también denominados *trusts*.²³

Por otra parte, el derecho de la competencia también es conocido como el derecho ordenador de mercado. Según Diez Canseco, en el derecho ordenador del mercado se buscará regular los derechos y obligaciones de los intervinientes en la concurrencia en el mercado.²⁴ Así, se establece la necesidad de velar que el tráfico económico se realice respetando las reglas pro-

pias del mercado y no se vulneren los derechos de los que intervienen en el mismo.

Respecto al concepto de competencia, Kresalja señala que debe entenderse que dicha noción proviene de la teoría económica, pero el derecho tiene más que un carácter instrumental en el mismo. El mencionado autor refiere que existirá competencia cuando se produzcan una formación autónoma de precios, que exista libertad de elección por parte de los consumidores y que las decisiones de las empresas sean consecuencias de los factores del mercado.²⁵

Sin embargo, la noción que hemos referido de competencia es teórica, dado que no existe “competencia perfecta”. Encontramos sectores económicos donde no hay competencia, por ejemplo, cuando se presentan fallas de mercado como el caso de los monopolios naturales o cuando se reservan actividades para que las desarrolle el Estado. Inclusive en los sectores que se encuentran liberalizados, no encontramos una competencia perfecta por las fallas mismas del mercado.

Entonces, al no existir una competencia perfecta y al haber posibles vulneraciones a los derechos de los agentes económicos que concurren en el mercado, se establece la obligación del Estado de supervisar y proteger la competencia. Por ello, en nuestro ordenamiento jurídico encontramos que el artículo 61 de la Constitución refiere que el Estado facilita y vigila la libre competencia. Así también, en el artículo 65 se señala que el Estado defiende el interés de los consumidores.

Justamente en la concretización de la protección de la competencia se enmarca el principio

22. Martín Loo Gutiérrez, “La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 33, (2009), p. 34.

23. Juan Ignacio Signes de Mesa, Isabel Fernández Torres y Mónica Fuentes Naharro, *Derecho de la Competencia*. (Madrid: Editorial Aranzadi, 2013), p. 32.

24. Luis Diez Canseco Núñez, “Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica”, *Themis* N° 36, (1997), p. 41.

25. Baldo Kresalja, “La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993”, *IUS ET VERITAS* N° 22, (2001), 277.

de subsidiariedad, el cual busca garantizar las libertades económicas y la promoción de la competencia. Es a partir del principio de subsidiariedad que se asegura que el Estado no distorsione la competencia de los particulares. Así, el rol empresarial del Estado solo se habilitará para supuestos determinados y no a la discrecionalidad del mismo.

Como se ha señalado, el principio de subsidiariedad se aplica gradualmente a las diferentes actividades. Así, la subsidiariedad se aplica intensamente en las actividades que se encuentran bajo la libre iniciativa privada. Por lo que, será necesario delimitar y limitar el rol empresarial del Estado para que se pueda proteger y fomentar la competencia, garantizando de este modo el ejercicio de la libre iniciativa privada.

Al respecto, Tassano señala que con la liberalización se establece garantizar la libre competencia en las actividades que se desarrollan bajo el libre funcionamiento del mercado.²⁶ Se protegerá la libre iniciativa privada, sin que ello signifique que el Estado no interviene bajo ningún supuesto. Como también lo menciona el referido autor, el Estado puede intervenir como regulador o ante la presencia de fallas del mercado.²⁷

Por lo tanto, se debe buscar un equilibrio entre la protección de la libre iniciativa privada y la intervención del Estado en ciertas actividades —ya sea como regulador o prestador— para garantizar el bienestar general. Cuando el Estado intervenga en los supuestos que se encuentra habilitado por la Carta Magna no significa una vulneración al principio de subsidiariedad.

En ese sentido, no se interpreta que el interés particular prima sobre el interés general, sino que deben ir acorde el uno al otro. El principio de subsidiariedad es un límite y una habilitación. Por consiguiente, será un límite cuando vulnere las libertades económicas de los priva-

dos y, una habilitación cuando requiera intervenir por interés general, tal como lo veremos más adelante.

En definitiva, el principio de subsidiariedad *per se* no tiene una connotación positiva o negativa, sino que se dota de significado a partir de su lectura bajo una economía social de mercado. Es a partir de ello que cobra sentido establecer que el principio de subsidiariedad buscará proteger las libertades económicas de los particulares al limitar la actividad empresarial del Estado, pero también su aplicación no es de manera absoluta, permitiendo que en ciertos supuestos por interés general y el bienestar de la población, el Estado deberá prestar o garantizar ciertas actividades.

2. INDECOPI y el “precedente” denominado “El Rancho”.

Para entender mejor la aplicación de la subsidiariedad en el ordenamiento jurídico peruano consideramos que resulta importante analizar las decisiones que se vienen tomando por las autoridades competentes en el tema.

Como hemos señalado, en el artículo 60 de la Constitución se ha recogido de manera expresa el principio de subsidiariedad, el cual implica que el Estado solo podrá desarrollar actividad empresarial cuando se encuentre habilitado por una ley expresa y sea una actividad subsidiaria de interés general o manifiesta conveniencia nacional. Así, este principio se encuentra en concordancia con una economía social de mercado y la protección de las libertades económicas de los particulares.

A nivel legal, en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal —Decreto Legislativo 1044— se establece que constituye un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, la concurrencia del

26. Hebert Tassano Velaochaga, “Competencia y Regulación”, *Revista de Derecho PUCP* 76, (2016), p. 111.

27. *Ibid.*

Estado como agente económico sin cumplir los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución. Por consiguiente, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI, a través de un procedimiento administrativo sancionador, determinará en primera instancia si el Estado incurre en competencia desleal por vulnerar el artículo 60 de la Constitución, y lo propio la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, en apelación y como segunda y última instancia.

Precisamente, la referida sala emitió un precedente de observancia obligatoria denominado “El Rancho” que recae en la Resolución 314-2010/SC1-INDECOPI.²⁸ En dicho precedente se desarrolló la metodología para analizar la vulneración del supuesto de la subsidiariedad establecido en el artículo 60 de la Constitución.

En la referida decisión, se determinó que el primer paso en el análisis de subsidiariedad es delimitar la naturaleza jurídica de la actividad económica a evaluar. Ello, debido a que la única actividad que será evaluada bajo dicho análisis es la actividad empresarial, siendo que en las actividades asistenciales o de *ius imperium*, el Estado tiene la obligación de garantizarlas pudiendo ser a través de la prestación de las mismas.²⁹

En ese sentido, cuando estemos frente a una actividad empresarial, la resolución establece que se deben comprobar, en cumplimiento del artículo 60 de la Constitución, en orden de prioridad, los siguientes requisitos:

- a) El primer requisito, de carácter formal, establece la necesidad de ley expresa para realizar actividad empresarial.
- b) El siguiente requisito, que involucra un tema de fondo, busca corroborar la subsidiariedad en estricto.
- c) El último requisito consiste en constatar que la actividad empresarial del Estado involucre un alto interés público o una manifestación de conveniencia nacional.

Respecto al primer requisito, en la resolución se refiere que la ley expresa debe ser emitida por el Congreso de la República. Si bien la Constitución no señala qué tipo de ley habilita a la actividad empresarial del Estado, se interpreta que existe una reserva absoluta para habilitar dicha actividad. Así, en la decisión se establecen las razones de dicha reserva absoluta, siendo que la actividad empresarial del Estado es excepcional, así como también la finalidad de reducir la discrecionalidad de los funcionarios del gobierno.

Además, en el precedente se cita lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 15 de febrero de 2005 bajo el Expediente N° 0034-2004-PI/TC, en la cual se señala que la habilitación del Estado empresario es excepcional, con lo que se requiere una reserva de ley absoluta. Por todas las razones expuestas, se concluye que el primer requisito para que el Estado pueda desarrollar actividad empresarial es que cuente con una ley emitida por el Congreso de la República, para el control de discrecionalidad y encontrarse acorde a la naturaleza excepcional del Estado empresario.³⁰

28. Cabe precisar que esta resolución no fue publicada en el Diario Oficial El Peruano, tal como lo establece el numeral 1 del artículo VI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS. Aunque este punto genere controversias sobre la debida aplicación, vigencia o eficacia del precedente, debido a temas de espacio, el análisis del mismo no será abordado en el presente trabajo, aunque sí se puede señalar que a pesar de la falta de publicación el contenido de la resolución es frecuentemente citada y utilizada para casos que están vinculados con la metodología establecida por el INDECOPI.

29. Al respecto, véase el numeral 46: “Conforme a lo expuesto, la actividad prestacional de bienes o servicios que brinda el Estado, que incluye la producción, distribución, desarrollo e intercambio de productos y servicios a favor de la ciudadanía, será empresarial en la medida que no corresponda al ejercicio de funciones de *ius imperium* ni se identifique con la provisión obligatoria de servicios básicos asistenciales” Numeral 46 de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI.

30. Cabe precisar que antes de la Constitución de 1993 en nuestro ordenamiento jurídico diferentes empresas del

(Continúa en siguiente página)

Sobre el segundo requisito, la resolución estableció que la actividad empresarial del Estado debe ser subsidiaria. Este requisito de fondo analiza que la actividad empresarial del Estado se desarrolle por ausencia o falta de oferta privada. En el mismo sentido, Diez Canseco y Buleje señalan que, bajo el nuevo esquema económico, se faculta al Estado a realizar actividad empresarial solamente en calidad de colaboración, es decir en los casos que el sector privado lo requiera.³¹

A esta lectura de la resolución del INDECOPI, alejándonos de una lectura estricta que realizan la Comisión y la Sala, consideramos que se debe agregar los casos donde el Estado decide establecer un régimen jurídico especial, como es el caso de los servicios públicos económicos —telecomunicaciones, gas natural, electricidad o agua potable—, pues en estos casos no necesariamente estamos ante actividades sociales o asistenciales —o servicios públicos sociales como la salud o la educación— y el Estado podría decidir que la prestación sea por parte del Estado directamente —por ejemplo, tenemos el caso de los gobiernos locales que prestan los servicios públicos de agua potable y saneamiento—, o indirectamente cuando lo hacen a través de una empresa privada, mixta o pública.

Por lo tanto, tenemos como regla general que este segundo requisito va acorde de garantizar la libre iniciativa de los privados, siendo que el Estado no puede coartar sus libertades económicas. Así, sobre la subsidiariedad, Ariño menciona que se refiere a la relación entre individuos y Estado, el cual denota el nivel de intervención y relevancia del Estado en el régimen económico y social de un país, así como en el ámbito de la libre actuación de los privados.³²

No obstante, como hemos señalado, el principio de subsidiariedad no debe interpretarse de manera absoluta que signifique que bajo ningún supuesto puede intervenir el Estado como agente económico. Se debe entender que la subsidiariedad es gradual, y se analizará en qué supuestos puede o no intervenir el Estado. Así, por ejemplo, Ariño refiere que debe intervenir cuando se trate de corregir desigualdades u ordenar el correcto funcionamiento de los derechos individuales económicos³³, como sucede con el caso de los servicios públicos donde la prestación por parte del Estado puede ser directa o indirecta, según lo establezca el legislador.

Al respecto, la resolución establece que el requisito de subsidiariedad se evaluará en dos pasos: (i) delimitar el mercado relevante, y (ii) analizar la oferta privada, y si ella puede atender la demanda. Respecto al mercado relevante, este está compuesto por el mercado del producto o servicio, y el mercado geográfico. Por lo que, se analizarán todas estas variables para determinar si la actividad empresarial desarrollada por el Estado cumple con ser subsidiaria.

Si ello es así, consideramos que cuando se analiza el caso de los servicios públicos económicos, se debe tomar en cuenta que, en algunos casos, el legislador pueda optar, a través de una ley, que el Estado pueda prestar los servicios de manera directa o indirecta. En estos casos corresponderá a la Administración pública competente decidir si lo hace a través de gestión directa, donde incluso cabe la posibilidad que lo haga la propia Administración pública o gestión indirecta, donde se puede recurrir a la creación de una empresa pública, o recurrir a la gestión de una empresa privada o mixta.

Estado fueron creadas por Decretos Legislativos, como es el caso de la Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. – Editora Perú creada mediante el Decreto Legislativo 181, de junio de 1981 o Serpost mediante Decreto Legislativo 685 de noviembre de 1991, solo por poner algunos de los muchos ejemplos que existen.

31. Luis José Diez Canseco Núñez y Crosby Buleje Díaz, “Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución 314-2010/SC1-INDECOPI”, *Círculo de Derecho Administrativo* N°10, (2011), p. 225.

32. Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico*, p 161.

33. *Ibid*, p. 164.

Los escenarios que se pueden prestar en el caso de los servicios públicos económicos son diversos, no obstante ello, debemos indicar que en el caso peruano, el legislador ha optado por establecer en los distintos regímenes el fomento de la libre competencia y la participación privada; en algunos casos lo ha conseguido —telecomunicaciones o gas natural—, en otros existe un régimen de participación mixta de operadores privados y públicos —electricidad e infraestructura de transporte— y en otros solo hay presencia de operadores públicos —agua potable y saneamiento—, en este último caso, aun cuando la normas permitan la participación de operadores privados. En ese sentido, respecto a este extremo, se debe hacer una precisión en la decisión adoptada por el INDECOPI.

El tercer y último requisito que establece la resolución es el alto interés público o manifiesta conveniencia nacional que debe revestir la actividad empresarial del Estado. Sin embargo, en la decisión se señala que estos conceptos no han sido desarrollados por la Constitución, siendo que el análisis de subsidiariedad solo se limitará a constatar que la ley habilitante se encuentre sustentada en el alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

En conclusión, según esta decisión del INDECOPI solamente cuando la actividad empresarial del Estado cumpla con los tres requisitos mencionados anteriormente podrá desarrollar actividad económica y concurrir en el mercado. Es así que, el precedente, que no llegó a ser publicado en el Diario Oficial El Peruano, pero que resulta muy conocido, estableció el análisis de cómo se desarrolla cada uno de los requisitos para analizar la posible vulneración al artículo 60 de la Constitución.

3. ¿Cómo, cuándo y dónde debe intervenir el Estado empresario?

La subsidiariedad limita que el Estado pueda desarrollar actividad empresarial si no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución —ley habilitante, subsidiariedad y alto interés público—. Así, estos tres requisitos significan “candados” para que el Estado desarrolle actividad empresarial.³⁴ Esto tiene como finalidad proteger la libre iniciativa de los privados en la concurrencia en el mercado.

En la decisión del INDECOPI se abordaron las razones por las cuales la actividad empresarial del Estado es excepcional. Entre estas razones encontramos que el Estado cuenta con escasos recursos que deben ser dirigidos a cubrir los bienes y servicios que no son provistos por los privados.³⁵ También se mencionó que la actividad empresarial del Estado puede ser utilizada para fines políticos, con lo cual no se priorizaría la rentabilidad, generando pérdidas que serían asumidas por los contribuyentes.³⁶

No obstante, como hemos señalado, el principio de subsidiariedad no se debe interpretar de manera irrestricta. Así, el Estado estará presente en ciertas actividades garantizándolas o prestandolas, cuando sea necesario para cumplir el fin encomendado de garantizar el bienestar de toda la población. Por lo tanto, debemos analizar en qué supuestos puede o no intervenir el Estado como garante o prestador.

Al respecto, para fines didácticos, planteamos cuatro grandes actividades a fin de analizar la intervención del Estado:

- a. Las actividades de naturaleza asistencial se encuentran previstas en el artículo 58 de la

34. María Quiñones Alayza, “Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y Servicios Públicos”, *Círculo de Derecho Administrativo* N° 12, (2012), p. 66.

35. Al respecto, véase el numeral 22 de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI.

36. Al respecto, véase el numeral 25 de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI.

- Constitución que establece que el Estado actúa principalmente en la promoción del empleo, salud, educación, seguridad.
- b. Los servicios públicos económicos que conforme al artículo 58 de la Constitución el Estado actúa principalmente y los garantiza.
 - c. Las actividades que están revestidas de alto interés general o conveniencia nacional, donde podemos encontrar como casos emblemáticos la actividad financiera y de cajas municipales.
 - d. Las actividades que se encuentran bajo la libre competencia en la oferta y demanda del mercado.

De esa manera, el principio de subsidiariedad se aplica gradualmente respecto a cada una de las actividades detalladas. En la primera de las actividades enumeradas que son las asistenciales o servicios públicos sociales —educación y salud—, desde la Constitución se establece que el Estado actúa principalmente en ellas. El Estado deberá asegurar la prestación de las mismas. Al tener el Estado el rol de garantizarlas no debería aplicarse en estas actividades el principio de subsidiariedad, pues el deber es que permita garantizar el acceso o servicio universal.

En esa misma línea de interpretación, el precedente refirió que las actividades asistenciales son todas aquellas prestaciones de bienes o servicios con fines sociales, es decir, su finalidad es equilibrar los sectores más necesitados de la comunidad.³⁷ Por consiguiente, en estas actividades donde el Estado está llamado a garantizarlas para

asegurar el bienestar de la población, no se puede referir a una actividad empresarial, con lo cual no es aplicable el principio de subsidiariedad.

Por otro lado, en la segunda actividad enumerada que son los servicios públicos o también denominados servicios públicos económicos, conforme al artículo 58 de la Constitución, el Estado actúa principalmente y los garantiza. Sin embargo, a diferencia de otras actividades, en el precedente no se hizo referencia a la naturaleza jurídica de los servicios públicos, lo que nos lleva a plantear si se les aplica el principio de subsidiariedad.

Ante ello, algunos de los servicios públicos de nuestro ordenamiento jurídico como el servicio de saneamiento o electricidad se prestan o se pueden prestar directamente por el Estado, mientras que en otros servicios como telecomunicaciones o gas natural son los privados los que prestan el servicio, todos ellos mediante los títulos habilitantes que correspondan —por lo general es una concesión—. Por lo tanto, a partir de la naturaleza de cada servicio público se establece la gestión directa o indirecta de la actividad.³⁸

En ese sentido, en el servicio público de telecomunicaciones son los privados los que se encuentran prestando dicho servicio, con lo que el Estado cumple el rol de garantizar la adecuada prestación y se ha establecido un régimen especial de servicio universal para cubrir las zonas de preferente interés social, justamente atendiendo al principio de equidad o solidaridad.³⁹ En este caso,

37. Al respecto, véase el numeral 42 de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI.

38. Sobre la gestión directa e indirecta del Estado existen varios autores que han abordado el tema, entre los cuales se pueden citar a los siguientes: Iñigo Del Guayo Castiella, "La gestión de servicios públicos locales", *Revista de Administración Pública* N° 165, (2004), p. 87-133; Ángel Menéndez Rexach, "La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad", *Revista de administración sanitaria siglo XXI* v.6. 2, (2008), p. 269-296. Leopoldo Font, *Modalidades de gestión de los servicios públicos locales y mecanismos de cohesión social y solidaridad interterritorial en España*, (Granada: Editorial Fundación Centro de Estudios Andaluces, 2008).

39. Al respecto, véase Alberto Cairampoma, "El Servicio Universal en el sector eléctrico peruano: Análisis del marco normativo a partir de la experiencia de la Unión Europea", *Revista del Círculo de Derecho Administrativo* N° 12, (2012), p. 175-188. Guelly Solar y Alberto Cairampoma, "Aspectos relevantes para la regulación del servicio universal en el sector de las telecomunicaciones" *Modernizando el Estado para un país mejor*, (2010), p. 347-367. Carlón Matilde, "El servicio universal de telecomunicaciones: balances y perspectivas", *Cuadernos de derecho local* N° 23, (2010), p. 106- 124.

seguramente, aunque el Estado podría justificar su presencia como operador, esto no resultaría deseable por la dinámica que tiene el mercado.

Sin embargo, en otros servicios públicos como el de agua potable y saneamiento encontramos que son las empresas municipales las encargadas de su prestación. Así, conforme al artículo 13 del Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento —Decreto Legislativo 1280, se establece a las municipalidades como responsables de la prestación del servicio de agua potable y saneamiento. En este caso se puede advertir que la habilitación para la prestación por parte del Estado, viene desde el legislador, aunque debamos anotar que no se dio a través de una ley del Congreso, sino más bien por delegación legislativa al Poder Ejecutivo. En ese sentido, se podría afirmar que el análisis de subsidiariedad se ha incorporado en el régimen jurídico especial establecido para la prestación de este servicio público.

A partir de ello, los servicios públicos son el claro ejemplo que el principio de subsidiariedad no se aplica de manera irrestricta y absoluta, sino que tendrá matices dependiendo frente al servicio público que nos encontremos, y si este se presta por gestión directa o indirecta del Estado. Ya hemos hecho referencia a todas las posibilidades que se pueden presentar respecto de los diversos servicios públicos, sociales —educación o salud— y económicos —telecomunicaciones, electricidad, gas natural y agua potable y saneamiento—. Por lo cual, consideramos que en el “precedente” se debió considerar el análisis de la naturaleza jurídica de los servicios públicos para la aplicación del principio de subsidiariedad.

Respecto a la tercera actividad enumerada que son las que revierten un alto interés general, como es el caso del sector banca, son fuerte-

mente reguladas por el Estado. Precisamente por la naturaleza de las mismas que se enmarcan en fines constitucionales, se requiere que el Estado vigile que se desarrollen adecuadamente. Y si bien, el Estado ha tenido un rol de vigilancia y no de prestación directa en el mercado, en la actualidad se viene cuestionando si por un interés general el Estado a través del Banco de la Nación debería entrar a competir con la banca privada.

El Banco de la Nación fue creado mediante la Ley 16000 el 28 de enero de 1966 con la finalidad de proporcionar todos los servicios bancarios a las entidades públicas. Así, percibimos que su creación respondió a una conveniencia nacional de atender al sector público. No obstante, actualmente se viene debatiendo si el Banco de la Nación por un interés público como inclusión financiera debería entrar a concurrir en los servicios que ofrece la banca privada. Desde nuestra perspectiva, más allá de un análisis de subsidiariedad, consideramos que el Banco de la Nación, en tanto operador del mercado, puede legítimamente competir en el mercado, debiendo respetar las reglas de la libre y leal competencia —esto involucra no tener ayudas públicas que distorsionen su participación en el mercado⁴⁰—. Se le debería considerar un operador más y, por tanto, debería respetar todas las reglas de mercado que se imponen para cualquier operador que realiza este tipo de actividades.

Por último, respecto a la cuarta actividad que son las que se desarrollan bajo la libre competencia, el principio de subsidiariedad se aplica con intensidad. Con el fin de proteger la libre iniciativa de los privados, se establece que el Estado no puede entrar a competir con los privados, debido a que dichas actividades deben desarrollarse sin ningún tipo de injerencia estatal. Por lo que, se justifican los requisitos del artículo 60 para restringir al Estado empresario

40. Al respecto, véase, Alberto Cairampoma, “Reinterpretación del principio de subsidiariedad en el Ordenamiento Jurídico peruano”, *Aportes para un Estado Eficiente, Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo* (2012), p. 315-329.

a situaciones excepcionales. Y en estos casos es donde el INDECOPI debe actuar con mayor frecuencia a través de la supervisión constante y la atención de las denuncias que se pueden presentar.

IV. CONCLUSIONES

Después de haber analizado el principio de subsidiariedad en concordancia y dentro de lo que implica una economía social de mercado, consideramos que se puede concluir que dicho principio no solo se aborda desde un sentido negativo del concepto que es la restricción de la actividad empresarial del Estado, sino que también permite establecer y redefinir bajo qué supuestos el Estado puede ser agente económico.

Además de ello, es importante interpretar en conjunto el principio de subsidiariedad y solidaridad. Ello nos hará comprender los alcances de nuestro régimen económico establecido en la Constitución, el cual no solo busca proteger las libertades económicas de los privados, sino que estas libertades sean acordes al interés general y el bienestar de la población en general.

En este contexto, queda claro que el Estado debe tener un rol proactivo cuando se trata de actividades donde tiene el deber de garantizar la prestación de los servicios, como es el caso de los servicios públicos, tanto los sociales o denominados asistenciales y los económicos, donde el Estado tiene el deber de prestar los servicios con continuidad, igualdad, adaptabilidad y universalidad. En ese sentido, en estos casos, el legislador puede optar por establecer que la prestación se lleve a cabo de manera directa y/o indirecta.

Asimismo, el concluir que el principio de subsidiariedad no es irrestricto ni absoluto, sino que su aplicación será gradual de acuerdo a las actividades económicas y supuestos. Por lo que, es importante determinar frente a qué actividades nos encontramos y con qué intensidad se aplica el principio de subsidiariedad.

Finalmente, hay que recalcar que el principio de subsidiariedad por sí mismo no cuenta con un contenido negativo o positivo, sino que recobra significado en su lectura acorde a la economía social de mercado en la medida que en el principio de subsidiariedad se sustenta en el equilibrio entre el interés particular y el interés general.



El valor probatorio de las actas de inspección



JOSÉ ANTONIO TIRADO BARRERA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad ESAN.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 15 de enero de 2021 y fue aceptado con fecha 18 de julio de 2021.



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La cuestión relativa al valor probatorio de las actas de inspección.
- III. Presunción de inocencia, presunción de validez y valor probatorio de las actas de inspección en el procedimiento administrativo sancionador.
 1. Derecho a la presunción de inocencia y presunción de certeza de las actas de inspección.
 2. Presunción de validez de los actos administrativos, presunción de certeza de las actas de inspección y control jurisdiccional.
- IV. A modo de conclusión: el alcance del control jurisdiccional de las actas de inspección que sirven de base a una sanción administrativa.

RESUMEN:

El valor probatorio de las actas de inspección constituye uno de los aspectos más relevantes del tratamiento jurídico de la actividad administrativa de inspección o fiscalización, en la medida en que suele constituir un medio probatorio esencial para la determinación de las responsabilidades de los administrados fiscalizados. En este sentido, resulta importante tener en cuenta la discusión sobre la determinación del alcance de la presunción de certeza de las actas de inspección frente a la presunción de inocencia de los administrados, entre otros aspectos.

Palabras clave: Inspección administrativa, Actas de inspección, Procedimiento administrativo sancionador.

ABSTRACT:

The evidentiary value of the inspection reports is one of the most relevant aspects of the legal treatment of the administrative activity of inspection or control, insofar as it usually constitutes an essential evidentiary means for the determination of the responsibilities of the audited parties. In this sense, it is important to take into account the discussion on the determination of the scope of the presumption of certainty of the inspection reports as opposed to the presumption of innocence of the persons being inspected, among other aspects.

Keywords: Administrative inspection, Inspection reports, Administrative Sanctioning Procedure.

I. INTRODUCCIÓN

Una cuestión de particular importancia en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador es el valor probatorio que se le debe otorgar a las actas de inspección en la medida en que ellas sirven, en muchas ocasiones, como base o fundamento probatorio decisivo para la imposición de una sanción administrativa.¹

El profesor Alejandro Huergo Lora señala que una de las características diferenciadoras del procedimiento administrativo sancionador frente al proceso penal es la posición que ocupa el juez frente a la imposición de sanciones,

en uno y otro orden.² Así, mientras que la sanción penal es impuesta por un juez penal en un proceso judicial, en el caso de la sanción administrativa, la intervención del juez contencioso-administrativo siempre es posterior y ejerciendo una función de control sobre la legalidad de una sanción ya impuesta, lo que afecta, entre otras consideraciones, el alcance de la presunción de inocencia en los procedimientos administrativos sancionadores.³

En caso que el ciudadano afectado por una sanción administrativa pretenda dejarla sin efecto, deberá transitar por el camino del proceso contencioso administrativo y superar dos obstáculos

-
1. Lo resalta desde una postura crítica David Blanquer Criado, *La inspección (de actividades autorizadas o comunicadas)*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), p. 694.
 2. "A riesgo de pronunciar una obviedad, las sanciones penales y administrativas son distintas entre sí y están dotadas de garantías diferentes. Nadie las confunde. En este sentido, a pesar de la teórica asimilación de garantías (...) lo cierto es que las garantías (y, en general, las reglas de aplicación) son irremediabilmente distintas en el ámbito penal y en el sancionador administrativo, empezando por el distinto alcance de la garantía judicial, porque la pena la impone un juez en un proceso en el que el demandado no tiene que probar su inocencia, mientras que en el ámbito sancionador administrativo el juez sólo interviene para controlar la legalidad de la sanción que ya ha sido impuesta por una resolución que además goza de la presunción de validez." Alejandro Huergo Lora, "Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas que pueden y deben orientar su utilización por el legislador, con especial referencia a los instrumentos para la obtención de pruebas" en Alejandro Huergo Lora, *Problemas actuales del Derecho Administrativo Sancionador*. (Madrid: Iustel, 2018), p. 18.
 3. "(...) sería mejor desde el punto de vista de la tutela del particular (...) que la impugnación de los actos administrativos que imponen sanciones diera lugar a un procedimiento contencioso-administrativo especial, en el que la Administración ocupara la posición procesal y el imputado fuera la parte demandada (...). De esta forma se respetaría mucho más el

(Continúa en siguiente página)

los muy importantes: primero, deberá asumir la tarea de cuestionar un acto administrativo gravoso para sus derechos e intereses legítimos, cuya ejecución se verificará si no es impugnado judicialmente en los breves plazos establecidos; segundo, el acto administrativo que impugne vendrá cubierto por la presunción legal de su validez.

Aunque doctrinariamente se pueda sostener la compatibilidad del derecho fundamental a la presunción de inocencia y de la presunción de validez del acto administrativo⁴, no es menos evidente la existencia de tensiones muy relevantes en una circunstancia como la descrita, incluso, en ordenamientos jurídicos que han intentado configurar alguna especialidad en el control jurisdiccional de las sanciones administrativas.⁵

En este sentido, consideramos conveniente tratar de esclarecer el alcance del control jurisdiccional respecto de las actas de inspección cuando éstas sirvan para la imposición de sanciones administrativas, en el entendimiento que un número significativo de sanciones administrativas se imponen bajo la cobertura de previas actuaciones inspectoras; por otro lado, al encontrarse reconocida en nuestro ordenamiento jurídico,

con mayor o menor intensidad, la denominada presunción de certeza de las actas de inspección, resulta necesario acometer la tarea de aclarar su contenido y definir sus alcances para una correcta comprensión y aplicación de la misma.

Para tal efecto, en el presente trabajo, daremos cuenta acerca de algunos de los principales aspectos del debate en torno al valor probatorio de las actas de inspección; en segundo lugar, revisaremos la forma en que pueden resultar compatibles la presunción de inocencia y la presunción de validez de los actos administrativos en el contexto de la utilización de las actas de inspección en un procedimiento administrativo sancionador para, posteriormente, acercarnos al esclarecimiento del alcance del control jurisdiccional de las actas de inspección que sirven de base a la imposición de una sanción administrativa.

II. LA CUESTIÓN RELATIVA AL VALOR PROBATORIO DE LAS ACTAS DE INSPECCIÓN

La determinación del valor probatorio de las actas de inspección ha sido considerada como una de las cuestiones más relevantes del régimen legal en este tipo de actuaciones administrativas⁶ y, a pesar de la amplia discusión que se

principio de presunción de inocencia, que en la actualidad opera fundamentalmente en el procedimiento administrativo sancionador, quedando ensombrecido en el contencioso en la práctica, por la presunción de validez de los actos administrativos, que no sólo obliga al particular a impugnar al particular a impugnar la sanción, sino que, al colocarle en la posición de demandante, le obliga a desmontar los argumentos de la Administración (y a demostrar su inocencia), y conceda a ésta la ventaja de decir la última palabra.” Alejandro Huergo Lora, Las sanciones administrativas (Madrid: lustel, 2007), p. 413.

4. Manuel Rebollo Puig, "La presunción de validez", *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 128, (2005). p. 621-622.
5. El profesor Alejandro Huergo Lora llama la atención de la norma del proceso contencioso-administrativo peruano donde se fija que la carga de la prueba en el caso de la impugnación de sanciones administrativas corresponde a la Administración (Huergo Lora, "Diferencias de régimen jurídico..." pág. 19. nota 6) que, lamentablemente, no ha tenido mayores consecuencias prácticas para mejorar la posición de los administrados demandantes.
6. "El principal problema, tanto teórico como práctico, que plantea las actas de inspección es el de su valor probatorio, pues, como se ha dicho certeramente, si éstas carecieran de virtualidad probatoria, todo el sistema de la Inspección administrativa se vendría abajo. Por tanto, el valor de las actas de la inspección administrativa está claramente conectado con el principio de eficacia de la actuación administrativa. Ahora bien, como es sabido, el principio de eficacia de la Administración, aun constituyendo un bien jurídico constitucionalmente protegido, no puede justificar el menoscabo de derechos fundamentales, como el de la presunción de inocencia o el derecho a la defensa -art. 24.2 CE-." Severiano Fernández Ramos, *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*. (Granada: Comares, 2002), p. 461.

(Continúa en siguiente página)

ha sostenido al respecto, subsisten posiciones encontradas que arrojan resultados muy distintos. Corresponde, a continuación, revisar las posiciones existentes respecto del valor probatorio de las actas de inspección. Para estos efectos, hemos considerado pertinente comparar el tratamiento de esta cuestión en la legislación procedimental española y en la peruana.

Las tareas desarrolladas por la Administración en cumplimiento de la función de fiscalización suelen concluir con la elaboración de un acta de inspección, en la cual deben recogerse, entre otros aspectos, los comportamientos, acciones u omisiones de los administrados respecto de la específica normativa que regula cada una de las actividades sometidas a control administrativo.

En caso de incumplimiento de las normas, la Administración podrá dar inicio a los procedimientos administrativos que correspondan, sean de naturaleza sancionadora o no.⁷ En cual-

quier caso, resulta fácil de entender que la decisión de incoar un procedimiento administrativo con el objeto de determinar las responsabilidades de un administrado, habitualmente se encuentre fundamentada, junto con otros medios probatorios, en un acta de inspección.

Es a partir de esta situación de la cual surge la necesidad de reflexionar en torno al valor que la ley le otorga al acta de inspección y, en sentido estricto, a lo que en ella se consigna.

Además, resulta muy importante tener presente las consecuencias que se derivarán de la asignación de un determinado valor probatorio a las actas de inspección a la luz de la conexión con el procedimiento sancionador, así como respecto del proceso contencioso administrativo que pudiera iniciarse posteriormente.

En la doctrina podemos encontrar dos posiciones definidas en torno al valor probatorio de las actas de inspección. La primera posición

-
7. El incumplimiento de una norma puede configurar una infracción administrativa si ese hecho omisivo se encuentra tipificado como tal y se cumplen otras condiciones. Por lo tanto, un incumplimiento podría dar lugar a un procedimiento sancionador, pero es posible que, si tal incumplimiento no configura un incumplimiento sancionable, pueda generar otras consecuencias jurídicas como son, por ejemplo, las de restituir la legalidad quebrantada. Sobre el particular pueden consultarse: Iñigo Sanz Rubiales, *Imposición de sanciones administrativas y exigencia de responsabilidad patrimonial*; Manuel Gómez Tomillo, (director), "Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado, Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas". Lex Nova. (Valladolid. 2012). p. 257- 290; José Antonio Tirado Barrera, "Sanción, reposición e indemnización como consecuencias autónomas de la infracción administrativa: una lectura a partir del artículo 232.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General". en Revista de Derecho. Universidad de Piura. (2016). Volumen 17, N° 1. p. 51-87.
 8. Tomás Cano Campos, *La presunción de veracidad de las actas de inspección*. en Juan José Díez Sánchez, *Función inspectora. Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Alicante, 8 y 9 de febrero de 2013. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 2013. p. 224.
 9. "Estamos en este caso ante otra de las decisiones del Legislador ordinario que contempla un instrumento dirigido a mejorar la eficacia administrativa. No es la única regulación posible de las actas de inspección, pero es una de las legítimas y razonables. Si con la función inspectora se pretende prevenir la realización de determinadas conductas y, en último término, asegurar el respeto del ordenamiento, no parece descabellado presumir que los funcionarios de la Administración que realicen esta tarea, respetando determinados requisitos sustantivos y procedimentales, ofrecerán una versión objetiva de los hechos fiscalizados. No puede negarse que si en los procesos judiciales se diera a las actas de inspección el mismo valor que a las declaraciones no fundadas de los sujetos inspeccionados, entendiéndose que a quien corresponde probar la realidad de los hechos constatados es a la Administración en todo caso, probablemente no sería eficaz la prevención y represión de las conductas infractoras del ordenamiento." Ricardo Rivero Ortega, *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*. (Madrid: Tecnos. 2000), p. 205-206. En un sentido similar se pronuncia Agustín García Ureta, *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, (Marcial Pons: 2006), p. 230-231.

se decanta por reconocer o atribuir a las actas de inspección una calificación especial, una atribución distintiva, habiéndose generalizado para tal efecto el uso del término presunción de certeza o veracidad, aun cuando sea discutible que la expresión "presunción" sea usada correctamente.⁸ Esta postura reconoce la legitimidad de la atribución legal de presunción de certeza o veracidad al contenido del acta —dando por supuesto, ciertamente, el respeto a ciertas condiciones formales y materiales— y que la conecta, además, con la aplicación del principio de eficacia de la Administración, así como a la presunción de validez del acto administrativo.⁹ Una segunda postura, en cambio, rechaza el carácter o aplicación de la presunción de veracidad y propone, por el contrario, considerar simplemente que las actas de inspección poseen un mero valor probatorio y que, conforme a las reglas de la sana crítica, será una más de las pruebas que deba valorar conjuntamente el juez o el órgano resolutor en un procedimiento sancionador.¹⁰

Cuando se afirma el carácter de presunción de veracidad que acompañaría a las actas de

inspección, parece desprenderse de ello la creencia en un modelo legal de prueba tasada, es decir, en la existencia de un mandato legal que dispone que ciertos medios probatorios deben ser considerados como acreditativos de los hechos que, por su intermedio se busca demostrar, sin que la existencia de otros medios probatorios sea suficiente, en ningún caso, para fundamentar su desestimación. En algunos supuestos, la prueba tasada se suele identificar con las presunciones legales absolutas —es decir, aquellas que no admiten prueba en contrario—.

Las versiones más extremas de un modelo de prueba tasada deben ser consideradas, a la luz del desarrollo del derecho a la tutela jurisdiccional y el debido proceso, como superadas, en lo fundamental porque lesionarían el derecho de defensa,¹¹ dando paso, más bien, hacia un modelo o sistema probatorio estructurado en la libre valoración de la prueba, donde es el juzgador quien, respetando las reglas de la lógica y de la experiencia, debe apreciar en su totalidad los medios probatorios aportados y valorarlos conjuntamente, sin privilegiar ni sobreestimar

10. En este sentido se pronuncia Severiano Fernández Ramos: *"Para nosotros, el valor probatorio de las actas de inspección es compatible con la presunción de inocencia precisamente porque no constituye una verdadera presunción que anule aquélla. Lo que verdaderamente concede o deniega relevancia probatoria a las actas es el hecho de que documenten o no una auténtica actividad probatoria. Como se señala más adelante, el valor probatorio de las actas depende, no sólo del cumplimiento de los requisitos subjetivos (...) y formales, sino también de que reflejen una verdadera actividad probatoria: desde la simple observación directa y personal por el propio actuario, a otras fuentes de prueba obtenidas observando los requisitos legales -como toma de muestras, obtención de documentos, testimonios de terceros, admisión de los hechos por el propio interesado-. De ahí que no se trate de una presunción incondicionada de validez general, sino de una propiedad que dependerá en cada caso de que se cumplan las exigencias señaladas. En definitiva, es la actividad probatoria realizada por el Inspector lo que respalda el acta y le otorga, cumplidos los requisitos formales, valor probatorio."* (Fernández Ramos, *La actividad administrativa de inspección*, 474-475). Por su parte, Vincenc Aguado I Cudola señala lo siguiente: *"Ciertamente estamos ante unas actuaciones que no están revestidas de las mismas características que las producidas ante un órgano jurisdiccional, pero debe pensarse por otra parte que -en determinados casos y con la confluencia de un minimum de garantías- no pueden equipararse, sin más, a unas meras denuncias como las que pueda realizar cualquier particular. La aportación con base documental por la Administración, dentro del proceso, de una labor objetiva de constatación de hechos realizada por funcionarios especializados debe de tener un cierto valor probatorio, libremente ponderable por el juez de lo contencioso. Ponderación que con la correspondiente contradicción, dentro del ámbito judicial, podrá bastar para destruir la presunción de inocencia atribuida constitucionalmente a los ciudadanos. Ahora bien, requerirá inexcusablemente que en vía administrativa se hayan respetado una serie de exigencias fundamentales, derivadas de la Norma Constitucional (...)"* (*La presunción de certeza en el Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Civitas-Generalitat de Catalunya. Escola D'Administració Pública de Catalunya. 1994, p. 85).

11. Cano Campos, *La presunción de veracidad...* p. 234, nota 22.

uno sobre otro, exponiendo en sus decisiones los motivos por los cuales determinado medio probatorio generó en él convicción.¹²

Sin embargo, el ordenamiento jurídico admite diversas manifestaciones de estos modelos o regímenes generales de valoración de la prueba y, en el caso específico del procedimiento administrativo, podremos apreciar sin dificultad algunos ejemplos de un tratamiento diferenciado.¹³

El caso más evidente de la opción legislativa a favor de la presunción de veracidad de las actas de inspección se presenta cuando, evidentemente, la ley de forma clara así lo consagra. En el ordenamiento jurídico peruano, es el caso, por ejemplo, del artículo 16 de la Ley 28806 — Ley General de Inspección del Trabajo— que establece expresamente lo siguiente: “Los hechos constatados por los inspectores actuantes que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos que se establezcan, se presumen ciertos sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados.”

En este ejemplo, la norma es contundente y clara al referirse a las actas de inspección, respecto de las cuales no solo reconoce valor probatorio,

sino que atribuye, de forma expresa y meridiana, una “presunción de certeza”, que necesariamente deberá ser algo distinto de aquello que correspondería si se tratara, únicamente, de un medio probatorio sujeto a un régimen común.¹⁴ Ese plus que la Ley añade es, precisamente, la denominada presunción de certeza que, como contenido mínimo, debe ser entendida como una directriz a la Administración y, también, para el juez sobre cómo debe valorar a un medio probatorio en particular.¹⁵

Un escenario más problemático lo encontramos en aquellos casos en que las normas, sin ser explícitas, parecen orientarse al mismo objetivo. Por ejemplo, en el caso español, la Ley 39/2015, artículo 77.5, establece la siguiente regla: “Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario.” En el ordenamiento jurídico peruano el artículo 244.2 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General —aprobado mediante el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS— establece que: “Las Actas de fiscalización dejan constancia de los hechos verificados durante la diligencia, salvo prueba en contrario.”

-
12. “(...) la técnica de la prueba legal consiste en la producción de reglas que predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada tipo de prueba. En cambio, el principio opuesto, de la prueba libre o de la libre convicción, presupone la ausencia de aquellas reglas e implica que la eficacia de cada prueba para la determinación del hecho sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basado esencialmente en presupuestos de la razón.” Michelle Taruffo, *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, (Madrid: Trotta. segunda edición, 2005), p. 387.
13. Lucía Alarcón Sotomayor, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, (Madrid: Thomson - Civitas, 2007), p. 413. quien también reseña la teoría que niega cualquier valor probatorio a las actas de inspección y atestados policiales.
14. Cano Campos, *La presunción de veracidad...* p. 224.
15. “Las normas que consagran la presunción de veracidad no son simples consejos o admoniciones para el juez, sino que constituyen también para él, como para la Administración, normas imperativas con fuerza vinculante, cuya infracción puede ser corregida incluso en casación.” *Ibíd*, 230.
16. Para el caso peruano, sostiene una posición contraria Juan Carlos Morón Urbina, quien señala lo siguiente: “La norma bajo comento únicamente afirma al respecto que las actas de fiscalización dejan constancia de los hechos verificados durante la diligencia, salvo prueba en contrario. Es decir, no le atribuye un mérito probatorio particular. Lo que indica este párrafo

En nuestra opinión, en estos casos, aunque las normas citadas no sean técnicamente muy rigurosas, sí es posible sostener que establecen una auténtica presunción de veracidad, en la medida en que, de forma expresa, se declara, por un lado, que las actas dejan constancia de los hechos verificados y, anudada a ello, por otro lado, admiten su controversia o desestimación a través de un mejor medio probatorio —“salvo que se acredite lo contrario”, “salvo prueba en contrario”—, de lo cual se deduce que sin esas otras pruebas el contenido del acta de fiscalización deberá prevalecer.¹⁶

Mientras que con la expresión “dejan constancia” o “harán prueba” se afirma que lo establecido en el acta se podrá incorporar en el procedimiento respectivo y servir efectivamente para acreditar un hecho, con la expresión “salvo prueba en contrario”, a la acreditación de un hecho se le añade una posición legal que no es común a otros medios de prueba¹⁷ y cuya consecuencia es que los hechos acreditados se deben entender veraces o ciertos, salvo que existan otras pruebas que lo refuten.¹⁸

Del mismo modo, es fácil comprender que el acta de inspección no es una manifestación de “denuncia informativa” o simple noticia de un posible incumplimiento, pues, en efecto, a tra-

vés del acta de inspección sí es posible alcanzar la comprensión de la ocurrencia de un hecho, el cual quedaría así suficientemente acreditado, a diferencia de los casos en que los particulares simplemente ponen en conocimiento de la autoridad administrativa diversas situaciones para su posterior verificación o comprobación, de ser el caso.

Por lo tanto, “harán prueba” y “presunción de certeza” son expresiones que se refieren a consecuencias legales diferentes que no es posible equiparar en modo alguno.¹⁹

Situación distinta la encontramos en otro tipo de normas en las que se reconoce al acta de inspección su capacidad de servir como medio probatorio, pero no se le añade ninguna calidad que mejore el grado de su valoración o calificación probatoria. Es el caso del artículo 137.3 de la Ley 30/1992 —norma española sobre procedimiento administrativo común, ya derogada por la anteriormente citada Ley 39/2015—, que señalaba lo siguiente:

“Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio

es que las actas permiten cumplir con la carga probatoria de la administración respecto a lo comprobado o verificado en el proceso de inspección, siempre que el acta haya sido elaborada conforme a ley. Permite acreditar los hechos ahí consignados, pero que pueden ser vencidos mediante otras pruebas idóneas. Al no estar los fiscalizadores investidos de fe pública como los notarios, no puede admitirse que las actas cuenten con mérito de pruebas tasadas, fehacientes, ni privilegiadas, respecto a otros medios probatorios. Por ello, tampoco son incontrovertibles, mediante evidencia idónea.” (Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo II. Décimo cuarta edición. 2019. Gaceta Jurídica. p. 351).

17. Basta para ello comprobar que las declaraciones de un testigo, incluso del propio administrado inspeccionado, podrán ser utilizadas para probar, pero no se le otorga un determinado valor o peso en el enjuiciamiento que deben realizar las autoridades competentes.
18. *“Aunque se hayan confundido en ocasiones ambos conceptos, es evidente que dotar de presunción de certeza a un documento no es lo mismo que conferirle simplemente valor de prueba. El deber que la presunción de certeza iuris tantum genera -considerar cierto el hecho que el acta incorpora salvo que concurra una prueba clara en sentido contrario- es distinto del deber que origina el valor probatorio -valorar la verosimilitud o credibilidad del hecho que el acta constata libre y racionalmente junto al resto de las pruebas practicadas-. Por tanto, la presunción de certeza confiere al acta de inspección una eficacia muy superior a la que le atribuye su mero valor de prueba.” (Alarcón Sotomayor, El procedimiento administrativo... p. 415).*
19. Sin perjuicio de discutir posteriormente, si dicha “presunción de certeza” es compatible con la Constitución.

de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados.”

Como puede apreciarse, en este caso, al valor probatorio de las actas de inspección no se le asocia ningún efecto especial, no se afirma que prevalecerá “salvo prueba en contrario”, razón por la cual deberá concurrir con todos los otros medios probatorios sin gozar de ninguna posición particular o privilegiada.

De esta manera, podemos señalar que cuando la regla legalmente establecida fije únicamente que las actas de inspección “harán prueba”, se deberá entender que las actas se incorporarán en el expediente administrativo correspondiente y que se someterá a las reglas de valoración conjunta con todos los demás medios probatorios que hayan sido debidamente incorporados. Por el contrario, cuando una norma legal fije su “presunción de certeza”, el acta de inspección no sólo se incorporará en el expediente administrativo como ocurrirá con cualquier otro medio probatorio, sino que lo hará en una situación particular, pues lo recogido en ella se presumirá cierto, aunque esa certeza podrá ser refutada.

¿Cuáles son las consecuencias que estas calificaciones legales tienen respecto del control —administrativo o jurisdiccional— de las actas de inspección? En nuestra opinión, cuando la ley establezca que las actas de inspección únicamente “hagan prueba”, el control —administrativo o jurisdiccional— valorará lo recogido en ella tratándola como a cualquier otro medio de prueba disponible en el expediente correspondiente. Por el contrario, en el caso que las actas

de inspección estén cubiertas legalmente de una “presunción de certeza” —o, se afirme que los hechos así acreditados, podrán ser controvertidos—, el control, además de analizar como en el caso anterior las condiciones legales para la elaboración de las actas de inspección, deberá tener en cuenta que deberá considerar como cierto su contenido y, en consecuencia con esa certeza, decidir, sin perjuicio de la existencia de medios probatorios que cuestionen lo establecido en tales actas.²⁰

En un ejemplo extremo, si no existiera otro medio probatorio y en un procedimiento sancionador sólo se tuviera un acta de inspección que, cumpliendo todas las exigencias formales para su elaboración, acredita la comisión de una infracción, el órgano administrativo resolutor deberá seguir la calificación legal y tener por acreditada la infracción. Ciertamente, el caso más recurrente será la existencia de otros medios probatorios, en especial, los de descargo que haya presentado el administrado, en cuyo caso lo recogido por el acta de inspección se presumirá cierto, aunque podrá ser refutada o derrotada.²¹

Para el caso peruano, consideramos que el artículo 244.2 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aun cuando no sea muy riguroso en su redacción, sí comprende un valor probatorio diferente al común de los medios probatorios, pudiendo afirmar que se ha configurado legalmente la presunción de veracidad de las actas de inspección en la medida en que se ha establecido legalmente que, salvo prueba en contrario, servirán para acreditar los hechos que sean debidamente consignados en ellas.

20. Una de las fórmulas más expresivas para ejemplificar esta situación es la contenida en el artículo 192.4 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, que establece lo siguiente: “Las actas de la inspección gozan de presunción de veracidad, que sólo cede cuando en el procedimiento que se instruya como consecuencia de las mismas se pruebe su inexactitud o falta de certeza, o se aporten pruebas de mayor convencimiento que la contradigan.”

21. “Las actas de inspección tienen una fuerza o valor probatorio determinado ex ante por el legislador, pero no gozan de una preferencia o plusvalor sobre otras pruebas valoradas libremente por el juzgador, las cuales, apreciadas conjuntamente con la que nos ocupa, pueden prevalecer sobre ella.” (Cano Campos, *La presunción de veracidad...* p. 229).

III. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, PRESUNCIÓN DE VALIDEZ Y VALOR PROBATORIO DE LAS ACTAS DE INSPECCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Una vez que hemos apreciado que las actas de inspección pueden estar configuradas legalmente con una "presunción de certeza", corresponde analizar cuáles son las consecuencias que dicha presunción puede originar cuando se opone ante los derechos constitucionales de los sujetos administrados que intervienen en un procedimiento administrativo sancionador.

Estos problemas son, esencialmente, los siguientes: el primero, la posible infracción del derecho a la presunción de inocencia ante la existencia de una prueba que estaría sujeta a un sistema de prueba tasada; el segundo, el significado de la presunción de validez de los actos administrativos en el caso de las sanciones administrativas y el alcance de su control jurisdiccional.

1. Derecho a la presunción de inocencia y presunción de certeza de las actas de inspección.

La presunción de certeza de las actas de inspección ha enfrentado una objeción fundamental, como lo es su posible incidencia negativa en el ámbito protegido por el derecho a la presunción de inocencia.²²

Quienes sostienen que la presunción de certeza de las actas de inspección lesiona el derecho a la presunción de inocencia lo hacen sosteniendo que: *"(...) en la medida en que la presunción de certeza conlleva que el imputado tiene la carga de probar que los hechos reflejados en las actas y similares son irreales y que éstas se convierten en pruebas tasadas, puede afirmarse que lesiona la presunción de inocencia en el procedimiento administrativo sancionador."*²³

Se aprecia con claridad que las causas de la afectación a la presunción de inocencia serían dos: la inversión de la carga de la prueba²⁴ y el carácter tasado de la valoración del acta de inspección.²⁵

Por el contrario, quienes defienden que la presunción de certeza no afecta la presunción de inocencia, afirman que no existe inversión en la carga de la prueba, responsabilidad que sigue recayendo en la Administración²⁶, y que

22. *"La cuestión más importante que se ha suscitado en torno a la denominada presunción de veracidad es si respeta el derecho fundamental a la presunción de inocencia que rige en el procedimiento sancionador, cuando las actas se incorporan a un procedimiento de este tipo, derecho que <comporta que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio> (STC 40/2008)"* (Cano Campos, *La presunción de veracidad...* p. 231-232).

23. Alarcón Sotomayor, *El procedimiento administrativo...* p. 431.

24. *"Las teorías que afirman que la presunción de certeza es contraria a la presunción de inocencia es contraria a la presunción de inocencia porque desplaza la carga de la prueba sobre el imputado no carecen de fundamento, pues no es lo mismo aportar prueba en contrario, una vez que la Administración obtenga una que sea de cargo, que es lo que establecen las reglas de la carga de la prueba en el ámbito punitivo, que tener que destruir la certeza de unos hechos que, de por sí, se consideran verdaderos porque lo dice la ley, que es lo que impone la presunción de certeza. En virtud de la misma, basta con que se aporte un acta de inspección al procedimiento sancionador para que ya concurra una prueba de cargo suficiente para sancionar."* *Ibíd.* p. 426.

25. *"(...) el hecho de que el valor de la prueba lo fije la Ley, además de que dificulta en gran medida la búsqueda de la verdad material, que es el fin esencial de cualquier procedimiento punitivo, imposibilita que puedan apreciarse conforme al sentido común y que pueda motivarse el razonamiento seguido en la resolución que se adopte."* *Ibíd.* p. 412.

la presunción de certeza no implica la imposición legal de una consecuencia inmodificable o inconvencible, es decir, el acta de inspección aunque goce de una presunción de certeza seguirá siendo un medio probatorio sujeto al debate correspondiente a la valoración que, en conjunto, realice el juez —o la autoridad administrativa que deba resolver el procedimiento—. ²⁷

Una vez expuestas sucintamente las posiciones existentes respecto de la presunción de certeza de las actas de inspección ante el derecho a la presunción de inocencia, a continuación, mostraremos nuestra posición al respecto.

Empecemos por la inversión de la carga de la prueba. Mediante la expresión "carga de la prueba" nos referimos a la determinación de la responsabilidad de probar ciertos hechos —aspecto subjetivo o formal— así como de las consecuencias de su ausencia —aspecto objetivo o material—. ²⁸

En el ámbito del Derecho Administrativo, esta determinación estará condicionada por la naturaleza de los procedimientos en los que deba aplicarse y, directamente, en el caso del procedimiento administrativo sancionador, la Administración tiene asignada la responsabilidad de demostrar la responsabilidad del presunto infractor, conforme lo establece el artículo 248.9 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Pues bien, el que las actas de inspección, dotadas de presunción de certeza, permitan la imposición de una sanción administrativa no supone, desde ningún punto de vista, que se haya trasladado la carga de la prueba al imputado, pues será siempre la Administración quien deba cumplir dicha tarea.

Si bien es cierto que: "(...) basta con que se aporte un acta de inspección al procedimiento sancionador para que concurra una prueba de cargo suficiente para sancionar"²⁹, debe tenerse presente

-
26. "La presunción de veracidad no es una norma sobre la carga de la prueba, sino una regla de valoración legal de un concreto medio de prueba. Por eso, ni incide sobre quién tiene que probar, que sigue siendo la Administración, ni influye sobre los hechos que han de ser probados, que siguen siendo exactamente los mismos. Las normas que la consagran no exoneran de prueba a la Administración y, por tanto, no invierten la carga de la prueba, pues la Administración no se limita a afirmar, sin prueba alguna, un hecho para obtener el efecto jurídico que pretende (que quede probada la comisión de una infracción), quedando con ello relevada de la carga de probarlo y haciendo recaer dicha carga sobre el acusado." (Cano Campos, *La presunción de veracidad...* p. 232).
27. "Las normas que establecen el valor probatorio legal de las actas de inspección tampoco vulneran la presunción de inocencia por resultar contrarias al principio de libre valoración de la prueba, por la sencilla razón de que tal principio no forma parte de ese derecho fundamental. El TC, en cualquier caso, ha precisado que la presunción de inocencia impone dos exigencias en orden a la valoración de la prueba. De un lado, considera vulnerado tal derecho cuando la valoración del resultado de las pruebas no se ajusta a criterios lógicos o racionales y es arbitrario, o, <cuando por ilógico o insuficiente, no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado>. De otro, dicha valoración debe explicitarse, requiriéndose pues una motivación del juicio fáctico de la resolución sancionadora, que implica que el juzgador (en nuestro caso la Administración) no puede limitarse a una enumeración apodíctica de los hechos probados, sino que tendrá que expresar las razones en que se ha basado para sancionar (...)" *Ibid* 232-233.
28. "Con la carga subjetiva o formal se ha hecho alusión a la determinación de la parte que ha de suministrar la prueba en el proceso; la carga objetiva o material, también denominada de certeza, hace, sin embargo, abstracción de la actividad de las partes, interesándose únicamente por las consecuencias de la falta de acreditación de los hechos, por los efectos de su incertidumbre y, en definitiva, por la fijación de la parte procesal sobre la que han de repercutir los perjuicios derivados de la eventual falta de prueba." (Barrero Rodríguez, Concepción, p. 187).
29. Alarcón Sotomayor, *El procedimiento administrativo...* p. 426.
30. Fernández Ramos, *La actividad administrativa de inspección*, p. 480-487. En el caso peruano, el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO-LPAG) fija, en su artículo 242 los requisitos mínimos que un acta de inspección debe cumplir.

(Continúa en siguiente página)

que, para que se pueda entender que un acta de inspección sirve para acreditar un hecho, deberán haberse cumplido una serie, más o menos intensa, de exigencias y requisitos, de carácter legal, reglamentario y técnico³⁰, que le servirán para acreditar la conducta del administrado y, posteriormente, determinar la existencia de una infracción.³¹

Sólo cumplidos estos requisitos se podrá considerar que la Administración ha cumplido con las exigencias de la carga de la prueba.³² En otras palabras, la presunción de certeza de las actas de inspección no releva, de ningún modo, a la Administración del deber de desarrollar las actuaciones materiales necesarias para acreditar el cumplimiento de los deberes del sujeto administrado. En ningún momento, ninguna norma le permite a la Administración exonerarse del deber de aportar prueba suficiente de sus propias afirmaciones³³, basándose en la presunción de certeza que una ley otorgue a las actas de inspección.

Así, consideramos que la presunción de certeza

de las actas de inspección no afecta, ni directa ni indirectamente, la carga de la prueba en los procedimientos sancionadores ni, por lo tanto, tiene capacidad de lesionar el derecho a la presunción de inocencia.

Abordemos ahora la segunda objeción, aquella que sostiene el carácter de prueba tasada —o privilegiada— de las actas de inspección que gozan de presunción de certeza.

La principal objeción que se formula a la presunción de certeza alude a la imposibilidad de someter a las actas de inspección a una valoración racional, como ocurre con cualquier otro medio probatorio.³⁴ Si ello fuera posible, entonces, el acta de inspección no se distinguiría de los otros medios probatorios y, en ese contexto, la "presunción de certeza" carecería de cualquier contenido.³⁵

Que el acta de inspección pueda ser controvertida mediante otros medios probatorios, es una regla jurídica recogida en la totalidad de las

-
31. Además, debe tenerse presente que tanto el acto de inicio del procedimiento como la resolución final deben ser suficientemente motivados, tanto en los elementos fácticos como jurídicos, por lo que la Administración deberá exteriorizar las razones de su decisión, satisfaciendo, así, las exigencias derivadas de la carga de la prueba de sus afirmaciones.
 32. *"(...) el valor probatorio de las actas de inspección es compatible con la presunción de inocencia precisamente porque no constituye una verdadera presunción que anula aquélla. Lo que verdaderamente concede o deniega relevancia probatoria a las actas es el hecho de que documento o no una auténtica actividad probatoria (...) el valor probatorio de las actas depende, no sólo del cumplimiento de los requisitos subjetivos -esto es que sea llevada a cabo por unos sujetos legalmente habilitados y caracterizados estatutariamente por su imparcialidad y especialización (al menos presunta) y formales, sino también de que reflejen una verdadera actividad probatoria: desde la simple observación directa y personal por el propio actuuario, a otras fuentes de prueba obtenidas observando los requisitos legales -como toma de muestras, obtención de documentos, testimonios de terceros, admisión de los hechos por el propio interesado-." (Fernández Ramos, La actividad administrativa de inspección p. 475).*
 33. Cosa distinta es que esa prueba que la Administración está obligada a aportar para fundamentar una sanción administrativa, tenga por mandato legal, un peso determinado en el proceso cognitivo de valoración probatoria. Esta cuestión se aborda más adelante.
 34. *"(...) la presunción de certeza de unos hechos constatados en unas actuaciones previas que no ofrecen las garantías propias del procedimiento sancionador al interesado vulnera la presunción de inocencia (...) porque impide la valoración racional de las pruebas." (Alarcón Sotomayor, El procedimiento administrativo... p. 428).*
 35. *"Si, como mantiene el TC, esa presunción de certeza no desplaza la carga de la prueba sobre el imputado, sino que sólo origina la necesidad, como cualquier otra prueba incriminadora, de aportar una prueba en contrario, y permite la valoración racional de todas las pruebas, incluidas las propias actas, cabe sostener que es compatible con la presunción de inocencia, aunque esto último sea simple valor de prueba, pese a que la jurisprudencia constitucional insista en denominarlo <presunción de certeza>." Ibid, 431.*

normas que la reconocen. La cuestión parece centrarse, entonces, en determinar si el carácter derrotable del acta de inspección implica que la presunción de certeza carece de un contenido particular o especial, más allá de su reconocimiento como medio probatorio.

Como ya lo hemos señalado las actas de inspección son medios probatorios cuyo contenido, bajo ciertas condiciones, se presume cierto, es decir, que deberá entenderse que demuestra la existencia de aquello que afirma, sin perjuicio de ser confrontada con otros medios probatorios y, eventualmente, refutada en sus conclusiones.³⁶

A diferencia de las pruebas presentadas por los administrados, que no generan, de forma inmediata, ninguna convicción en el juzgador, como consecuencia de la presunción de certeza, ante un acta de inspección el juzgador deberá acomodar la valoración probatoria ante la certeza legalmente establecida, aun cuando sea posible revertirla con otros medios probatorios. Por ejemplo: un correo electrónico aportado como medio probatorio por un administrado no genera, por sí mismo, ningún grado de certeza a la Administración, sin perjuicio de que sea objeto de valoración junto con otros medios probatorios; por el contrario, si esa misma Administración ve incorporada en el expediente un acta de inspección, ésta —verificados sus requisitos de emisión— deberá presumir que su contenido es cierto, sin perjuicio del posterior debate y valoración conjunta de todo el acervo probatorio existente.

De este modo, cuando se fija legalmente la presunción de certeza de las actas de inspección, lo que la ley determina es que: *"(...) el juez tendrá por probados los hechos que constituyen las consecuencias jurídicas de esas normas, sin que sea*

necesario, en consecuencia, desarrollar un esfuerzo probatorio adicional."³⁷, reduciendo, pero no eliminando, la exigencia de actividad probatoria por parte de la Administración. Cuestión distinta es la discusión que podamos plantear respecto de la constitucionalidad de la reducción de la exigencia probatoria para sancionar administrativamente. Desde el momento en que la Administración tiene asignado el deber jurídico de probar la comisión de una infracción, no puede sostenerse que se encuentre beneficiada con una exoneración, desvío o traslado de la carga de la prueba, lo que ocurre es que el esfuerzo probatorio que la Administración debe realizar para sancionar puede ser menor, lo que es una cuestión sustancialmente diferente.

Así, será en la inexigibilidad de un "esfuerzo probatorio adicional" donde podamos encontrar ese valor distintivo que la ley le otorga a la presunción de certeza y que implica, sin lugar a duda, una posición más fuerte que el simple valor probatorio propio de cualquier medio de prueba constitucionalmente aceptable.

En este sentido, la "presunción de certeza" determina la probanza de un hecho —que podrá ser refutado—, mientras que el "valor probatorio" únicamente nos advierte de la idoneidad para probar un hecho, lo que sólo ocurrirá, en forma definitiva, al término de la actuación conjunta de todo el acervo probatorio.

Ahora bien, la presunción de certeza está habitualmente configurada como una presunción legal derrotable, es decir, la conclusión derivada de dicha presunción puede ser controvertida y, bajo determinadas circunstancias, el juez arribar a una conclusión distinta de la prevista inicialmente por la ley.³⁸

36. *"La fuerza probatoria legal de las actas (...) es refutable o derrotable mediante otros medios de prueba. En rigor, mediante otras pruebas no es preciso demostrar lo contrario que refleja el acta, sino demostrar algo distinto, bastando con introducir la duda sobre tal certeza para que la presunción quede desvirtuada."* (Cano Campos, *La presunción de veracidad...* p. 229-230).

37. Iván Hunter Ampuero, "Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?" en *Revista Ius et Praxis*, Año 23 N° 1, (2017), p. 249.

38. *"(...) si la fuerza de una inferencia probatoria de origen legal (valor probatorio a un instrumento) está relacionada con*

(Continúa en siguiente página)

En este sentido, es preciso señalar que la fuerza probatoria del acta de inspección no proviene de la valoración que de ella haga el órgano administrativo resolutor o el juez, sino del mandato de la ley³⁹ —aunque antes deberán verificar que haya cumplido con todos los requisitos legales—. Por lo tanto, una vez verificados, ésta adquiere un peso determinado en el proceso cognitivo de valoración probatoria, peso que no proviene de las reglas y directivas de la sana crítica —aunque se funde en ellas— sino del mandato de la ley que así lo establece.

Este valor probatorio no impone, de forma ineludible, una consecuencia determinada.⁴⁰ Lo único que hace —aunque no es poca cosa, ni mucho menos— es imponer un determinado peso a la valoración probatoria que deberá realizar el juzgador, que, además, es únicamente relativo, no absoluto, y no impide que pueda ser controvertido.

Y la contradicción del acta de inspección se sujetará a criterios de racionalidad y ponderación propios de la sana crítica, ya que:

“(...) la fuerza probatoria legal de las actas de inspección no impiden una valoración racional y razonable de las pruebas practicadas, pues con dicha norma el legislador no hace más que consagrar o positivizar una máxima de experiencia que es razonable y no resulta arbitraria, y nada impide (...) que el juez alcance una solución distinta a la que se deduce del acta en una apreciación conjunta - con arreglo a criterios lógicos y racionales- de todas las pruebas practicadas.”⁴¹

Por las razones expuestas, consideramos que no es razonable sostener que: *“Aunque el resolutor aprecie que el acta es incierta o insuficiente para acreditar la realización de la conducta o la participación del imputado, deberá darla por verdadera y sancionar si ésta no ha probado que refleja hechos irreales (...)”⁴²*, puesto que, en tales supuestos, no se habrían cumplido las exigencias legales o reglamentarias para, precisamente, servir a los fines probatorios que se esperan del acta de inspección.⁴³

En este sentido, podríamos señalar que las ac-

su fundamento y la importancia de su finalidad en un ordenamiento jurídico concreto, entonces el problema de la derrotabilidad de las normas de prueba legal es un problema político o moral acerca de la prevalencia de uno de los bienes en juego; por un lado, la verdad (entendida como probabilidad racionalmente justificada que una hipótesis de hecho tiene en los elementos de información producidos en juicio) que se deriva de la inferencia libremente construida por el juez, o la certeza y seguridad que proporciona la inferencia normativa (...) si se consideran más valiosas las decisiones asentadas en la verdad, entonces los estándares de derrotabilidad de las inferencias normativas serán menores. Las hipótesis fácticas alternativas que construya el juez apreciando libremente la prueba no necesitarán respaldos muy exigentes para desplazar las inferencias probatorias de origen legal.” Ibid, p. 267.

39. *“Las normas que prevén la denominada presunción de certeza o veracidad (...) Son normas que predeterminan el valor legal de una prueba, normas de prueba legal, ya que atribuyen una fuerza probatoria o un valor vinculante a las afirmaciones sobre los hechos que constan en determinados documentos públicos redactados por sujetos específicos habilitados para ello.” (Cano Campos, La presunción de veracidad... p. 225).*

40. Como ocurre en el caso de las presunciones absolutas, en las que no se admite la prueba en contrario.

41. Cano Campos, *La presunción de veracidad...* p. 233. Ciertamente, que la previsión legal de la presunción de certeza se apoya en la máxima de experiencia, pero no es correcto, a nuestro entender, limitar únicamente a esta razón la fijación de esta regla de prueba, pues en ella también se aprecia una clara y perfectamente legítima valoración política acerca de los fines que debe alcanzar la función inspectora, para la protección del interés general.

42. Alarcón Sotomayor, *El procedimiento administrativo...* p. 427.

43. *“(...) las actas deben contener también los medios de conocimiento utilizados por el inspector para la comprobación de los hechos que reflejan, así como los razonamientos que conducen al inspector a formular sus aseveraciones, puesto que resulta imprescindible para evitar la opacidad del acta que quede reflejado el soporte del valor probatorio, ya que mal puede exigirse un control de la actividad administrativa si los elementos en que ésta se apoya se sustraen al juicio crítico del Tribunal.” (Fernández Ramos, La actividad administrativa de inspección, p. 486).*

tas de inspección se sujetan, en primer lugar, a un control interno, que tiene por objeto la verificación de las condiciones legales para su elaboración. Únicamente cuando tales requisitos se hayan cumplido, el acta podrá adquirir la presunción de certeza que el ordenamiento le haya otorgado. En este escenario se daría la ocasión para ejercer un segundo tipo de control, que podríamos denominar externo, donde el acta de inspección será sometida a valoración conjunta con el resto del acervo probatorio existente.⁴⁴

2. Presunción de validez de los actos administrativos, presunción de certeza de las actas de inspección y control jurisdiccional.

En el presente apartado revisaremos la forma en que pueden resultar compatibles la presunción de inocencia y la presunción de validez de los actos administrativos en el contexto de la generalizada utilización de las actas de inspección en un procedimiento administrativo sancionador.

La presunción de validez de los actos adminis-

trativos se encuentra recogida en el artículo 39.1 de la Ley 39/2015, que señala lo siguiente: *“Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.”*

Por esta presunción, el ordenamiento jurídico atribuye a los actos administrativos una cualidad —la presunción de su validez— que les permite a éstos generar los efectos que deben producir —en conformidad con el ordenamiento aplicable— en cada situación específica⁴⁵, aunque este principio no podrá oponerse ante el juez que, precisamente, deberá valorar su conformidad a Derecho.

Ahora bien, a partir de esta idea, la posición mayoritaria de la doctrina ha venido a establecer que la presunción de validez de los actos administrativos únicamente impone una “carga de impugnación” sobre quien cuestione la adecuación legal de un determinado acto administrativo.⁴⁶ Este criterio también se encuentra reconocido jurisprudencialmente.⁴⁷ Sin embargo, estas conclusiones deben merecer algunas pre-

44. Un buen ejemplo del control del valor probatorio de las actas de inspección lo podemos encontrar en la Casación Laboral N° 19463-2017-Lima, que señala lo siguiente: *“En cuanto a la causal de inaplicación de los artículos 16° y 47° de la Ley número 28806, Ley de Inspección General de Trabajo, si bien es cierto las instancias de mérito al momento de declarar la invalidez de los contratos de intermediación laboral suscritos entre las codemandadas han tenido como fundamentado la conclusión arribada en el Acta de Infracción número 2825-2010-MTPE/2/12.3, de fecha veinte de octubre de dos mil diez, que corre en fojas trescientos veinte a trescientos treinta y siete; sin embargo, este medio de prueba no ha sido el único que ha sido evaluado por el juzgador al momento de motivar su decisión, conforme se aprecia de los medios probatorios consignados por el juez de primera instancia y que han sido detallados en los considerandos décimo cuarto y décimo quinto de la presente resolución.”*

45. *“La presunción de validez es la cualidad de los actos administrativos en cuya virtud existe el deber de actuar y decidir partiendo de la premisa de que los actos administrativos son válidos en tanto no se declare su nulidad o sean anulados.”* (Rebollo Puig, *“La presunción de validez”* p. 591).

46. Refiriéndose al artículo 39 de la Ley 39/2015, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández señalan que: *“El precepto citado establece, pues, una presunción iuris tantum de validez, que permite al acto desplegar todos sus posibles efectos en tanto no se demuestre su invalidez y que traslada, en consecuencia, al particular la carga de impugnarlo, en la vía administrativa o contencioso-administrativa, según proceda, si quiere obtener su anulación y frenar su eficacia.”* (*Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Décimo novena edición. Thomson – Reuters. Civitas. 2020. p. 626). En el ordenamiento jurídico peruano, la presunción de validez del acto administrativo está consagrado en el artículo 9° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

47. *“(…) la jurisprudencia de esta Sala viene declarando que al recurso contencioso-administrativo son de aplicación las normas probatorias de la legislación civil. Señalando al respecto que la presunción de legalidad que corresponde al acto administrativo, ex artículo 57 de la Ley 30/1992, no implica, en modo alguno, el desplazamiento de la carga de la*

cisiones en el caso de los actos administrativos de contenido sancionador.

Una vez emitido el acto administrativo de contenido sancionador, la presunción de validez determinará que las consecuencias negativas asociadas a tal declaración podrán generar los efectos predeterminados por la ley.⁴⁸ Si el administrado interesado desea que tales consecuencias no surtan efectos, debe asumir la carga de su impugnación, pues de no hacerlo, devendría en irrevocable.⁴⁹

La presunción de validez del acto administrativo sólo puede alcanzar a la exigencia de su cuestionamiento, pero no extenderse más allá y pretender vincular al juez, ya que dicha extensión supondría, en los hechos, la imposibilidad de su control jurisdiccional.⁵⁰

Ahora bien, dicho esto, en el caso de los actos administrativos de contenido sancionador, además, deberá tenerse establecido que la presunción de validez no afectará, desde ningún punto de vista, el principio rector en materia probatoria que establece en la Administración

la responsabilidad de la acreditación de los hechos constitutivos de la infracción sancionada. Lo contrario afectaría, evidentemente, el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

De esta manera, pues, debe quedar claramente establecido que:

"(...) si lo que el particular impugna es el acto que le impone una obligación o una sanción, entonces quien debe probar en el procedimiento administrativo los hechos que dieron lugar al nacimiento de la obligación o que constituyeron la falta sancionada, es la Administración. El demandante no tiene por qué probar que no se dan los hechos; únicamente tendrá que negar que se dan los hechos, que no están probados."⁵¹

De lo anterior se desprende, igualmente, que las actas de inspección no podrán extender, a su favor, los efectos de la presunción de certeza que una ley atribuya, pues tales efectos se deben entender agotados en la valoración probatoria que el órgano sancionador realice, luego de lo cual dicha valoración se integrará en el

prueba, pues dicha presunción únicamente impone la carga de recurrir en sede judicial la resolución administrativa, pudiendo obviamente basarse la impugnación en la falta de prueba de los hechos que sirven de presupuesto fáctico al expresado acto. El principio de presunción de validez del artículo 57.1 de la Ley 30/1992, por tanto, significa únicamente que ha de entenderse transferida al destinatario de la resolución la carga de impugnar los actos de la Administración, para evitar que esa presunción de ser conforme a Derecho los convierta en inmunes ante la pasividad que supone el transcurso de los plazos impugnatorios. La presunción de que los actos administrativos se acomodan a la legalidad no altera, sin embargo, las reglas de distribución de la carga de la prueba que fija el artículo 217 de la LEC, ni supone otorgar presunción de certeza a los hechos que en las resoluciones de la Administración se declaren probados. Además, aún cuando las normas de aplicación establezcan expresamente una presunción de veracidad, ello no comporta que puedan considerarse demostrados, de modo irrefutable, los hechos sobre los que se asienta la resolución administrativa, ni que se sustraiga a la potestad del órgano judicial efectuar la correcta aplicación en la distribución de la carga de la prueba." (STS 704/2009, de 12 de febrero de 2009 citada por Muñoz Machado, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XII. Segunda edición. 2017. BOE. Madrid. p. 82-83).

48. Por ejemplo, la inhabilitación para contratar con otras entidades públicas.

49. A efectos de facilitar el ejercicio del derecho de tutela jurisdiccional, la ejecución forzosa de un acto administrativo —se entiende, desfavorable al interesado— debe esperar el vencimiento del plazo para su impugnación en sede judicial o el del pronunciamiento del juez, en el caso de haberse planteado una medida cautelar de suspensión.

50. Rebollo Puig, "La presunción de validez",

51. González Pérez, Jesús. *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*. Temis. Bogotá. 1985. p. 286.

conjunto de la motivación del acto administrativo que será objeto de impugnación.⁵²

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL ALCANCE DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS ACTAS DE INSPECCIÓN QUE SIRVEN DE BASE A UNA SANCIÓN ADMINISTRATIVA

La potestad de inspección administrativa ha generado, en tiempos recientes, un importante interés académico, normativo y doctrinario, que ha permitido volver sobre una de las más típicas funciones de la Administración Pública y comprobar la forma en que se ha ido adaptando a las exigencias de un entorno político y social diferente. Ello no ha impedido que algunas de sus manifestaciones más tradicionales se mantengan vigentes y hayan sido objeto de renovadas discusiones.

El acta de inspección y la cuestión de su valor probatorio es una de aquellas materias que, cada tanto, vuelven a aparecer en el horizonte de la discusión jurídica y revuelve los consensos establecidos. En el presente trabajo hemos buscado plantear el estado de la cuestión —más o menos inalterado en sus definiciones esenciales— e intentar avanzar algunas consideraciones sobre el alcance del control jurídico de su aplicación.

La cuestión acerca del valor probatorio de las actas de inspección es susceptible de un tratamiento diverso, como lo demuestran los ejemplos normativos que hemos expuesto líneas arriba. Así, “harán prueba” y “presunción de certeza” han sido expresiones utilizadas de forma

reiterada y que deben merecer un contenido y alcance diferente.

Cuando una ley diga que el acta de inspección goza de presunción de certeza, debemos entender que se le añade algo distinto y cualitativamente superior al mero hecho de servir como medio probatorio. Mientras que ser un medio probatorio sólo nos indica la capacidad de servir para probar un hecho, la presunción de certeza ya nos impone —de forma provisional, ciertamente— una conclusión, a partir de la cual el juez deberá proceder a valorar el conjunto del acervo probatorio existente.

Coincidimos con aquellas posturas que afirman la plena constitucionalidad de la presunción de certeza, cuando la califican como la predeterminación legal del valor de un medio probatorio sujeto a un debate probatorio posterior.

En todo caso, los fines constitucionalmente válidos que sirven de sustento a la configuración legal de la presunción de certeza de las actas de inspección, se encuentran sujetos, evidentemente, a control jurisdiccional. Este control se manifiesta en un doble nivel: en primer lugar, un control interno, respecto del cumplimiento de las condiciones legales para la realización de la actividad inspectora y su elaboración formal para adquirir, precisamente, el valor legalmente atribuido; en segundo lugar, un control externo, que procede luego de verificarse lo anterior, para que pueda procederse a un análisis de racionalidad y motivación, donde el acta de inspección será sometido a valoración conjunta con el resto del acervo probatorio existente.

52. La necesidad de esclarecer el alcance institucional de las actas de inspección viene confirmada por el tratamiento inconsistente que, al respecto, ha tenido nuestro Tribunal Constitucional. Así, se ha señalado que: “(...) debemos subrayar el criterio variable que mantiene el TC con respecto a la fuerza probatoria del Acta de Infracción. Aunque las resoluciones exhibidas aquí podrían permitir suponer que la presunción iuris tantum está fácticamente siendo revisada por el Alto Tribunal, no existe fundamentación alguna que nos permita entender que tal figura legal sea objeto de control de legalidad alguna. Lo expresado no hace sino recordarnos que la predictibilidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico es un valor de necesario respeto, a fin de tener instituciones laborales más sólidas. Siendo crucial la importancia de la inspección del trabajo en la efectividad de las normas de trabajo, la lectura del TC sobre el valor probatorio del Acta de Infracción amerita una unificación interpretativa que pueda ayudar a ofrecer un entendimiento más uniforme de esta problemática.” (Luis Mendoza Legoas, “El valor probatorio de las actas de infracción en la jurisprudencia constitucional” en *Análisis Laboral*, N° 502. Abril, (2019) p. 25).



La prescripción de la facultad para determinar infracciones administrativas



DANTE MENDOZA ANTONIOLI

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Magister en Ciencias de la Administración Pública por la Universidad
Alemana de Ciencias Administrativas Speyer —Deutsche Hochschule für
Verwaltungswissenschaften Speyer—.
Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Lima y en la
Universidad Jesuita Antonio Ruíz de Montoya.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 20 de septiembre de 2021 y fue aceptado con fecha 18 de octubre de 2021.



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La prescripción en el Derecho Administrativo Sancionador es una figura sustantiva.
- III. Suspensión e interrupción del plazo de prescripción.
- IV. La prescripción opera automáticamente.
- V. La regla general del plazo de prescripción de la LPAG.
- VI. En conclusión.

RESUMEN:

El autor desarrolla cuatro problemas de interpretación de la regulación nacional respecto a la prescripción de la potestad sancionadora del Estado, presentando el desarrollo que cada una de ellas ha merecido en el tiempo de vigencia de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Palabras clave: Prescripción; Procedimiento sancionador; Caducidad; Suspensión del plazo; Interrupción del plazo.

ABSTRACT:

The author develops four problems of interpretation of the national regulation regarding the prescription of the sanctioning power of the State, presenting the development that each one of them has deserved in the time of validity of Law No. 27444, Law of General Administrative Procedure.

Keywords: Prescription; Penalty procedure; Expiration; Suspension of the term; Term interruption.

I. INTRODUCCIÓN

Ante la real necesidad de dotar a las instituciones del Derecho Administrativo de un contenido propio y acorde con su naturaleza, que permita desarrollar las relaciones entre la administración pública y los administrados en un marco no solo de certeza y predictibilidad, sino también de coherencia con los principios que esta relación reclama; la Ley del Procedimiento Administrativo General —Ley 27444, en adelante, “LPAG”— desde su promulgación, en el año 2001, ha merecido interpretaciones de diversa índole, que la han ido perfilando como una herramienta moderna que representa un Estado al servicio del ciudadano, y donde la regla es la de la interpretación en “pro del administrado”.

Estas interpretaciones, pasaron de la doctrina al texto expreso de la ley a través de un proceso de diversas modificaciones legislativas operadas a lo largo de los 25 años de vigencia de la misma y que han configurado una norma mas robusta y predecible para la ciudadanía, con reglas cada vez más explícitas en su vocación de establecer una nueva relación entre la administración y los administrados.

Las disposiciones relativas a la potestad sancionadora del Estado y el procedimiento sancionador no son la excepción a este proceso de evolución normativa. A lo largo del tiempo se han ido precisando los conceptos y los alcances de

la norma, siempre fortaleciendo una posición interpretativa en favor del ciudadano.

El paso del tiempo tiene consecuencias en el Derecho. Una de ellas es la prescripción. En el Derecho Administrativo sancionador la figura toma especial relevancia desde que la demora de la administración para determinar una infracción y establecer su consiguiente sanción, puede tener como consecuencia la imposibilidad de hacerlo y que la sensación de impunidad que se genera en la sociedad termine en sospecha de corrupción, afectando la estabilidad y gobernabilidad del país.

La prescripción es una garantía establecida en favor de los ciudadanos frente al actuar moroso de la Administración Pública. No es posible sostener la legitimidad de la actuación administrativa, incluso en el caso de infracciones evidentes por parte de los ciudadanos, si es que éstas no se procesan con celeridad y diligencia.

La importancia de esta figura y las consecuencias que se puedan derivar de su aplicación por parte de las entidades públicas, en cuatro temas concretos, se analizan en el presente artículo.

II. LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ES UNA FIGURA SUSTANTIVA

La naturaleza jurídica de la prescripción de la potestad sancionadora de la Administración

Pública es un tema que ha generado controversia por su errada asimilación al concepto y extensión del término en el Derecho Civil o en el Derecho Penal.

Sin embargo, se debe advertir que en el Derecho Administrativo nacional la prescripción es una figura sustantiva que determina la extinción de la competencia de la administración pública para poder perseguir una infracción a cualquier norma por parte de los administrados.

A diferencia de las figuras de prescripción y caducidad en el Derecho Civil, donde de manera muy general podemos afirmar que mientras que la primera extingue la acción —y por ello es considerada una figura procesal—, y la segunda extingue el derecho; en el Derecho Administrativo sancionador lo que existe es una figura diferente que tiene la virtualidad de extinguir en simultáneo la acción y el derecho.

A esta figura la denominamos prescripción de la potestad sancionadora del Estado y se deriva del deber de la Administración Pública de ejercer sus funciones con estricto apego al principio de legalidad y debido procedimiento, los mismos que le imponen la obligación de respetar los plazos establecidos legalmente y establecen una consecuencia en favor del administrado, quien tiene, como parte del Derecho a una buena Administración Pública, el que los plazos sean respetados y que el ejercicio de la potestad sancionadora no esté sujeto a los tiempos ni humores de los funcionarios de turno, sino a un plazo pre determinado, claro y razonable.

No existe la figura de la caducidad de un supuesto derecho de la Administración Pública para ejercer su potestad sancionadora. En el procedimiento administrativo sancionador la única figura sustantiva que existe es la prescripción de la facultad de la administración para determinar la infracción de alguna obligación legal por parte de los administrados.

La caducidad es un término reservado en la Ley 27444 —LPAG— para el plazo máximo que puede durar un procedimiento sancionador iniciado de oficio. Es una figura distinta, de

carácter eminentemente procedimental y que atañe directamente a la duración máxima del procedimiento y deja intacta la posibilidad de volver a iniciarlo, en tanto la facultad de la administración para determinar la infracción no haya prescrito.

III. SUSPENSIÓN E INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Ambos conceptos son desarrollados extensamente desde el Derecho Civil. Sin embargo, en materia de Derecho Administrativo el alcance de estos términos merece una precisión.

Vale recordar que históricamente las normas del Derecho Civil y Procesal Civil fueron las aplicables cuando se trataba de problemas y relaciones de los ciudadanos con la administración pública y es recién a partir de 1967, con el Decreto Supremo N° 006-67-SC, cuando tímidamente se establece un primer esfuerzo por generar normas comunes a los procedimientos administrativos, posición que se reafirma en 1991 con el Decreto Legislativo 757 y luego en 1992 con el Decreto Ley 26122. Sin embargo, es recién con la Ley 27444 que el Derecho Administrativo en nuestro país reclama con claridad y de manera explícita, legislativamente hablando, un conjunto de principios, garantías, conceptos y un procedimiento propio, que lo caracterice e independice totalmente como una disciplina propia y autónoma dentro de nuestro sistema jurídico.

En este contexto, el legislador trató de establecer conceptos propios que resulten adecuados a la naturaleza propia del Derecho Administrativo, pero no cuidó de generar en todos los casos nombres distintos de los utilizados en el Derecho Civil.

Por ello, en el caso concreto del plazo de prescripción, en donde la única consecuencia posible del inicio del procedimiento administrativo sancionador es que el plazo prescriptorio se paralice durante el tiempo que dure éste, vale decir la “suspensión” en términos civiles, el texto original de la LPAG utilizó —con una marcada influencia de la legislación española— el tér-

mino “interrupción”¹ y pese a que le adjudicó expresamente las mismas consecuencias que el Derecho Civil le atribuye a la suspensión, no fueron pocos los problemas de interpretación que se generaron. A muchos no les quedaba claro si el plazo prescriptorio se interrumpía o se suspendía con el inicio del procedimiento sancionador respectivo, más aún si consideramos que el Código Penal contempla también ambas figuras² con consecuencias similares a las previstas en la legislación civil.

El problema era real y las consecuencias importantes para el administrado. Recordemos que, siempre desde la perspectiva civilista, la interrupción del plazo genera que éste regrese a cero y que vuelva a correr desde el inicio. En tanto que, con la suspensión, el plazo solo se paraliza y la cuenta vuelve a reanudarse una vez que se supera aquello que originó la paralización.

Este problema se solucionó definitivamente con la modificación efectuada en el año 2008 por el Decreto Legislativo 1029 que reemplazó la palabra “interrupción” por la de “suspensión”, eliminando así toda duda respecto al tratamiento que se debe dar al plazo de prescripción cuando se inicia un procedimiento administrativo sancionador.

Por ello es claro que hoy, en nuestra legislación, el plazo prescriptorio de la potestad sanciona-

dora de la Administración Pública no se interrumpe sino solamente se suspende. La LPAG es muy clara al establecer un solo supuesto de suspensión: el inicio del procedimiento con la notificación de cargos correspondiente. No existe otra causal.

Cabe advertir que no obstante la propia ley reconoce la validez de las actuaciones preliminares, la realización de éstas bajo ninguna circunstancia suspende el plazo prescriptorio. Únicamente con la notificación de cargos y el inicio formal del procedimiento es que podemos evidenciar la suspensión.

Cuando se notifican los cargos el plazo se suspende por toda la duración del procedimiento, salvo que éste se paralice, por causa no imputable al administrado, por más de veinticinco días —en cuyo caso el cómputo del plazo se reanuda—; o, en el caso de caducidad por el que el procedimiento desaparece y se tiene por inexistente, generándose una ficción procesal, con el efecto de considerar que el procedimiento nunca se inició y por lo tanto el plazo de prescripción nunca se suspendió.

IV. LA PRESCRIPCIÓN OPERA AUTOMÁTICAMENTE

Otro tema de debate al interior de estas disposiciones es respecto a si es necesario oponer la

-
1. Artículo 233.2 de la Ley N° 27444, en su versión original:
*“Artículo 233° Prescripción
 (...) 233.2 El plazo de prescripción solo se interrumpe con la iniciación del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo si el expediente se mantuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al administrado”*
 2. Artículos 83 y 84 del Código Penal aprobado por Decreto Legislativo N° 635:
*“Artículo 83.- Interrupción de la prescripción de la acción penal
 La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido.
 Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia.
 Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por la comisión de un nuevo delito doloso. Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.
 Artículo 84.- Suspensión de la prescripción de la acción
 Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido.”*

prescripción como un medio de defensa en un procedimiento administrativo. Consideramos que ello solo será necesario en caso la autoridad no se haya percatado del paso del tiempo e incorrectamente inicie un procedimiento administrativo sancionador.

La redacción de la norma nacional es muy clara: *“la facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales (...)”*. Vale decir, transcurrido el plazo, la autoridad pierde competencia y por lo tanto cualquier actuación en contrario sería violatoria del principio de legalidad que rige la actuación de la Administración Pública.

La confusión tiene su origen en el texto original de la LPAG, en el que, pese a establecer en la parte inicial de su primigenio artículo 233.1 exactamente lo mismo que el fraseo recogido en el párrafo precedente, dos párrafos después, en su artículo 233.3, indicaba que: *“Los administrados plantean la prescripción por vía de defensa (...)”*, mostrando que la herencia civilista, a la que nos referimos precedentemente, aún está presente.

No ha sido sino hasta la promulgación del Decreto Legislativo 1272, a finales del 2016, que se aclaró legislativamente que la autoridad administrativa debe declarar de oficio la prescripción, en caso se peca de ello.³ Aunque pese a ser meridianamente claro —y que por ello no debería ser necesario— teniendo en cuenta la idiosincrasia jurídica de nuestro país y los antecedentes de discusión y debates estériles, hu-

biese sido ideal que también aclare que no es necesario iniciarlo cuando se ha verificado que el plazo ha prescrito.

Por ello no se debería dar inicio a un procedimiento sancionador cuando el plazo de prescripción ha vencido. Pero, si se hiciese, el único acto administrativo válido que pueda ser emitido es el de declarar prescrita la facultad de determinar la existencia de infracción. Cualquier resolución en otro sentido contendría un acto administrativo incurso en la causal de nulidad establecida en el numeral 2) del artículo 10⁴ de la LPAG, vale decir la de faltarle un requisito de validez imprescindible y no conservable, como es el de ser emitido por un órgano competente.

Un tema relacionado estrechamente es el de la determinación del momento a partir del cual se debe contar el plazo de prescripción. La LPAG contempla tres momentos distintos:

- a) El caso de las infracciones instantáneas o infracciones instantáneas de efectos permanentes. Una infracción instantánea es aquella que se consume en un momento determinado —o determinable—. Éstas pueden ser instantáneas puras, como por ejemplo pasarse la luz roja de un semáforo; o instantáneas de efectos permanentes, como el ejemplo de los vecinos que “privatizan” la calle instalando rejas. En ambos casos el plazo prescriptorio comenzará a correr desde el día en que la infracción es cometida.
- b) El caso de las infracciones continuadas. Una infracción continuada es aquella que

3. Artículo 233.3 de la LPAG (hoy 252.3 en el TUO aprobado mediante Decreto Supremo N°004-2019-JUS)
“La autoridad declara de oficio la prescripción y da por concluido el procedimiento cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar la existencia de infracciones. Asimismo los administrados pueden plantear la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos. En caso se declare la prescripción, la autoridad podrá iniciar las acciones necesarias para determinar las causas y responsabilidades de la inacción administrativa, solo cuando se advierta que se hayan producido situaciones de negligencia.”

4. Artículo 10 de la LPAG
*“Son vicios de nulidad del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:
 (...)
 2) El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.”*

está compuesta por múltiples acciones que tienen en común estar afectando el mismo bien jurídico protegido y trasgrediendo la misma norma, como por ejemplo en las concertaciones en contra de la libre competencia, en que las conductas son múltiples y se extienden en el tiempo. En estos casos, la prescripción se comenzará a contar desde el momento en que se realiza la última conducta constitutiva de infracción.

- c) El caso de las infracciones permanentes. Son aquellas que se realizan continuamente en el tiempo. Hay un momento de inicio de la conducta infractora, pero ésta se mantiene, como por ejemplo en el caso de una empresa de transportes que opera sin el permiso de circulación correspondiente. A diferencia de las instantáneas de efectos permanentes, en este caso no es el efecto sino la propia conducta la que perdura. En este caso, el plazo prescriptorio comenzará a contarse desde el día en que cese la acción infractora.

V. LA REGLA GENERAL DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA LPAG

Uno de los temas que mayor debate jurídico ha generado es el de la regla existente con relación al plazo de prescripción. Así algunos han afirmado, de manera errada, sobre todo en el plano de la defensa profesional, que la LPAG establece un plazo general de prescripción de cuatro años.

Ello no es correcto desde que el texto expreso de la norma establece que: *“La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales (...). En caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años.”*

Como se puede apreciar, la regla es que la prescripción opere *“en el plazo que establezcan las leyes especiales”*. Vale decir, nuestro ordenamiento legal ha optado por atender a la especialidad de la infracción concreta, el plazo de prescrip-

ción, pudiendo ser distinto caso por caso. Sólo en caso las leyes especiales no hayan previsto nada concreto sobre el plazo prescriptorio, éste se fija, por defecto, en cuatro años.

Ello tiene mucho sentido si es que se tiene en cuenta la gran cantidad de infracciones de distinta naturaleza y efectos que se pueden cometer desde el ámbito administrativo, así como el tiempo razonable que le pueda tomar a la Administración el detectarlo. No es lo mismo investigar un caso complejo como las prácticas restrictivas de la libre competencia —que prescribe en cinco años—, que un caso sencillo de infracción a los derechos de propiedad intelectual —que prescribe en dos años—, por ejemplo.

Por ello, con sabiduría la ley no ha querido establecer un plazo fijo de prescripción, sino uno variable en función de la complejidad que demande la investigación de cada caso en particular.

Se ha afirmado que el plazo de cuatro años, que como hemos explicado es uno “por defecto”, sería en realidad una garantía mínima establecida en favor del administrado. Ello es incorrecto. Quienes sustentan esta posición se fundamentan en el artículo II del Título Preliminar y en el artículo 229 original, hoy 247 del TUO aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

El artículo II establece que: *“(..). Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley. (...);* en tanto que la versión actual del 229 establece que:

“(..). Las disposiciones establecidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, incluyendo los tributarios, los que deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 248, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador. Los procedimientos especiales no pue-

den imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este capítulo. (...)"

Son tres categorías jurídicas las involucradas en estos artículos: principios de la potestad sancionadora; garantías previstas para el procedimiento sancionador; y, condiciones menos favorables a los administrados que las establecidas en la ley —en general— y en el capítulo del procedimiento sancionador —en particular—.

De ellos, el único que aparece con claridad en el texto de la LPAG es el de los principios de la potestad sancionadora del Estado, contemplados y definidos como tales de manera expresa en el artículo 230 del texto original y hoy en el artículo 248 del TUO. Sin embargo, las "garantías" y las "condiciones" son dejadas a la interpretación.

En ese sentido se debe explorar si el plazo prescriptivo de cuatro años constituye una garantía o una condición mínima del administrado ante el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado.

Considero que se debe distinguir entre la prescripción, propiamente dicha, y el plazo establecido para que ésta opere. Así, mientras la prescripción en sí misma si constituye una garantía para el administrado, como una suerte de "seguro" contra la lentitud de la administración pública y una eventual "espada de Damocles" blandiendo permanentemente sobre su cabeza; el plazo sólo lo es en cuanto a la característica de que debe ser "razonable".

Cuando la norma establece la prescripción de la competencia de la Administración Pública para determinar una infracción, lo que está haciendo es establecer que en toda situación de ejercicio de la potestad sancionadora, ésta no se puede ejercer de manera indeterminada en el tiempo, sino que debe estar sujeta a un plazo prescriptivo. Tan evidente es esta garantía, que la misma norma establece que en caso no exista alguna norma especial que establezca la prescripción, el plazo por defecto será de 4 años.

De esta manera la LPAG se asegura que aún

en el caso que una ley especial que regule un procedimiento administrativo sancionador no haya previsto la existencia de un plazo de prescripción, éste siempre va a existir y va a ser determinado en cuatro años. Pero de ninguna manera está estableciendo que ese plazo, establecido por defecto, tenga que ser como máximo de esa cantidad de años.

Es por ello que afirmamos que la existencia de la prescripción de la potestad sancionadora del Estado constituye una garantía establecida en favor del ciudadano, por lo que no se podría, por ejemplo, aprobar una norma que contemple un procedimiento sancionador en el que se establezca la imprescriptibilidad de dicha potestad en algún caso concreto.

La extensión del plazo es un tema diferente. Aquí no estamos ante una garantía del administrado, sino del desarrollo del principio de razonabilidad aplicado a una garantía —la existencia misma de la prescripción—. Cada caso es diferente y no resulta razonable aplicar un plazo estándar para aquello que no lo es. La variedad de temas sujetos a la potestad sancionadora del Estado es tal que la LPAG con sabiduría decidió dejar a la legislación especial la tarea de definir los plazos adecuados para cada tema en particular. Uno, dos, tres o más años deberán ser definidos en función del tipo de infracción particular y su dificultad en descubrirlo y procesarlo. Y para dejarlo en claro, lo estableció con una redacción que deja poco espacio a la duda: *"la facultad de la Autoridad (...) prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales"*.

¿El plazo de prescripción de una ley especial puede ser superior a los cuatro años establecidos por defecto en la LPAG? Pues claro que sí. Nada impide establecer plazos superiores o inferiores a ese plazo que es de aplicación supletoria ante la falta de una definición específica en la legislación especial. No debemos confundir un plazo supletorio que sí constituye una garantía, pero no de plazo, sino de la existencia misma de un plazo de prescripción razonable en todo procedimiento administrativo, aún cuando ello no haya sido previsto expresamente por la legislación especial que lo regule.

Por otro lado, considero que el plazo por defecto de 4 años resulta excesivo y solo es explicable en querer justificar o apañar a una administración pública lenta e ineficiente, incapaz de manejar sus potestades en tiempo y forma oportuna. Hay que recordar que, en la defensa de intereses jurídicos mayores, la legislación penal ha establecido como plazo de prescripción para las faltas un año.⁵

La lentitud de la Administración Pública en perseguir las infracciones administrativas también se puede explicar en el afán persecutorio y sancionador que se ha puesto de moda en nuestra sociedad en la que se busca inventar infracciones por cualquier cosa y en donde las entidades del Sistema Nacional de Control, por ejemplo, confunden fácilmente errores administrativos con actos de corrupción.

La desesperada búsqueda por parte de una Administración desprestigiada, del favor de la opinión pública, ha generado incentivos muy fuertes para encontrar —o inventar— infracciones por doquier, de modo tal que a la par que se justifica el trabajo, se sacia la necesidad social de sentir que se está haciendo algo en contra de las conductas indebidas de los ciudadanos y funcionarios que no respetan la ley. Entonces, hay un exceso de trabajo en el ejercicio de la potestad sancionadora que la administración, con los recursos y personal que cuenta, no puede atender rápidamente.

Desde mi perspectiva se debería evaluar la razonabilidad de mantener un plazo tan extenso de prescripción por defecto de regulación específica. Considero que debiera optarse por un plazo flat de dos años o uno escalonado en función de la gravedad del bien jurídico protegido por la legislación particular.

Sin embargo, debe quedar bien claro que este es un plazo supletorio de la existencia de uno establecido en una ley especial.

VI. EN CONCLUSIÓN

- a) La existencia de un plazo de prescripción de la potestad sancionadora del Estado es una de las garantías del debido procedimiento establecida en favor del administrado. La extensión del plazo no lo es.
- b) Los plazos establecidos para el ejercicio de la facultad de la administración de determinar la existencia de infracciones no se interrumpen, solo se suspenden en caso la autoridad haya notificado la comunicación de cargos al investigado.
- c) El transcurso del plazo prescriptorio elimina la competencia de la autoridad administrativa para sancionar. Por ello es incorrecto iniciar un procedimiento administrativo sancionador cuando la prescripción ha operado. En caso no se percate de ello e indebidamente lo inicie, al notarlo de oficio o que el administrado plantee la prescripción en vía de defensa, deberá proceder a emitir un acto administrativo dando por concluido el procedimiento.
- d) El plazo para el ejercicio de la facultad de la administración para determinar la existencia de infracciones es, como regla general, aquel que sea establecido en una ley especial, atendiendo a las particularidades de la materia y la complejidad que ella pueda tener. Y sólo, en caso ello no haya sido contemplado en una ley especial, el plazo supletorio será de 4 años.

5. Artículo 440 del Código Penal aprobado por Decreto Legislativo 635

“Artículo 440.- Disposiciones comunes

Son aplicables a las faltas las disposiciones contenidas en el Libro Primero, con las modificaciones siguientes: (...)

5. La acción penal y la pena prescriben al año. En caso de reincidencia y habitualidad, prescriben a los dos años. Las faltas previstas en los artículos 441 y 444 prescriben a los tres años, salvo en los supuestos de reincidencia o habitualidad, en cuyo caso es de aplicación el artículo 80.”

Balance y perspectivas de la interpretación normativa del Ministerio de Economía y Finanzas en el marco de su rol rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada

MILAGROS MARAVÍ SUMAR^(*)

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Administración Pública por el Instituto Ortega y Gasset, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Evaluación de las interpretaciones del MEF.
- III. ¿Ha sido conveniente la emisión de estas opiniones que no correspondían?
- IV. Opiniones técnicas vinculantes de la DGPIIP sobre el Decreto Legislativo 1362 y su Reglamento.
 1. Naturaleza del cofinanciamiento.
 2. Pertinencia de las opiniones previas a que se refiere el Decreto Legislativo 1362.
 3. Proceso de modificación contractual y criterios para su procedencia.
 4. Naturaleza de las inversiones adicionales en un contrato de APP.
 5. Criterio para calificar a una entidad pública como titular de un proyecto de APP.
 6. Cesión de posición contractual en un contrato de concesión.
 7. Naturaleza y trato normativo de la cláusula anticorrupción.
 8. Modificaciones a la Iniciativa Privada y al cómputo de plazos previos a la opinión de relevancia.
 9. Las funciones de Proinversión ante el encargo del Proceso de Promoción de un proyecto aún no incorporado en el Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público Privadas.
 10. Los alcances del informe previo de la Contraloría General de la República en las fases de estructuración y transacción de un contrato de APP.
- V. Conclusiones.



(*) Expreso mi reconocimiento por la invaluable colaboración en esta investigación a los practicantes del Área de Derecho Administrativo del Estudio Rubio, Leguía, Normand: Braylyn Paredes —Pontificia Universidad Católica del Perú—, Nahomi More —Universidad Nacional Mayor de San Marcos— y Roy Aguilera —Universidad de Piura—.

RESUMEN:

En el presente trabajo se realiza un análisis, desde una perspectiva crítica y práctica, de la interpretación normativa realizada por el Ministerio de Economía y Finanzas en virtud de su rol rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada en relación a la normativa actual de Asociaciones Público Privadas. De ello, se determinó que dichas interpretaciones normativas no resultan ser oportunas dada la centralización de decisiones en el ente rector; pues debe primar la autonomía de las entidades al emitir decisiones de gestión respecto de los proyectos de su competencia.

Palabras clave: Asociaciones Público-Privadas, Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, interpretación normativa, opiniones vinculantes, principio de colaboración entre entidades.

ABSTRACT:

This article develops an analysis from a critical and practical perspective, of the normative interpretation that the peruvian Ministry of Economy has regarding its governing role in the National System for the Promotion of Private Investment in relation to the current legislation for public-private partnerships. From the analysis it was determined that said normative interpretations are inadequate due to the centralization of decisions in the governing entity, since the autonomy of entities should prevail when undertaking management decisions on projects of their jurisdiction.

Keywords: Public-Private Partnerships, National System for the Promotion of Private Investment, normative interpretation, binding opinions, principle of collaboration among entities.

I. INTRODUCCIÓN

Con el Decreto Legislativo 1224¹, se creó el Sistema Nacional de Promoción de la inversión Privada —SNPIP, de carácter funcional, cuyo ente rector es el Ministerio de Economía y Finanzas —MEF, a través de la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada —DGPIIP. La vigente normativa de Asociaciones Público Privadas —APP, a través del Decreto Legislativo 1362 —en adelante, “DL 1362”² o “Ley de APP”— mantiene esta misma configuración.

Como ya expresamos en un artículo sobre el rol rector del MEF en el 2018³ una de las funciones que asume el MEF como rector es la de “emitir

opinión exclusiva y excluyente con carácter vinculante sobre el alcance de las normas del SNPIP de su competencia”. Así, el artículo 5.4, numeral 2 del DL 1362 expresa que la DGPIIP es competente para emitir opinión vinculante, exclusiva y excluyente, en el ámbito administrativo, sobre la interpretación y la aplicación de las normas del SNPIP. El Reglamento del DL 1362 precisa que estas opiniones son publicadas en el portal institucional del MEF —artículo 9.1.4—.

La Resolución Directoral N° 001-2016-EF/68.01⁴ aprueba los Criterios Generales para la atención de Consultas Técnico Normativas en materia de APP y Proyectos en Activos. En dicha norma, el MEF ha precisado que las consultas que se for-

1. Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, publicado el 25 de setiembre de 2015, en el Diario Oficial El Peruano.
2. Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, publicado el 23 de julio de 2018, en el Diario Oficial El Peruano.
3. Milagros Maraví Sumar. “El Rol Rector del Ministerio de Economía y Finanzas en las APPs”, en *El Derecho Administrativo como instrumento al Servicio del Ciudadano, Memorias del Octavo Congreso de Derecho Administrativo*, (Lima: Palestra, 2018): 247-268.
4. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17 de marzo de 2016.

mulen, deben cumplir los siguientes criterios generales:

- a) Estar vinculadas a determinar el alcance e interpretación de las normas del SNPIP en materia de APP y Proyectos en Activos —PA.
- b) Deben referirse a asuntos generales sin hacer referencia a asuntos, casos, proyectos o contratos específicos.
- c) Toda consulta debe adjuntar los respectivos informes técnico y legal, de las áreas competentes en los que se indique la duda interpretativa o alcance respecto de un determinado dispositivo legal del SNPIP en materia de APP y PA respecto de la cual se solicita absolver la consulta técnico normativa, precisando claramente la posición del área consultante y su sustento respectivo.

Si bien el último punto podría indicar que las consultas solo pueden ser formuladas por personas jurídicas o entidades públicas, no existe limitación alguna respecto de la legitimación para consulta, que es amplia e incluye a cualquier persona natural o jurídica o entidad pública. Adicionalmente, se estableció que el plazo de atención para dichas consultas es de treinta —30— días hábiles.

A la fecha de nuestro artículo del 2018 sobre la materia, el MEF había emitido más de treinta —30— respuestas a consultas técnico normativas y, como concluíamos,

“El efecto de la creación del SNPIP ha sido poner de rector a una entidad que también participa al menos en tres fases del proceso de promoción de la inversión privada emitiendo opinión previa vinculante y, por eso, las demás entidades integrantes del SNPIP han optado por consultarle a la DGPPIP, a través de la emisión de opiniones vinculantes, aspectos que en su mayoría son de interpretación para adop-

tar decisiones de gestión en el marco de procesos de promoción de la inversión privada.”⁵

Lo anterior se presenta sin perjuicio de que la Resolución Directoral N° 001-2016-EF/68.01 ha precisado que *“2.3 Las opiniones que se emitan en el marco de la presente Resolución Directoral no determinan responsabilidades ni pueden considerarse como Opinión Previa (...)”*.

Han pasado dos años desde esa publicación y es conveniente evaluar, por un lado, si esta tendencia advertida ha continuado y, por el otro, cuál ha sido el impacto en el SNPIP debido a su ejercicio.

II. EVALUACIÓN DE LAS INTERPRETACIONES DEL MEF

De esa manera, desde el 18 de enero de 2017 y hasta el 16 de junio de 2020, se han emitido las siguientes respuestas a solicitudes de interpretación vinculante:

Cuadro N° 1

Respuestas a solicitudes de interpretación vinculante

Año	Número de opiniones vinculantes
2017	47
2018	15
2019	25
2020	11
Total	98

En nuestro texto del 2018, señalábamos que el MEF emite, a través de la DGPPIP, opinión técnica vinculante en etapas decisivas del proceso de promoción de la inversión privada y así asegura la legalidad de las APP, sin requerirse de su participación como rector a través de la misma DGPPIP.⁶

5. Maraví, “El Rol Rectos del Ministerio...” 247-268.

6. *Ibid.*

Asimismo, en ese texto comentábamos algunas de las opiniones vinculantes controversiales emitidas por el MEF referidas a la opinión previa de la Contraloría General de la República y respecto del procedimiento de modificación contractual.⁷

En este trabajo nos referiremos y analizaremos los oficios que responden a consultas técnico normativas respecto del DL 1362 y su Reglamento. De las 98 antes aludidas, solo 34 son respuestas a solicitudes de interpretaciones vinculantes de esta norma y las demás se refieren a la normativa previamente vigente.

De esas 34, 30 hacen referencia a artículos puntuales del Texto Único Ordenado del DL 1362 o su Reglamento para ser objeto de “precisión” “aclaración” o “definición”, tal y como se señala en el Anexo 1 del presente trabajo.

Sin embargo, no podemos considerar que todas esas 30 opiniones que hacen referencia a artículos de la Ley, o del Reglamento de la Ley de APP, constituyen opinión técnica vinculante.

Solo 15 emiten opinión técnica vinculante, ya que otras 15 se emiten, aunque no correspondan, en función del “principio de colaboración entre entidades”, sustentadas en el “principio de adecuado servicio al ciudadano” y en consideración al “principio de predictibilidad”.

En ninguno de estos últimos supuestos la interpretación realizada por el MEF es vinculante ni se emite en el marco de su competencia. Sin embargo, esas opiniones no vinculantes son usualmente seguidas por las entidades públicas en la medida que la DGPPIP emite opinión previa en al menos tres fases de las APP y seguirá tal criterio al evaluar los proyectos, sin mencionar el cuestionamiento que podrían enfrentar ante una interpretación divergente al rector por parte del sistema nacional de control.

En efecto, existen casos como, por ejemplo, el del Oficio N° 063-2020 EF/68.02 —y su informe

adjunto N° 069-2020-EF/68.02— que contienen una interpretación del artículo 4, referido a los principios de: “Valor por Dinero” —artículo 4.2.1.— y “Adecuada distribución de riesgos” —artículo 4.2.2.— y, a los artículos 37 y 11 del Reglamento de la Ley de APP que aluden a la “Fuerza Mayor” y el “equilibrio económico financiero”. Sin embargo, en las conclusiones del Informe que acompaña al Oficio, se afirma que “3.1. La presente consulta normativa no cumple con los criterios establecidos en la normativa para que la DGPPIP emita opinión en su calidad de Ente Rector”. Ello quiere decir que el ente rector del SNPIP en este supuesto emitió opinión no vinculante, lo cual no está previsto en el marco de su competencia.

Sin embargo, como era previsible, esta opinión fue en su momento usada por la entidad consultante como respaldo para responder las solicitudes de suspensión de plazos por fuerza mayor.

En efecto, mediante Oficio N° 063-2020-EF/68.02 e Informe N° 069-2020-EF/68.02 la DGPPIP ha precisado que:

“2.13. (...) el riesgo de fuerza mayor se materializa ante:

- *La ocurrencia de un evento inesperado.*
- *Fuera de control de las partes.*
- *Que impida la ejecución de la obligación, de acuerdo a lo establecido en el Contrato de APP.*
- *Según el Código Civil, además de cumplir las condiciones de extraordinario, imprevisible e irresistible, debe existir un nexo causal entre el evento adverso y la imposibilidad de cumplir una o más obligaciones.*

2.14. Por su parte, el riesgo regulatorio o normativo se configura cuando ocurre un tipo de cambio normativo que impacta de manera significativa en el nivel de ingresos o costos del proyecto. El origen de ambos riesgos se encuentra pues en eventos distintos, a los que

7. *Ibid.*

se le aplican mecanismos distintos de mitigación, por lo que los efectos de ocurrencia de uno no podrán ser equiparables a la del otro.”

A contrapelo de esta opinión, tal y como la misma DGPPIP ha reconocido en la Resolución Directoral N° 003-2020-EF/68.01 que aprueba los Lineamientos para la respuesta del Estado frente a los potenciales impactos generados por la pandemia del COVID-19 en proyectos de Asociación Público Privada, son causales de fuerza mayor tanto la pandemia de la COVID-19 como las medidas que se dictaron para enfrentarla que implicaron diversas medidas de restricción tales como el cierre de fronteras, el aislamiento social obligatorio y el cumplimiento de protocolos de limpieza, desinfección y distanciamiento social.

Como señala Shoschana Zusman:

“(x) Lo lógico y normal es que, ante un evento general de fuerza mayor -un terremoto o una pandemia- el Estado expida algún tipo de regulación, decisión u orden gubernamental (estado de emergencia, toque de queda, aforo, cierre temporal de negocios, etc.). No es posible, en términos reales, que el Estado permanezca impasible ante tales acontecimientos. Siempre se emitirá normativa u órdenes gubernamentales en relación al evento de fuerza mayor, que normalmente es un acontecimiento general. Si se interpretara, entonces, que si se ha emitido una norma u orden gubernamental, deja de ser de aplicación el concepto de fuerza mayor, éste perdería prácticamente su contenido porque -ya lo hemos dicho- siempre se expedirán normas, órdenes o decisiones de la autoridad que la abordará. Según esta tesis, entonces, se impedirá en todos los casos, aplicar las normas y lineamientos sobre si fueran un concepto de

fuerza mayor. Con lo cual la excluyen de su carácter de vínculo causal.

(xi) En otras palabras, la emisión de normas, decisiones gubernamentales u otras, siempre existirá y siempre será posterior al evento de fuerza mayor o, al menos, simultáneo, al incumplimiento. Por eso es que decíamos en el literal anterior que, si se asume de manera literalista que, únicamente las normas emitidas en ocasión del COVID-19, constituyen el vínculo causal entre el hecho y el resultado, jamás podría invocarse la fuerza mayor.

(...)

(xiii) La separación de dos eventos estrechamente unidos, como son la pandemia y la normativa expedida al respecto, es artificial. De no haberse producido la pandemia, la normativa no se habría expedido. Separarlos implicaría también, admitir que, si una persona se contagia, no es por la pandemia, sino por el agente que se lo transmitió.”⁸

En base a ello, entonces, serán causales de fuerza mayor y, de ser el caso, de equilibrio económico financiero.

Como explicamos en el texto “Covid 19 y la Fuerza Mayor”⁹; la interpretación de este oficio y su informe era errada porque consideraba las normas dictadas por el Estado peruano en el contexto de la COVID-19, cuando es una causal de fuerza mayor indesligable de las normas dictadas a propósito de él.

¿Cuál es la razón aludida por la DGPPIP para emitir opinión aun cuando no corresponde? El punto 2.8 del Informe N° 069-2020-EF/68.02 hace referencia al principio de colaboración entre entidades regulado en los artículos 87 a 90

8. Shoschana Zusman, “Informe que tuvo por objeto determinar si, en el contexto de la pandemia creada por el COVID 19, la causa del incumplimiento por parte de los concesionarios titulares de Contratos de Concesión de Asociaciones Público Privadas y de la suspensión de sus obligaciones, es la propia pandemia, la normativa que se expidió con ocasión de ésta, o ambas a la vez” (2020).
9. Milagros Maraví Sumar, “Covid 19 y la Fuerza Mayor”, *Boletín AFIN* 256, (2020): 14-15.

del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁰; el cual justificaría afirmar que *“(...) es posible realizar algunas precisiones de carácter general sobre el marco normativo vigente”*.

El ejemplo citado del Oficio N° 063-2020 EF/68.02 y su Informe adjunto N° 069-2020-EF/68.02 es un claro reflejo de los efectos no-

civos de una opinión del rector que son tomadas como sustento posterior en trámites en los que ni debe ni tiene participación la DGPPIP ni como rector ni como emisor de opinión previa, como es las solicitudes de suspensión de plazos por caso fortuito o fuerza mayor.

Un supuesto similar se presenta en el Oficio N° 022-2020 e Informe N° 031-2020; que, en su

10. *“Artículo 87.- Colaboración entre entidades*

87.1 *Las relaciones entre las entidades se rigen por el criterio de colaboración, sin que ello importe renuncia a la competencia propia señalada por ley.*

87.2 *En atención al criterio de colaboración las entidades deben:*

87.2.1 *Respetar el ejercicio de competencia de otras entidades, sin cuestionamientos fuera de los niveles institucionales.*

87.2.2 *Proporcionar directamente los datos e información que posean, sea cual fuere su naturaleza jurídica o posición institucional, a través de cualquier medio, sin más limitación que la establecida por la Constitución o la ley, para lo cual se propenderá a la interconexión de equipos de procesamiento electrónico de información, u otros medios similares.*

87.2.3 *Prestar en el ámbito propio la cooperación y asistencia activa que otras entidades puedan necesitar para el cumplimiento de sus propias funciones, salvo que les ocasione gastos elevados o ponga en peligro el cumplimiento de sus propias funciones.*

87.2.4 *Facilitar a las entidades los medios de prueba que se encuentren en su poder, cuando les sean solicitados para el mejor cumplimiento de sus deberes, salvo disposición legal en contrario.*

87.2.5 *Brindar una respuesta de manera gratuita y oportuna a las solicitudes de información formuladas por otra entidad pública en ejercicio de sus funciones.*

87.3 *En los procedimientos sujetos a silencio administrativo positivo el plazo para resolver quedará suspendido cuando una entidad requiera la colaboración de otra para que le proporcione la información prevista en los numerales 87.2.3 y 87.2.4, siempre que ésta sea indispensable para la resolución del procedimiento administrativo. El plazo de suspensión no podrá exceder el plazo dispuesto en el numeral 3 del artículo 143.*

87.4 *Cuando una entidad solicite la colaboración de otra entidad deberá notificar al administrado dentro de los 3 días siguientes de requerida la información.”*

“Artículo 88.- Medios de colaboración interinstitucional

88.1 *Las entidades están facultadas para dar estabilidad a la colaboración interinstitucional mediante conferencias entre entidades vinculadas, convenios de colaboración u otros medios legalmente admisibles.*

88.2 *Las conferencias entre entidades vinculadas permiten a aquellas entidades que correspondan a una misma problemática administrativa, reunirse para intercambiar mecanismos de solución, propiciar la colaboración institucional en aspectos comunes específicos y constituir instancias de cooperación bilateral. Los acuerdos serán formalizados cuando ello lo amerite, mediante acuerdos suscritos por los representantes autorizados.*

88.3. *Por los convenios de colaboración, las entidades a través de sus representantes autorizados, celebran dentro de la ley acuerdos en el ámbito de su respectiva competencia, de naturaleza obligatoria para las partes y con cláusula expresa de libre adhesión y separación.*

88.4 *Las entidades pueden celebrar convenios con las instituciones del sector privado, siempre que con ello se logre el cumplimiento de su finalidad y no se vulnere normas de orden público.”*

“Artículo 89.- Ejecución de la colaboración entre autoridades

89.1 *La procedencia de la colaboración solicitada es regulada conforme a las normas propias de la autoridad solicitante, pero su cumplimiento es regido por las normas propias de la autoridad solicitada.*

89.2 *La autoridad solicitante de la colaboración responde exclusivamente por la legalidad de lo solicitado y por el empleo de sus resultados. La autoridad solicitada responde de la ejecución de la colaboración efectuada.”*

“Artículo 90.- Costas de la colaboración

90.1 *La solicitud de colaboración no genera el pago de tasas, derechos administrativos o de cualquier otro concepto que implique pago alguno, entre entidades de la administración pública*

90.2 *A petición de la autoridad solicitada, la autoridad solicitante de otra entidad tendrá que pagar a ésta los gastos efectivos realizados cuando las acciones se encuentren fuera del ámbito de actividad ordinaria de la entidad.”*

punto 2.8 señala que “(...) no corresponde que las mencionadas referencias sean objeto de una interpretación técnica normativa por parte de la DGPPIP, en el marco de lo dispuesto en el numeral 2 del párrafo 5.4 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1362 (...)”. Sin perjuicio de que concluye en el numeral 3.1 reiterando que no corresponde que se emita opinión vinculante, en función del principio de colaboración —numeral 2.9— se expone en responder la consulta para precisar que “entre las otras modalidades permitidas por la ley para el desarrollo de PA, se encuentra la servidumbre, regulada en los artículos 1035 y siguientes del Código Civil, incluyendo la servidumbre legal de paso”.

Dicha respuesta determinó a su vez la respuesta de la entidad consultante en el sentido definido por la DGPPIP, aun cuando la figura de PA no es la única ni la más eficiente para establecer servidumbres de paso. Así lo ha precisado la misma DGPPIP ante una consulta sobre el mismo caso efectuada con posterioridad que define que entre las figuras a las que puede recurrirse para PA previstas en el artículo 49.2, numeral 2, está la servidumbre legal de paso regulada en los artículos 1035 y siguientes del Código Civil y que “(...) es la entidad pública titular del proyecto la única responsable de sustentar y validar que un proyecto pueda ser desarrollado bajo la modalidad de PA, sobre la base de la normativa específica, lo que incluye la facultad de disponer de sus activos” —Informe N° 031-2020-EF/68.02. numeral 2.9, *in fine*—.

Esto debe entenderse como que no excluye otras vías legales de establecimiento de servidumbre legal prevista en el marco normativo peruano.

Existe asimismo otro supuesto de respuestas a solicitudes de emisión de opinión vinculante en las que se ha definido que se emiten en virtud del mismo principio de colaboración. Por ejemplo, el Oficio N° 061-2020 y su Informe N° 066-2020 que expresamente señala en su punto 2.1 que “Por lo tanto, no corresponde que las mencionadas referencias sean objeto de una interpretación técnica normativa por parte de la DGPPIP, en el marco de lo dispuesto en el numeral 2 del

párrafo 5.4. del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1362.” A renglón seguido, en el punto 2.12 se dispone que “Sin perjuicio de lo antes mencionado, y en razón del principio de colaboración entre entidades, se procede a brindar las siguientes precisiones de carácter general respecto de las materias consultadas”, procediendo acto seguido a definir y diferenciar, con ejemplos incluidos, los supuestos de “ejecución contractual” de aquellos de “modificación contractual”.

Es el caso asimismo del Oficio N° 019-2019 —e Informe N° 190-2019— en los que en el punto 2.5 señala que la solicitud no cumple los requisitos para ser atendida, pero, en virtud del principio de colaboración —apartado 2.6— “(...) procederá a atender la consulta técnica en cuestión (...)”.

Mención aparte merece un caso de interpretación “de oficio” —Oficio N° 004-2020 y su Informe N° 024-2020— ante una comunicación de la Contraloría General de la República que cuestiona un Oficio de interpretación previo —N° 363-2019— del MEF. En este Oficio —N° 004-2020— se realiza “de oficio” la interpretación del concepto de cofinanciamiento para precisar que:

“26. Si se pretendiera calificar como “cofinanciamiento” a aquellos pagos a favor de terceros que no tienen parte en la relación jurídica contractual, se estaría extendiendo indebidamente el concepto de cofinanciamiento, toda vez que dicho concepto requiere que se trate de pagos realizados a la contraparte del Estado en un contrato de APP, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 del DLEG 1362.

27. Tal podría ser el caso del pago que realiza directamente la entidad pública titular del proyecto a favor de la supervisión en un contrato autofinanciado, sin que medie participación del inversionista. En este caso, dicho pago no podrá ser considerado cofinanciamiento.”

Las razones por las que no proceden las interpretaciones vinculantes solicitadas están principalmente ligadas a que en ellas se alude a un caso concreto. Por ejemplo, es el caso del Oficio

N° 061-2020-EF/68.02 —Informe N° 066-2020-EF/68.02—:

“2.10. En tal sentido, se advierte que la consulta formulada por ESSALUD se encuentra vinculada a un caso concreto, que real o hipotético, contienen referencias a proyectos y contratos específicos.

2.11. Por lo tanto, no corresponde que las mencionadas referencias sean objeto de una interpretación técnica normativa por parte de la DGPPIP, en el marco de lo dispuesto en el numeral 2 del párrafo 5.4 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1362.”

Eso implica que esas consultas, la mayoría de las efectuadas y respondidas por el MEF, se tratan de entidades públicas que ante casos concretos efectúan consultas al MEF para adoptar decisiones de gestión que, según el tenor de las mismas, *“2.17. (...) las entidades públicas son las responsables de gestionar y administrar los contratos de APP bajo su titularidad (...)”*.

III. ¿HA SIDO CONVENIENTE LA EMISIÓN DE ESTAS OPINIONES QUE NO CORRESPONDÍAN?

Desde nuestro punto de vista, en proyectos en curso, en los cuales la DGPPIP emitiría opinión en una etapa del mismo, no debería pronunciarse. Por ejemplo, en lo referido a una posible celebración de adendas.

Tampoco cuando se trata de decisiones de gestión que deben ser adoptadas por cada entidad. Creemos que no es oportuno que el MEF emita opinión en dichos casos pues dilata las decisiones y las centraliza en los hechos en el rector. Es conveniente la autonomía de las entidades al emitir decisiones respecto de los proyectos de su competencia. En todo caso, la DGPPIP debería haber rechazado de plano las consultas referidas a casos específicos o encauzado la consulta e interpretar alguna norma en particular del DL 1362 o su Reglamento.

Además, como hemos mencionado, esas opiniones son tomadas por el sistema nacional de

control como parámetro de evaluación de las entidades.

IV. OPINIONES TÉCNICAS VINCULANTES DE LA DGPPIP SOBRE EL DECRETO LEGISLATIVO 1362 Y SU REGLAMENTO

Las opiniones técnicas vinculantes emitidas dentro del marco de su competencia por la DGPPIP y que deben ser seguidas obligatoriamente por todos los actores de las APP en todas sus etapas, son las siguientes:

- (a) Naturaleza del cofinanciamiento —Oficios N° 048-2018-EF/68.02 y 004-2020-EF/68.02—.
- (b) Pertinencia de las opiniones previas a que se refiere el Decreto Legislativo 1362 —Oficio N° 004-2019-EF/68.02—.
- (c) Procedimiento de modificación contractual y criterios para su procedencia —Oficios N° 005-2019-EF/68.02, 012-2019-EF/68.02, 016-2019-EF/68.02, 006-2019-EF-68.02 y 021-2020-EF/68.02).
- (d) Naturaleza de las inversiones adicionales —Oficio N° 041-2019-EF/68.02—.
- (e) Criterio para calificar a las entidades públicas como titular de un proyecto de Asociación Público Privada —Oficio N° 015-2019-EF/68.02—.
- (f) Cesión de posición contractual en contratos de concesión —Oficio N° 117-2019-EF/68.02—.
- (g) Naturaleza y trato normativo de la cláusula anticorrupción —Oficio N° 010-2019-EF/68.02—.
- (h) Modificaciones a la Iniciativa Privada y al cómputo de plazos previos a la opinión de relevancia —Oficio N° 022-2019-EF/68.02—.
- (i) Las funciones de Proinversión ante el encargo del Proceso de Promoción de un

proyecto aún no incorporado en el Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público Privadas —Oficio N° 025-2019-EF/68.02—.

- (j) Los alcances del informe previo de la Contraloría General de la República en las fases de estructuración y transacción de un contrato de APP —Oficio N° 034-2019-EF/68.02—.

1. Naturaleza del cofinanciamiento.

Opiniones vinculantes: Oficios N° 048-2018-EF/68.02 y 004-2020-EF/68.02.¹¹

De acuerdo con el artículo 22 del Decreto Legislativo 1362, las APP se dividen en dos grupos: autofinanciadas y cofinanciadas.

Se considera que una APP es cofinanciada cuando estas requieren otorgamiento o contratación de garantías financieras o no financieras que tienen gran probabilidad de requerir cofinanciamiento por parte del Estado.

Este tipo de APP no tiene capacidad propia de generación de ingresos, por lo que los pagos son realizados utilizando fondos públicos, total o parcialmente, a cargo de la entidad titular del proyecto para cubrir las obligaciones establecidas en el contrato de APP.

El artículo 55 del Reglamento dispone que no constituye cofinanciamiento: la cesión en uso o usufructo de cualquier infraestructura o inmueble preexistente, los gastos derivados de las adquisiciones y expropiaciones de inmuebles para la ejecución de infraestructura pública o reubicaciones ni los pagos de peajes, tarifas, precios cobrados directamente a los usuarios o indirectamente a través de empresas para su posterior entrega al inversionista en el marco del contrato de APP.

A propósito del Oficio N° 049-2019-EF/68.02, en el que se expresaba de manera no vinculante, entre otros temas, que la contratación de un supervisor responde al cumplimiento de disposiciones normativas aplicables a todos los contratos de APP, por lo que la contratación y correspondiente pago de supervisión en este tipo de contratos no constituye cofinanciamiento, se emitió en el año 2020 por medio del Oficio N° 004-2020-EF/68.02 una opinión, esta vez vinculante, en la que el MEF señala lo siguiente:

“Calificar como “cofinanciamiento” los pagos realizados a favor de terceros que no tienen la calidad de parte, como lo es el pago de la entidad a favor de la supervisión en un contrato autofinanciado, supondría extender indebidamente dicho concepto. Esta última opinión no supone la creación de un nuevo supuesto de exclusión del concepto de cofinanciamiento, puesto que dicho pago no se encuentra enmarcado dentro de la regla general de dicho concepto.”

El MEF ha señalado en las Opiniones que, si durante la etapa de ejecución contractual en contratos de largo plazo se hace necesario actualizar o implementar nuevos acuerdos que involucren pagos por parte de la entidad pública titular del proyecto, evidenciado en la realización de inversiones adicionales, estas inversiones incluidas en el contrato mediante un procedimiento de modificación contractual constituyen “cofinanciamiento”, sin que ello implique modificar la calificación de un proyecto originalmente autofinanciado.

Esto sin duda está operando en aquellas APP cuyo origen ha sido autofinanciado, como es el caso de las IP de EsSalud o municipales, en las que las inversiones adicionales están consideradas como cofinanciadas, ya que a criterio del MEF siempre lo fueron.¹²

11. Estas Opiniones serían vinculantes porque el MEF, al emitir las, menciona su atribución de emitir opinión vinculante y excluyente, prevista en el numeral 4 del inciso 9.1 del artículo 9 del Decreto Legislativo 1362.

12. Ello se encuentra señalado en el Oficio N° 030-2019-EF-68.02 e Informe adjunto N° 271-2019-EF/68.02.

2. Pertinencia de las opiniones previas a que se refiere el Decreto Legislativo 1362.

Opinión vinculante: Oficio N° 004-2019-EF/68.02.

El artículo 8 del Decreto Legislativo 1362 dispone que el Organismo Promotor de la Inversión Privada —OPIP es el encargado de la estructuración del proyecto de APP, y de diseñar, conducir y concluir el proceso de promoción y diseño de la Versión Inicial —VFI y Final —VFC del Contrato de APP, en las etapas de estructuración y transacción, respectivamente.

El artículo 50 del Reglamento establece que la OPIP deberá emitir la versión de cada contrato, el Informe de Evaluación Integrado —IEI, y el modelo económico financiero. En esta misma línea, el artículo 44 del Decreto, concordado con el artículo 55 de su Reglamento, establecen que se requiere obtener lo siguiente:

- a) La opinión favorable de la entidad pública titular del proyecto en el marco de sus competencias.
- b) La opinión no vinculante del organismo regulador, en el marco de sus competencias.
- c) La opinión favorable del MEF.
- d) El informe previo no vinculante de la Contraloría General de la República.

De acuerdo con el artículo 55 del Reglamento, el OPIP debe solicitar la opinión previa sobre las respectivas versiones del contrato tanto del organismo regulador como de la entidad titular del proyecto, siendo la primera de carácter obligatorio no vinculante, y la segunda de carácter obligatorio y vinculante, por cuanto esta última implica la viabilidad y continuidad del proyecto. La obligatoriedad de ambos pronunciamientos está referida a que es imperativo que el OPIP los solicite, mientras que la vinculatoriedad se refiere al cumplimiento necesario de los informes emitidos por alguna de las entidades.

El MEF ha señalado:

“Estas Opiniones no se refieren al IEI, sino a las versiones del contrato. Por ello, es posible

formular modificaciones el IEI en atención a las opiniones formuladas por las entidades competentes, sin que resulte obligatorio por ello volver a solicitar las opiniones previas a la respectiva versión del contrato, si aquellas no contravienen el contenido de la misma.”

3. Proceso de modificación contractual y criterios para su procedencia.

Opiniones vinculantes: Oficios N° 005-2019-EF/68.02, 012-2019-EF/68.02, 016-2019-EF/68.02, 006-2019-EF-68.02, y 021-2020-EF/68.02 —existen además los Oficios N° 030-2019-EF/68.02 y 064-2020-EF/68.02, que, sin ser vinculantes, contienen un criterio de interpretación relevante sobre esta materia respecto a la entrada de un nuevo marco normativo sobre contratos de APP—.

Los artículos 134 al 138 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362 están referidos a los procedimientos de modificación contractual, reconociéndose tres momentos importantes:

- a) Evaluación conjunta: permite a la entidad pública titular del proyecto conocer las eventuales observaciones a la propuesta de adenda por parte de las entidades que emitirán opinión previa.
- b) Evaluación y sustento de la propuesta de modificación contractual.
- c) Solicitud de las opiniones previas a las siguientes entidades públicas: Proinversión, el organismo regulador, el MEF, y Contraloría General de la República; siendo la opinión del MEF la única vinculante en caso las modificaciones introduzcan cambios en materias de cofinanciamiento, garantías, equilibrio económico financiero del contrato de APP, contingencias fiscales del Estado, o parámetros económicos y financieros del contrato de APP. Por ser vinculante y obligatoria, no solo es necesario contar con la opinión del MEF, sino que esta debe ser favorable al proyecto de modificación.

Las circunstancias imprevistas que surgen en el marco de la fase de ejecución contractual pue-

den requerir que las condiciones inicialmente pactadas sean actualizadas, teniendo por ello: actos de ejecución contractual expresamente señalados en el texto del contrato, o circunstancias no reguladas en el texto contractual.

El primer supuesto señalado no se constituye como una modificación contractual, conforme a lo establecido por el Decreto en su artículo 55, puesto que los cambios ya se encuentran incluidos en el texto contractual inicial. En estos casos no se opta por la suscripción de una adenda, sino por la aplicación del mecanismo contractual predeterminado.

En caso se tratase del segundo supuesto, serán de aplicación los artículos 55 del Decreto y los artículos 134 al 138 de su Reglamento.

El MEF ha señalado que:

- a) Para aplicar la solución propuesta por el Amigable Componedor, se requiere modificar el Contrato de APP, siguiendo el procedimiento de los artículos 134 al 138 del Reglamento, sin existir excepciones al cumplimiento de estas disposiciones.¹³
- b) Las partes que no hubiesen pactado el uso del Amigable Componedor en el contrato de APP, deben hacer constar su acuerdo para tales efectos durante la etapa de Trato Directo. Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo al párrafo 56.2 del DL 1362, las partes de un contrato de APP pueden acudir al procedimiento del Amigable Componedor, incluso sin haberlo pactado en el contrato.
- c) Al igual que con el proyecto de solución de controversias por el Amigable Componedor, para dar cumplimiento a lo dispuesto por un laudo arbitral que obligue al Estado peruano efectuar pagos por trabajos adicionales, es necesario que se siga el procedimiento de modificación contractual

establecido anteriormente. En lo que concierne al caso de laudos arbitrales, se indica que la opinión que emitirá el MEF sobre el proyecto de adenda al contrato, estará referida a aquellos aspectos resueltos en el laudo arbitral que se encuentren dentro del margen de decisión de las partes del contrato, tales como el modo o cantidad específica a ser reconocidos por los trabajos adicionales.

- d) En caso se requieran modificaciones a un contrato como consecuencia del Trato Directo, incluso para solucionar controversias derivadas de la ejecución de un contrato de APP, éstas deberán ser incluidas mediante el procedimiento establecido en los artículos 134 al 138 del Reglamento del DL 1362.
- e) Los contratos de APP no verán modificada su ejecución, ni los términos inicialmente pactados, por la entrada en vigencia de un nuevo marco normativo.

A este respecto, debemos comentar que no nos parece conveniente que se pretenda que lo que se resuelve mediante los mecanismos de solución de controversias del contrato de APP tenga que pasar por el procedimiento de celebración de adendas ya que se trata de decisiones irrevisables. Sin duda, deberían incorporarse a los contratos, pero no seguir el procedimiento de celebración de adendas.

4. Naturaleza de las inversiones adicionales en un contrato de APP.

Opinión vinculante: Oficio N° 041-2019-EF/68.02.

Para que una inversión sea considerada adicional, es necesario que esta: i) no haya sido considerada en el proyecto original del contrato, ii) se encuentre de alguna manera vinculada al proyecto, iii) que su relevancia haya sido deter-

13. Esta Opinión tiene que ser aplicada en consonancia con los "Lineamientos para el Diseño de Contratos de Asociación Público Privada", aprobados mediante Resolución Directoral N° 001-2019-EF/68.01, que establecen que "no todo cambio en las condiciones del contrato debe materializarse mediante una modificación contractual" —esta anotación no es de autoría del MEF—.

minada dentro de la fase de ejecución del contrato, y iv) que no tenga finalidad de subsanar errores de cálculo, de diseño o constructivos.

No deben confundirse las inversiones adicionales con los compromisos contingentes, contenidos en el mismo texto del contrato y referidos a las posibles obligaciones de pago por parte del Estado a favor de su contraparte contractual en caso los riesgos propios del proyecto de APP llegasen a materializarse. No corresponde a la norma determinar este tipo de obligaciones, sino al mismo texto del contrato.

En opinión del MEF, la incorporación y ejecución de inversiones adicionales debe adecuarse al procedimiento regular de modificación contractual, procediendo las partes a la suscripción de una adenda, la evaluación conjunta y la solicitud de opiniones de las entidades competentes, conforme a lo dispuesto en los artículos 134 al 138 del Reglamento del DL 1362.

5. Criterio para calificar a una entidad pública como titular de un proyecto de APP.

Opinión vinculante: Oficio N° 015-2019-EF/68.02.

Para que una entidad pública asuma la titularidad de un proyecto bajo la modalidad de APP o PA, ésta requiere de una autorización expresa por parte de una norma con rango legal, conforme a lo establecido por el artículo 6 del Decreto Legislativo 1362. Para obtener esta autorización, la entidad pública debe tener facultad de administración y/o disposición de activos, no limitándose esta autorización a las entidades que conformen el Gobierno Nacional.

Bajo esta misma línea, el MEF ha señalado que en el actual marco normativo no existe la posibilidad de que haya dos entidades titulares de un mismo proyecto, por lo que corresponderá que las mismas entidades involucradas suscriban los acuerdos necesarios para la adecuada implementación del proyecto.

La normativa del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada dispone que los

OPIP se encarguen de diseñar, conducir y concluir el proceso de promoción de la inversión privada mediante las modalidades de APP y PA, dependiendo sus facultades del nivel de gobierno.

En el caso del Gobierno Nacional, el OPIP es Proinversión o los Ministerios, a través del Comité de Promoción de la Inversión Privada — CPIP, en función al reglamento. En el caso de Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, el OPIP es el CPIP, cuyo órgano máximo es el Consejo Regional o Consejo Municipal.

El MEF ha dispuesto lo siguiente:

“Los proyectos bajo modalidad de APP o PA, en caso la entidad cuente con habilitación legal para realizar el proceso de promoción, deberán sujetar su ejecución a las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1362 y su Reglamento, referentes a la determinación del Organismo Promotor de la Inversión Privada, los cuales incluyen la posibilidad de encargar a Proinversión la conducción del proceso de promoción.”

6. Cesión de posición contractual en un contrato de concesión.

Opinión vinculante: Oficio N° 117-2019-EF/68.02.

Conforme a lo establecido por el numeral 55.4 del artículo 55 del Decreto Legislativo 1362, las partes pueden convenir en la modificación del contrato de APP, manteniendo el equilibrio económico financiero, el valor por precio del contrato a favor del Estado, las condiciones de competencia del proceso de promoción, y procurando no afectar la asignación de riesgos, siguiendo además las reglas de evaluación y aprobación de las modificaciones contractuales conforme a la normativa del SNPIP.

El MEF ha señalado lo siguiente:

“La cesión de posición en un contrato de concesión sigue los lineamientos establecidos en los artículos 134 al 138 del Reglamento del

Decreto Legislativo 1362 referidos al procedimiento de modificación contractual, incluso cuando sea emitida una Ley que obligue al concedente a ceder su posición a favor de otra entidad del Estado.”

7. Naturaleza y trato normativo de la cláusula anticorrupción.

Opinión vinculante: Oficio N° 010-2019-EF-68.02.

El párrafo 39.1 del artículo 39 del Reglamento del DL 1362 dispone que todos los contratos de APP a ser suscritos por el Estado deben incluir una cláusula anticorrupción, bajo causal de nulidad. En este sentido, cuando ocurra la terminación del contrato por culpa imputable al inversionista derivado de la aplicación de la cláusula anticorrupción, no procede una indemnización por parte del Estado.

El MEF ha establecido que, si bien la inclusión de la cláusula anticorrupción se constituye como un requisito de validez al momento de suscripción del contrato, su no incorporación en el caso de modificaciones al contrato no tiene la misma calidad, y por ello no está sancionada con nulidad.

8. Modificaciones a la Iniciativa Privada y al cómputo de plazos previos a la opinión de relevancia.

Opinión vinculante: Oficio N° 022-2019-EF/68.02.

El artículo 79 del Reglamento del DL 1362 dispone que la opinión de relevancia de la Iniciativa Privada es emitida por el titular del Ministerio, por acuerdo del Consejo Regional, acuerdo del Concejo Municipal o por el titular de las entidades públicas habilitadas mediante ley expresa —EPTP, y tienen carácter vinculante para el OPIP respecto a la continuación de su trámite.

El artículo 83 del mismo Reglamento establece que el OPIP puede proponer modificaciones que se consideren convenientes y/o necesarias en el contenido y diseño de la Iniciativa Privada

—IP, en cualquier fase, sea a pedido de la EPTP o por iniciativa propia, contando previamente con la opinión de la EPTP.

En consecuencia, en opinión del MEF:

- a) Es posible que, durante el plazo establecido para la emisión de la opinión de relevancia, se soliciten modificaciones a la Iniciativa Privada presentada.
- b) La suspensión del cómputo de plazo para la emisión de opinión de relevancia a la que está referida el numeral 79.4 del Reglamento también resulta aplicable para los supuestos en que el OPIP proponga ampliaciones y modificaciones, puesto que estas tienen la finalidad de confirmar si, desde el punto de vista del proponente, resulta económica y técnicamente la realización de dichas modificaciones.

9. Las funciones de Proinversión ante el encargo del Proceso de Promoción de un proyecto aún no incorporado en el Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público Privadas.

Opinión vinculante: Oficio N° 025-2019-EF/68.02.

Los proyectos ejecutados bajo la modalidad de APP, independientemente de su clasificación y origen, se desarrollan, de conformidad con el artículo 30 del Decreto Legislativo 1362, en las siguientes fases: i) Planeamiento y Programación, que comprende la planificación de proyectos y de los compromisos, firmes y contingentes, derivados de la suscripción de contratos de APP, y se materializa en el Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público Privadas; ii) Formulación, que comprende el diseño y/o evaluación del proyecto, a fin de elaborar el Informe de Evaluación, y concluye con la aprobación del mismo; iii) Estructuración y Transacción; y iv) Ejecución Contractual.

El artículo 42 del Reglamento dispone que, cuando Proinversión participa como OPIP, es responsable de la elaboración del Informe de Evaluación. En este caso, corresponde a la enti-

dad titular del proyecto desarrollar los estudios técnicos, pudiendo encargar su elaboración y/o contratación a Proinversión.

En opinión del MEF, el encargo de estudios técnicos o la elaboración del informe a Proinversión no requiere que previamente el proyecto haya sido incorporado dentro del Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público Privadas de la entidad pública titular del proyecto.

10. Los alcances del informe previo de la Contraloría General de la República en las fases de estructuración y transacción de un contrato de APP.

Opinión vinculante: Oficio N° 034-2019-EF/68.02.

El informe de la Contraloría General de la República, en cuanto a las versiones del contrato de APP, se caracteriza por ser no vinculante, de conformidad con el artículo 41 del Decreto Legislativo 1362 y al artículo 55 de su Reglamento.

Conforme a la opinión del MEF, contar con el informe previo de esta entidad con respecto a la VFC, solo será obligatorio para el OPIP si es que la versión del contrato incluye aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado, y que, además, estén relacionados con el cofinanciamiento o las garantías del proyecto.

Bajo esta misma línea, el artículo 22 de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema de Control y de la Contraloría General de la República le atribuye a la referida entidad: i) competencia para emitir opinión en proyectos de contrato en los que una de las partes sea el Estado, y ii) esta competencia se rige por un conjunto de temas taxativos, es decir, solo cuando se com-

prometa el crédito o capacidad financiera del Estado.

V. CONCLUSIONES

La DGPIIP del MEF ha ejercido como rector la función de emitir opinión exclusiva y excluyente con carácter vinculante sobre el alcance de las normas del SNPIP de su competencia.

Solo 15 de esas opiniones contienen propiamente una interpretación vinculante para todos los actores del SNPIP respecto del Decreto Legislativo 1362 y su reglamento y están identificadas y consignadas en este artículo.

Las demás han sido emitidas sin cumplir los requisitos legales para su procedencia, principalmente porque las entidades que consultaron a la DGPIIP lo hicieron aludiendo a casos específicos en los que les tocaba adoptar decisiones de gestión, que es un supuesto negado para la viabilidad legal de una interpretación normativa según los Criterios Generales para la atención de Consultas Técnico Normativas en materia de APP y PA.

Las opiniones en estos casos se han justificado en los principios de "colaboración entre entidades", "adecuado servicio al ciudadano" y "predictibilidad". Sin embargo, ha sido inadecuado que la DGPIIP emita esas opiniones porque influyen en las decisiones de gestión, que es responsabilidad de cada entidad pública en el marco del SNPIP; y muchas veces las condicionan, ya que la misma DGPIIP emite opinión vinculante en diversas etapas de las APP y el Sistema de Control toma estas interpretaciones como parámetro de evaluación de responsabilidad. Por lo tanto, concluimos en este artículo que el MEF solo debe responder las solicitudes de interpretación vinculante que cumplen los Criterios Generales para la atención de Consultas Técnico Normativas en materia de APP y PA.

**ANEXO 1
INTERPRETACIONES NORMATIVAS DEL MEF**



Disposición Normativa	Oficios	Infor- mes	Fecha	Motivo	Materia	Numeral del Informe de la interpretación
DECRETO LEGISLATIVO 1362 Y SU REGLAMENTO — EN CONJUNTO —						
Artículo 4 del Decreto Legislativo 1362 y artículo 111 de su Reglamento. Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15	063-2020-EF/68.02	069-2020-EF/68.02	26/05/2020	Interpretación por el principio de colaboración entre entidades.	Efectos de la "Ley y Disposiciones aplicables" como evento de fuerza mayor, según lo señalado en los "Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas", en el contexto del brote de la COVID-19 y las normas emitido a fin de evitar su propagación.	Numeral 4 del Decreto Legislativo: apartado 2.9. Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15: apartado 2.10. Artículo 111 del Reglamento: apartado 2.11. Artículo 37 del Reglamento apartado 2.12.
Artículo 6 del Decreto Legislativo 1362 y artículos 13 al 15 de su Reglamento.	015-2019-EF/68.02	147-2019-EF/68.02	14/05/2019	No aplica colaboración entre entidades.	Habilitación como entidad pública titular de proyecto y Organismo Promotor de la Inversión Privada.	Artículo 13 y 15 del Reglamento: apartado 2.14. Mención al artículo 6 del Decreto Legislativo: apartado 2.8.
Artículos 11, 13.2, 18.2 y 41 del Decreto Legislativo 1362; y artículos 50 y 55 de su Reglamento.	004-2019-EF/68.02	031-2019-EF/68.02	11/02/2019	No aplica colaboración entre entidades.	Opiniones previas en caso de modificación de las versiones de contrato y del IEI.	Artículo 11 del Decreto Legislativo: apartado 2.32. Artículo 13.2 del Decreto Legislativo: apartado 2.33. Artículo 41 del Decreto Legislativo: apartado 2.34. Artículo 18.2 del Decreto Legislativo: apartado 2.35. Artículo 50 del Reglamento: apartado 2.20. Artículo 55 del Reglamento: apartado 2.29.

Disposición Normativa	Oficios	Infor- mes	Fecha	Motivo	Materia	Numeral del Informe de la interpretación
Artículo 22 del Decreto Legislativo 1362 y artículo 31 de su Reglamento.	049-2019-EF/68.02	363-2019-EF/68.02	20/12/2019	Interpretación por el principio de colaboración entre entidades.	Interpretación del artículo 31 del Reglamento, referida a si los gastos de supervisión de diseño y obra establecidos como obligaciones contractuales del Estado en un proyecto de APP califican como cofinanciamiento.	Artículo 22 del Decreto Legislativo: apartado 2.6. Artículo 31 del Reglamento: apartados 2.7 - 2.10.
Artículo 22 y 23 del Decreto Legislativo 1362 y Artículo 30 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362	030-2019-EF-68.02	271-2019-EF/68.02	11/09/2019	Interpretación por el principio de colaboración entre entidades.	Clasificación de los proyectos de EsSalud en el marco del Decreto Legislativo 1362.	Artículo 22 del Decreto Legislativo y 30.1 del Reglamento: apartados 2.9 - 2.11.
Artículos 22 y 24 del Decreto Legislativo 1362 y artículo 31 de su Reglamento	061-2020-EF/68.02	066-202-EF/68.02	21/05/2020	Interpretación por el principio de colaboración entre entidades.	Procedimiento de modificación contractual o acta de acuerdo.	No señala textualmente el número de artículo que está interpretando.

Disposición Normativa	Oficios	Infor- mes	Fecha	Motivo	Materia	Numeral del Informe de la interpretación
Artículos 22 y 24 del Decreto Legislativo 1362 y artículo 31 de su Reglamento.	004-2020-EF/68.02	024-2020-EF/68.02	3/02 2020	Se desarrolla de "oficio" la interpretación.	Consulta sobre si pago de la supervisión de las inversiones —diseño y obra— califica como cofinanciamiento.	Artículo 22 del Decreto Legislativo: apartado 18. Artículo 24 del Decreto Legislativo: apartado 16. Artículo 31 del Reglamento: apartados 19 – 23.
Párrafo 38.2 del Artículo 38 del Decreto Legislativo 1362	029-2019-EF-68.02	270-2019-EF/68.02	11/09/ 2019	Interpretación por el principio de colaboración entre entidades.	Renovación contractual de los Contratos de Asociaciones Público Privadas.	Artículo 55 del Decreto Legislativo: apartado 2.10.
Artículo 40 del Decreto Legislativo 1362.	019-2019-EF/68.02	190-2019-EF/68.02	19/06/ 2019	Interpretación por el principio de colaboración entre entidades.	Aprobación del Informe Multianual de Inversiones en APP.	Artículo 40.2 del Reglamento: apartado 2.8. Artículo 40.7 del Reglamento: apartados 2.9 - 2.11.
Artículo 41 del Decreto Legislativo 1362 y artículo 55 de su Reglamento.	034-2019-EF/68.02	288-2019-EF/68.02	25/09/ 2019	No aplica colaboración entre entidades.	Interpretación del artículo 41 del Decreto Legislativo 1362 sobre el Informe previo de la Contraloría General de la República.	Artículo 41 del Decreto Legislativo y artículo 55 del Reglamento: apartado 3.1.

Disposición Normativa	Oficios	Infor- mes	Fecha	Motivo	Materia	Numeral del Informe de la interpretación
Artículo 46 del Decreto Legislativo 1362 y los artículos 82, 104 y 106 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362	031-2019-EF-68.02	272-2019-EF/68.02	11/09/2019	No aplica colaboración entre entidades.	Iniciativas Privadas Cofinanciadas a ser desarrolladas con los Gobiernos Regionales y Locales.	Artículo 46.4 del Decreto Legislativo: apartados 2.7 - 2.8. Artículo 82 del Reglamento: apartados 2.15 - 2.16. Artículo 104 del Reglamento: apartados 2.9 - 2.11. Artículo 106 del Reglamento: apartado 2.13.
Artículo 49 del Decreto Legislativo 1362.	033-2019-EF/68.02	286-2019-EF/68.02	23/09/2019	No aplica colaboración entre entidades.	Calificación de un contrato suscrito bajo los alcances del Decreto Legislativo 674 como un PA en el marco del Decreto Legislativo 1362.	Artículo 49 del Decreto Legislativo: apartado 2.9.
Artículo 49 del Decreto Legislativo 1362.	022-2020-EF/68.02	031-2020-EF/68.02	11/02/2020	Interpretación por el principio de colaboración entre entidades.	Compatibilidad para establecer una servidumbre de paso en el marco del desarrollo de un proyecto de inversión privada bajo la modalidad de PA.	Artículo 49 del Decreto Legislativo: apartado 2.9.
Artículo 49 del Decreto Legislativo 1362 y artículo 29 de su Reglamento.	051-2019-EF/68.02	365-2019-EF/68.02	26/12/2019	No aplica colaboración entre entidades.	Consulta respecto al literal d) del párrafo 4.2 del artículo 4 del Reglamento del Decreto Legislativo 1224.	Artículo 49 del Decreto Legislativo: apartado 2.7. Artículo 29 del Reglamento: apartado 2.6.

Disposición Normativa	Oficios	Informes	Fecha	Motivo	Materia	Numeral del Informe de la interpretación
Artículo 52 y Séptima Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1362.	062-2020-EF/68.02	068-2020-EF/68.02	26/05/2020	No aplica colaboración entre entidades.	Modificación contractual para ampliar el plazo de la concesión de un contrato de infraestructura portuaria —suscrito bajo la normativa del Decreto Supremo N°059-96-PCM—.	Artículo 52 del Decreto Legislativo: apartado 3.1. Séptima Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo: apartado 2.8.
Artículo 55 del Decreto Legislativo 1362 y artículos 109, 134, 136 y 138 de su Reglamento.	047-2019-EF/68.02	354-2019-EF/68.02	17/12/2019	Interpretación por el principio de colaboración entre entidades.	Consulta relacionada a la renovación contractual del contrato de APP.	Artículo 55 del Decreto Legislativo y Artículos 109, 134, 136 y 138 del Reglamento: apartado 2.7.
Artículo 55 del Decreto Legislativo 1362 y artículos 134 al 138 de su Reglamento.	064-2020-EF/68.02	071-2020-EF/68.02	6/06/2020	Interpretación por el principio de colaboración entre entidades.	Reglas para evaluación y pertinencia de la suscripción de actas de acuerdo como instrumento que permite implementar supuestos contractuales previamente pactados en el contrato de APP —aplazamiento de la oportunidad de pago de la retribución hasta mitigar los efectos de fuerza mayor—.	Artículo 55 del Decreto Legislativo: apartados 2.10 y 2.13. Artículo 138 del Reglamento: apartados 2.17 y 2.22.

Disposición Normativa	Oficios	Infor- mes	Fecha	Motivo	Materia	Numeral del Informe de la interpretación
Artículo 55 del Decreto Legislativo 1362 y artículos 134 al 138 de su Reglamento.	021-2020-EF/68.02	030-2020-EF/68.02	11/02/2020	No aplica colaboración entre entidades.	Trámite para la modificación de un contrato de APP a consecuencia de un laudo arbitral o trato directo.	Artículo 55 del Decreto Legislativo: apartado 2.7. Artículos 134 a 138 del Reglamento: apartado 2.14.
Artículo 55 del Decreto Legislativo 1362; y artículo 134 de su Reglamento.	016-2019-EF/68.02	152-2019-EF/68.02	20/05/2019	No aplica colaboración entre entidades.	Procedimiento de modificación contractual.	Artículo 55 del Decreto Legislativo: apartados 2.9 y 2.10
Artículo 55 del Decreto Legislativo 1362; y artículos 134 al 138 de su Reglamento.	012-2019-EF/68.02	103-2019-EF/68.02	11/04/2019	No aplica colaboración entre entidades.	Procedimiento de modificación contractual.	Artículo 55.4 del Decreto Legislativo y artículo 138.3 del Reglamento: apartados 2.22 y 2.23
Artículo 55.4 del Decreto Legislativo 1362, y artículos 134 al 138 de su Reglamento.	117-2019-EF/68.02	38-2019-EF/68.02	22/02/2019	No aplica colaboración entre entidades.	Cesión de posición contractual en un contrato de concesión.	Artículo 55.4 del Decreto Legislativo y artículo 134.1 del Reglamento: apartado 2.9. Artículo 136 del Reglamento: apartado 2.11. Artículo 138 del Reglamento: apartado 2.12

Disposición Normativa	Oficios	Infor- mes	Fecha	Motivo	Materia	Numeral del Informe de la interpretación
Artículo 55.6 del Decreto Legislativo 1362, y artículo 138.8 de su Reglamento.	048-2018-EF/68.02	313-2018-EF/68.02	26/12/2018	No aplica colaboración entre entidades.	Supuestos en los que la Contraloría General de la República se encuentra habilitada para emitir Informe Previo en un procedimiento de modificación contractual.	Artículo 55 del Decreto Legislativo: apartado 5.2.
Artículo 56.2 del Decreto Legislativo 1362.	006-2019-EF-68.02	047-2019-EF/68.02	20/02/2019	No aplica colaboración entre entidades.	Uso del Amigable Componedor.	Artículo 55.6 del Decreto Legislativo y artículo 119.1 del Reglamento: apartado 3.1.
Artículo 57 del Decreto Legislativo 1362 y artículo 118.2 de su Reglamento.	040-2019-EF/68.02	322-2019-EF/68.02	17/10/2019	Interpretación por el principio de colaboración entre entidades.	Selección y contratación de la supervisión en los contratos de APP.	Artículo 57 del Decreto Legislativo: apartado 2.17. Artículo 118.2 del Reglamento: apartado 2.18.

REGLAMENTO —APROBADO MEDIANTE DECRETO SUPREMO N° 240-2018-EF—

Artículo 31 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362.	032-2019-EF-68.02	273-2019-EF/68.02	11/09/2019	Interpretación por brindar un adecuado servicio al ciudadano.	Recursos de las entidades que califican como cofinanciamiento.	Artículo 31 del Reglamento: apartado 2.10.
Artículo 39.1 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362.	010-2019-EF-68.02	076-2019-EF/68.02	13/03/2019	No aplica colaboración entre entidades.	Inclusión de la cláusula anticorrupción en los contratos de concesión, bajo causal de nulidad.	Artículo 39.1 del Reglamento: apartado 3.1.

Disposición Normativa	Oficios	Infor- mes	Fecha	Motivo	Materia	Numeral del Informe de la interpretación
Párrafo 40.9 del Artículo 40 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362.	025-2019-EF/68.02	252-2019-EF/68.02	8/08/2019	No aplica colaboración entre entidades.	Posibilidad de encargar a Proinversión la conducción del Proceso de Promoción de un proyecto que aún no se encuentra incorporado en el Informe Multianual de Inversiones en APP.	Artículo 40.9 del Reglamento: apartado 2.19.
Artículos 79 y 83 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362.	022-2019-EF/68.02	221-2019-EF/68.02	18/07/2019	No aplica colaboración entre entidades.	Modificaciones a la Iniciativa Privada y al cómputo del plazo si estas ocurrieran antes de la opinión de relevancia.	Artículo 79.2 del Reglamento: apartado 2.12 Artículo 83 del Reglamento: apartados 2.7 y 2.8.
Artículos 134 al 138 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362.	005-2019-EF/68.02	036-2019-EF/68.02	18/02/2019	No aplica colaboración entre entidades.	Procedimiento de modificación contractual.	Artículos 134 a 138 del Reglamento: apartado 3.1.
Artículo 137 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362.	041-2019-EF/68.02	324-2019-EF/68.02	22/10/2019	No aplica colaboración entre entidades.	Interpretación y aplicación de los alcances del artículo 137.1 del Reglamento sobre reglas aplicables para la evaluación de modificaciones contractuales, en particular en lo que se refiere a la introducción de inversiones adicionales al proyecto.	Artículo 137 del Reglamento: apartado 3.5.

El caso de las contrataciones de menos de 8 Unidades Impositivas Tributarias

OSCAR FERNANDO HERRERA GIURFA^(†)

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Magíster en Derecho Administrativo Económico por el Instituto Ortega y Gasset.
Magíster en Contrataciones Públicas por la Universidad Castilla de la Mancha.
Doctorando en Derecho en la Universidad San Ignacio de Loyola.
Profesor de la Universidad de Lima, Universidad ESAN y Universidad San Ignacio de Loyola.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Los supuestos de inaplicación de la Ley de Contrataciones.
- III. Las contrataciones hasta 8 Unidades Impositivas Tributarias.
- IV. La base legal de las contrataciones hasta 8 Unidades Impositivas Tributarias.
- V. Principales problemas encontrados en las contrataciones hasta 8 Unidades Impositivas Tributarias.
- VI. Propuesta alternativa.
- VII. Conclusiones.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 16 de diciembre de 2020 y fue aceptado con fecha 18 de julio de 2021.



(†) Artículo publicado *in memoriam*.

RESUMEN:

El mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico peruano para las contrataciones de las entidades y empresas del Estado es a través de los procedimientos de selección según lo establece la Constitución de 1993, supuesto que se materializa mediante la Ley de Contrataciones del Estado. Sin embargo, esta norma contiene algunos supuestos que permiten su inaplicación. Dentro de estos supuestos de excepción, encontramos a las contrataciones de hasta 8 Unidades Impositivas Tributarias. En tal sentido, de la revisión efectuada a la Ley de Contrataciones, su Reglamento, los Decretos Supremos relacionados con las contrataciones públicas, las Directivas, las Opiniones de OSCE y nuestra experiencia de docente en Contrataciones Públicas, hemos podido advertir que el marco legal de las contrataciones de hasta 8 Unidades Impositivas Tributarias no se encuentra claramente establecido, salvo en los aspectos relacionados al registro de las mismas en el SEACE, tal como dispone el numeral 2 del artículo 5 de la Ley y el literal a) del artículo 11.2 de la Directiva N° 008-2017-OSCE/CD “Disposiciones aplicables al registro de información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado — SEACE”. No obstante, y tal como desarrollamos en el presente artículo, subsiste la pregunta: ¿cuál es la normativa aplicable para las contrataciones hasta 8 UIT? En tal sentido y considerando que esta modalidad contractual es la más utilizada por las entidades públicas, considerando su cuantía, su celeridad, su flexibilidad, pretendemos abordar esta problemática e intentaremos proponer alternativas de solución a la misma.

Palabras clave: contrataciones de hasta 8 Unidades Impositivas Tributarias; procedimientos de selección; Ley de Contrataciones del Estado; Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado — SEACE; normativa aplicable; entidades públicas.

ABSTRACT:

The mechanism laid out in the peruvian legal system for state entities and companies’ procurement, is through selection procedures as established in the 1993 Constitution. This is materialized through the State Procurement Law. However, this law contains some cases that don’t allow its application. Within these exceptional cases, we find contracts of up to 8 tax units —UIT—. In this sense, from the revision made to the Procurement Law, its Regulations, the Supreme Decrees related to public procurement, the Directives, the OSCE opinions and our experience as a professor in Public Procurement, we have been able to realize that the legal framework for procurement up to 8 tax units is not clearly established, except in the aspects related to their registration in the SEACE, as provided in paragraph 2 of article 5 of the Law and subclause a) of article 11.2 of the Directive N° 008-2017-OSCE/CD “Provisions applicable to the registration of information in the Electronic System of State Procurement - SEACE”. However, and as we develop in this article, the question remains: what is the applicable regulation for contracts up to 8 tax units? In this sense and considering that this contractual modality is the most used by public entities, considering its amount, its speed, its flexibility, we intend to address this problem and we will try to propose alternative solutions to it.

Keywords: public procurement up to 8 tax units; selection procedures; State Procurement Law; SEACE; applicable regulation; public entities.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 76 de la Constitución Política del Perú¹, establece:

“Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos, cuya importancia y monto señala la Ley de

Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.”

Como se puede apreciar, el marco constitucional dispone que las entidades del sector público, con la finalidad de proveerse de los bienes, servicios u obras necesarias para el cumplimiento de sus funciones públicas y sus metas, se encuentran obligadas a desarrollar los procedimientos de selección descritos.

1. Constitución Política del Perú, promulgada el 29 de diciembre de 1993.

En ese sentido, en el año 1997 se emitió la Ley 26850.² Fue el primer texto normativo que ordenó los sistemas de contrataciones públicas en nuestro país, ya que agrupó en un solo cuerpo legal los tres sistemas vigentes a la época, que diferenciaban los métodos de contratación de obras, bienes y servicios, y asesorías y consultorías: el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas — RULCOP, el Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y la Prestación de Servicios No Personales — RUA y el Reglamento General de Asesorías y Consultorías — REGAC. La Ley 26850 incluyó los siguientes procedimientos de selección: Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Directa y de Menor Cuantía.

Estos métodos de contratación permitían poder elegir la mejor alternativa dentro de las propuestas presentadas por los postores interesados, luego de lo cual se procedía a la suscripción del contrato correspondiente. Cabe señalar que la acotada norma no era de aplicación para las contrataciones cuyo monto era de hasta una Unidad Impositiva Tributaria —en adelante, “UIT”—. Este supuesto se aumentó a 3 UIT en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante el Decreto Legislativo 1017.³ Sin embargo, este importe se aumentó a 8 UIT con la emisión de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado.⁴

El actual Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado —en adelante, “TUO” y “Ley de Contrataciones del Estado” respectivamente—, aprobado mediante Decreto Supremo 082-2019-EF⁵, establece en su artículo 5 los supuestos excluidos del ámbito de aplica-

ción de la ley, pero sujetos a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado — OSCE. Así, en el literal a) del numeral 5.1, señala que están sujetos a supervisión del OSCE, los siguientes supuestos excluidos de la aplicación de la ley: *“Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción. Lo señalado en el presente literal no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco”.*

La tendencia es incrementar el importe de inaplicación de la normativa de contrataciones, supuesto que vemos confirmado en el proyecto de Ley de la Cadena de Abastecimiento⁶, que en literal j) de su artículo 64 establece: *“Supuestos no sujetos a licitación o concurso ni a las reglas de ejecución contractual. Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a 15 Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción”.*

Podemos apreciar que en los últimos 20 años, las entidades públicas han ganado terreno respecto a incrementar los montos de las contrataciones que se desarrollan sin utilizar la formalidad de la Ley de Contrataciones del Estado. Podemos entender que las entidades públicas requieran escenarios de acción con mayor flexibilidad para desarrollar contrataciones eficientes en costo y oportunidad; no obstante, lo que resulta muy preocupante es que no se haya desarrollado en todo este tiempo un mecanismo que sirva de base legal mínima para este tipo de contrataciones, que son, hoy en día, las más utilizadas por las entidades públicas.

2. Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, publicada el 30 de julio de 1997.

3. Decreto Legislativo 1017, publicado el 4 de junio de 2008.

4. La Ley 30225 fue publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de julio de 2014

5. Decreto Supremo N° 082-2019-EF, publicado el 13 de marzo de 2019.

6. El 04 de octubre de 2020, el Ministerio de Economía y Finanzas, mediante Resolución Ministerial N° 285-2020-EF/54, prepublicó el Proyecto de Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público.

II. LOS SUPUESTOS DE INAPLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIONES

El artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado dispone los supuestos de utilización de la misma por las entidades públicas, así como la relación de entidades y empresas públicas que deben utilizarla. De esta manera, encontramos que la totalidad de entidades, organismos públicos, organismos constitucionalmente autónomos, empresas públicas, gobiernos regionales, provinciales, locales y otros que utilicen fondos públicos, se encuentran obligados a utilizar la Ley de Contrataciones del Estado. No obstante, los artículos 4 y 5 de la acotada norma establecen aquellos supuestos excepcionales, que se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la misma, dividiendo dichos supuestos en dos grupos:

- a) Aquellos en los que la exclusión se realiza sin supervisión del OSCE —previstos en el artículo 4—, como es el caso de los contratos bancarios y financieros, las contrataciones de notarios públicos, los servicios brindados por conciliadores, árbitros o miembros de la junta de resolución de disputas; y,
- b) Aquellos supuestos sujetos a supervisión del OSCE —previstos en el artículo 5—, en los que encontramos por ejemplo a la contratación de servicios públicos, los convenios suscritos entre entidades, las contrataciones realizadas entre estados, y las contrataciones hasta 8 UIT.

En los casos antes descritos, las contrataciones que se enmarquen dentro de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado podrán realizarse sin observar las disposiciones —y las formalidades— de dicha normativa. No obstante, y tal como concluye la Opinión N° 200-2017-DTN del OSCE⁷:

“En una contratación cuyo monto sea igual o

inferior a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción, si bien no resultan aplicables las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, la Entidad que requiera efectuarla debe observar los principios que rigen toda contratación pública así como garantizar la eficiencia y transparencia en el uso de los recursos públicos; lo cual la faculta a implementar mecanismos similares a los previstos en la normativa de contrataciones del Estado —como la aplicación de penalidades— a efectos de satisfacer su necesidad con dicha contratación.”

Tal Opinión implica un marco mínimo indispensable que deben cumplir las entidades públicas al realizar contrataciones de hasta 8 UIT.

III. LAS CONTRATACIONES HASTA 8 UIT

Como hemos señalado, en la Ley 26850 se estableció que su aplicación era obligatoria para contrataciones que superaban 1 UIT. Luego, se debía utilizar un procedimiento de selección denominado Adjudicación de Menor Cuantía — AMC, el cual se utilizaba para contrataciones desde una UIT y hasta S/ 15,000.00 en caso de servicios, hasta S/ 35,000.00 para bienes, y hasta S/ 90,000.00 para obras, como podemos apreciar en el caso de los servicios. Resulta anecdótico apreciar que el actual supuesto de inaplicación —previsto en el artículo 5 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado— incluiría todo el procedimiento de AMC.

En junio del 2008, mediante el Decreto Legislativo 1017, se aprobó una nueva Ley de Contrataciones del Estado, la cual en su artículo 3.3 estableció, en su literal h), que la norma no era de aplicación para las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a tres UIT vigentes al momento de la transacción. Es decir, se incrementó el supuesto de inaplicación de la norma anterior hasta las 3 UIT, lo que permitía una mayor flexibilidad a las contrataciones realizadas por el Estado hasta dicho monto.

7. Opinión N° 200-2017- DTN-OSCE, del 14 de septiembre de 2017.

El 11 de julio de 2014 se publicó la Ley 30225, la cual en el literal a) del artículo 5.1 establece que la normativa de contrataciones del Estado no es aplicable para *“las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción”*. Precizando que, dichas contrataciones se encuentran sujetas a supervisión por parte del OSCE, supuesto que se materializa con la remisión mensual por parte de las entidades.

Como se puede apreciar, con el transcurrir de los años, la política respecto a las contrataciones realizadas por las entidades públicas exceptuándose de la aplicación de la normativa de contrataciones se ha incrementado, y de entrar en vigencia la Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público —que ha vuelto a ser remitida por el Ministerio de Economía y Finanzas al Congreso para su aprobación—, este importe aumentará hasta 15 UIT, es decir S/ 66,000.00. Debemos advertir que esta suma contiene los topes máximos de los procedimientos de selección de consultores individuales —S/ 40,000.00— y la comparación de precios —S/ 64,500.00—, los cuales serían considerados en el proyecto de Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público.

Un elemento que resulta importante señalar es que si bien estamos ante un supuesto de inaplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, según el artículo 5 del TUO de esta ley, este supuesto normativo contiene la obligación de las entidades de remitir al OSCE las contrataciones desarrolladas por montos de hasta 8 UIT en el transcurso del mes. En tal sentido, la Opinión N° 128-2017/DTN del OSCE⁸ concluye que las entidades deben registrar y publicar en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado — SEACE la información de estas contrataciones realizadas durante el mes, siendo el plazo máximo para ello el décimo día hábil del mes siguiente.

De este modo, el literal a) del artículo 11.2 de

la Directiva N° 008-2017-OSCE/CD —Disposiciones aplicables al registro de información en el SEACE—, regula específicamente el procedimiento de remisión de dichas contrataciones, no pudiendo utilizarse dicha como base legal para regular las contrataciones hasta 8 UIT.

IV. LA BASE LEGAL DE LAS CONTRATACIONES HASTA 8 UIT

El artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, establece la inaplicación de la misma para las contrataciones de hasta 8 UIT. Asimismo, se establece que en los casos que la contratación supere 1 UIT, el contratista deberá contar con el Registro Nacional de Proveedor. También se establece la obligación de las entidades de remitir mensualmente al OSCE un reporte de las contrataciones realizadas hasta por dicho monto. Finalmente, el artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece los supuestos sancionables a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado, incluye los casos de incumplimiento del contratista en las contrataciones de hasta 8 UIT. Más allá de estos aspectos, no hay mayor marco normativo para estas contrataciones que realizan las entidades públicas.

Considerando lo antes señalado, resulta sumamente relevante que la Opinión N° 128-2017 concluya que las entidades que realicen contrataciones hasta 8 UIT deben efectuarlas de acuerdo a los lineamientos establecidos en sus normas de organización interna, en el marco de los principios que regulan la contratación pública, en razón de lo cual determinarán los mecanismos apropiados para garantizar la eficiencia y transparencia en el uso de los recursos públicos; de lo que se desprende que las entidades pueden implementar mecanismos similares a los establecidos en la normativa de contrataciones del estado para regular sus contrataciones de hasta 8 UIT.

Es en tal sentido que debemos entender la necesidad de que las entidades públicas emitan

8. Opinión N° 128-2017-OSCE, del 6 de junio de 2017.

Directivas Internas que regulen las contrataciones de hasta 8 UIT que van a desarrollar. Lamentablemente, al revisar en internet, podemos advertir que son muy pocas las entidades que han publicado su Directiva Interna para realizar este tipo de contrataciones, lo que da como resultado que, en un universo de aproximadamente 2,300 entidades públicas, la gran mayoría de estas no cuentan con una base legal clara para desarrollar las contrataciones que utilizan más frecuentemente.

Para realizar el presente artículo, procedimos a revisar las directivas internas para contrataciones hasta 8 UIT de las principales entidades públicas de diversos sectores, como por ejemplo OSCE, Ministerio de Economía y Finanzas, EsSalud, Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria — SUNAT, Defensoría del Pueblo, Presidencia del Consejo de Ministros, PROTRANSPORTE, Ministerio de Agricultura, Instituto Nacional de Salud del Niño, Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público — OSITRAN, Gobierno Regional de Arequipa, entre otras, advirtiendo que las mismas incluyen como base legal las siguientes normas: Ley de Presupuesto, TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, el Reglamento de Organización y Funciones de cada entidad y el Código Civil. No terminamos de entender por qué algunas entidades han incluido dentro de su base legal al Código Civil, que es una norma diseñada para la contratación entre particulares y no es la herramienta adecuada para las contrataciones realizadas por la administración pública. Sobre el particular, García de Enterría y Fernández⁹ sostienen:

“Por lo pronto, hay que decir que el Derecho Administrativo es un Derecho Público, del que constituye una de sus ramas más importantes. Siendo la Administración Pública la

única personificación interna del Estado, cuyos fines asume, y siendo también dicha persona el instrumento de relación permanente y general con los ciudadanos (en tanto que las funciones no administrativas del Estado son de actuación intermitente y, o bien no se expresan en un sistema de relaciones jurídicas con los ciudadanos, o cuando esto ocurre, tales relaciones afectan sólo a contados y excepcionales sujetos), es lícito decir que el Derecho Administrativo es el Derecho Público del Estado por excelencia”.

Un aspecto relevante que se debe tener en cuenta al considerar la base legal de estas directivas a la Ley del Procedimiento Administrativo General, es lo señalado por Manuel María Diez¹⁰ cuando precisa que la ley administrativa puede ser de relación o de organización y acción administrativa:

“Las leyes administrativas se clasifican teniendo en cuenta su contenido. Hay normas de relación y normas de organización y acción administrativa. Las normas de relación son aquellas que se dictan para delimitar las esferas jurídicas subjetivas de la administración y de los particulares. Son leyes que atribuyen a veces poderes jurídicos y facultades a la administración pública, pero también son las que vienen a proteger directamente las situaciones jurídicas de los particulares, convirtiéndolas en derechos subjetivos oponibles frente al Estado. En lo que se refiere a las normas de organización y acción administrativa, son aquellas que determinan, por una parte, la estructura orgánica de la administración pública, y por otra, los fines propios que la administración ha de perseguir con su actuación y el modo y forma como esto debe realizarse. Estas normas no se dictan para garantía de los derechos subjetivos de los particulares, sino para la tutela del interés público”.

9. García de Enterría, García de Enterría y Ramón Fernandez. *Curso de Derecho Administrativo I* (Madrid: Editorial Civitas S.A., 1977), 38 – 39.

10. María Diez, Manuel. *Manual de Derecho Administrativo* (Madrid: Plus Ultra, 1985), 317 – 318

Por lo expuesto, entendemos que no resulta eficiente incluir al Código Civil o la Ley del Procedimiento Administrativo General dentro de la base legal para las contrataciones públicas de hasta 8 UIT; pero sí resulta necesario implementar una directiva modelo que puedan utilizar las entidades para regular dichas contrataciones.

V. PRINCIPALES PROBLEMAS ENCONTRADOS EN LAS CONTRATACIONES HASTA 8 UIT

El primer problema que hemos advertido respecto a estas contrataciones es el de su denominación. En tal sentido, podemos decir que es muy frecuente denominar a estas contrataciones como "Contrataciones Directas". Sobre el particular debemos señalar que el artículo 27 del TUO de la Ley 30225 establece cada uno de los supuestos en los cuales, excepcionalmente, las entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor sin necesidad de realizar un procedimiento de selección. Como podemos advertir, dicho supuesto es distinto a la inaplicación de la Ley de Contrataciones del Estado. En ese sentido, de manera específica el artículo 102 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que: *"Las actuaciones preparatorias y contratos que se celebren como consecuencia de las contrataciones directas cumplen con los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías establecidos en la Ley y el Reglamento(...)"*. Como podemos apreciar, en las "Contrataciones Directas" sí se aplica la Ley de Contrataciones del Estado, mientras que en las contrataciones de hasta 8 UIT no se aplica. Por ende, resulta un error denominarlas de igual forma, pues son supuestos distintos.

Un segundo problema que advertimos es respecto a la utilización de esta modalidad de contratación para incurrir en supuestos que la norma considera como fraccionamiento. El artículo 20 del TUO de la Ley 30255 establece:

"Se encuentra prohibido fraccionar la contratación de bienes, servicios u obras con la finalidad de evitar el tipo de procedimiento de

selección que corresponda según la necesidad anual, de dividir la contratación a través de la realización de dos o más procedimientos de selección, de evadir la aplicación de la presente norma y su reglamento para dar lugar a contrataciones iguales o inferiores a ocho (8) UIT y/o evadir el cumplimiento de los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública" —el subrayado es nuestro—.

Como podemos advertir, el fraccionamiento consiste en dividir una contratación de un monto mayor en contrataciones de importes menores. Es decir, en lugar de desarrollar un procedimiento de Adjudicación Simplificada por la suma de S/ 50,000.00 para la contratación del servicio de mensajería, contrato dicho servicio mediante dos contrataciones de S/ 25,000.00, las cuales desarrollaré sin utilizar la Ley de Contrataciones del Estado. Este supuesto es muy utilizado para realizar contrataciones más rápidas y que podrían considerarse eficientes; no obstante, en muchos casos se utiliza esta modalidad para contratar solamente a un grupo determinado de proveedores los cuales gozan de la simpatía del órgano de contrataciones de la entidad, lo que lamentablemente, no solo implica quebrantar los principios de Libertad de Concurrencia o de Igualdad de Trato, entre otros, sino que en muchos casos implica actos de contubernio entre las partes o incurrir en delitos de corrupción de funcionarios, como colusión o cohecho.

Un tercer problema que advertimos de las contrataciones de hasta 8 UIT es que ninguna de las partes tiene claro qué puede hacer en caso una de ellas incumpla con sus prestaciones. En este supuesto, la entidad sí tiene una ventaja respecto al contratista, considerando que el artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado establece como supuesto de sanción por el Tribunal de Contrataciones del Estado el negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato que deben ejecutarse con posterioridad al pago, incluso si dicha contratación es menor a 8 UIT. En tal sentido, el contratista que incumple injustificadamente su obligación contractual con la entidad, podrá

ser sancionado por el Tribunal de Contrataciones del Estado, incluso si dicha contratación es inferior a los S/ 35,200.00. No obstante, no hay ninguna norma que establezca cuales son las alternativas que tiene el contratista en caso la entidad no cumpla con su obligación de pago en un contrato menor a 8 UIT. Y lo que es peor, no se ha establecido mecanismo alguno de solución de controversias respecto a estas contrataciones, lo que limita al contratista, en caso de incumplimiento de la entidad, a tener que acudir al Poder Judicial para entablar un proceso civil y obtener el pago de la suma de S/ 35,200.00 o menos, mientras que un contratista que suscribió un contrato dentro de los alcances de la Ley de Contrataciones del Estado tiene la posibilidad de resolver su controversia contractual mediante conciliación y/o arbitraje, ambos mecanismos mucho más céleres que el Poder Judicial.

Somos conscientes de que, el lector que ha tenido una relación contractual con el Estado por montos inferiores a las 8 UIT, puede advertir la existencia de otros problemas; sin embargo, en el presente artículo hemos creído conveniente enfocarnos solo en los más importantes.

VI. PROPUESTA ALTERNATIVA

Si bien la Opinión N° 128-2017, en su segunda conclusión, establece que las entidades que realicen contrataciones por hasta 8 UIT deben efectuarlas de acuerdo a los lineamientos establecidos en sus normas de organización interna, lo que implica la posibilidad de que cada entidad desarrolle su propia Directiva. Lamentablemente, son muy pocas las entidades que han logrado elaborar esta herramienta legal.

En tal sentido, y tomando como base lo señalado en la opinión acotada y lo previsto en la Directiva para contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a 8 UIT en el OSCE¹¹, proponemos como una alternativa de solución a los problemas planteados que el OSCE, dentro de las atri-

buciones que le confiere el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado —como son: velar y promover que las Entidades realicen contrataciones eficientes bajo los parámetros de la ley y la gestión por resultados, así como la facultad de emitir directivas, en materia de su competencia— emita una Directiva que regule las contrataciones hasta 8 UIT. Esta directiva debe incluir:

- a) Finalidad: regular la contratación de bienes, servicios y consultorías por montos iguales o inferiores a 8 UIT.
- b) Alcances: las disposiciones contenidas en la presente Directiva son de aplicación y cumplimiento obligatorio para todas las entidades y empresas públicas señaladas en el artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado que no cuenten con normativa interna que regule las contrataciones hasta 8 UIT.
- c) Base Legal: Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo que aprueba los lineamientos de Organización del Estado.
- d) Definiciones: las definiciones elementales de los principales agentes intervinientes en la contratación.
- e) Responsabilidad: la responsabilidad específica de cada uno de los agentes que intervienen en la contratación.
- f) Disposiciones generales y específicas: aquí se incluirán los aspectos comunes y específicos de las contrataciones de hasta 8 UIT desde su convocatoria a través de la página web de la entidad.
- g) Mecanismos de solución de controversias: para los contratos hasta 8 UIT, materializados a través de órdenes de compra y de órdenes de servicio, proponiendo para tal fin

11. Directiva aprobada mediante Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 0001-2019-OSCE/SGE.

un arbitraje especial a cargo del Sistema Nacional de Arbitraje OSCE, con un honorario fijo mínimo por todo concepto, y con una duración máxima de 30 días incluida la audiencia única y emisión de laudo.

Considerando que la emisión de las directivas es una facultad que la Ley de Contrataciones del Estado le atribuye al OSCE, no es necesario mayor cambio normativo, que la emisión de una Resolución de Presidencia de OSCE.

VII. CONCLUSIONES

Si bien la Ley de Contrataciones del Estado debe ser utilizada por todas las entidades y empresas del Estado, la misma contempla supuestos excluidos de su aplicación, como es el caso de las contrataciones de hasta 8 UIT.

Son muy pocas las entidades que han regulado las contrataciones hasta 8 UIT mediante directivas internas, lamentablemente, en la gran mayoría de entidades no se ha regulado esta contratación.

La falta de una normativa adecuada respecto a las contrataciones de hasta 8 UIT genera que muchas entidades de manera errónea utilicen el Código Civil para regular contrataciones que incluyen interés público.

Otro aspecto preocupante, es que la falta de regulación adecuada ocasiona supuestos de fraccionamiento y/o direccionamiento en las contrataciones de hasta 8 UIT al no existir un marco legal claro que regule el procedimiento para la contratación, más allá de la Directiva que regula la remisión de la información al OSCE.

Teniendo en cuenta que las contrataciones hasta 8 UIT también incluyen el interés público y se pagan con fondos públicos, los cuales deben ser utilizados eficientemente, es necesario que el OSCE elabore una Directiva que sirva de base legal para las contrataciones hasta 8 UIT, la cual debe incluir por lo menos los procedimientos de dicha contratación, los mecanismos de convocatoria, así como los medios de solución de controversias de la misma.

El régimen desequilibrado del incumplimiento en los contratos del Estado^(*)



RAMÓN ALBERTO HUAPAYA TAPIA

Abogado por la Universidad de Lima.
Magíster en Regulación por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
Profesor Ordinario de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo —GIDA—.

OSCAR ALEJOS GUZMÁN

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 16 de diciembre de 2020 y fue aceptado con fecha 18 de julio de 2021.



SUMARIO:

- I. **Introducción.**
- II. **El incumplimiento de la entidad.**
- III. **El incumplimiento del contratista.**
 1. **Cualquier incumplimiento habilita la resolución.**
 2. **Régimen de penalidades.**
 3. **Ejecución de garantía de fiel cumplimiento.**
 4. **Sanción de inhabilitación.**
- IV. **El desequilibrio y su falta de justificación.**
- V. **Más allá de la reforma: cómo cambiar las cosas sin cambiar la ley.**
- VI. **Reflexiones conclusivas.**

(*) Las opiniones vertidas en el presente artículo reflejan nuestra opinión personal y no comprometen a las instituciones a las cuales pertenecemos.

RESUMEN:

Los contratos se celebran para cumplirse. De ello se deriva que el incumplimiento es siempre una situación irregular e indeseada. Siendo así, la ley garantiza diversas medidas de protección frente al incumplimiento, tanto en contratos privados como públicos. En este último caso, en la medida que el incumplimiento puede provenir del contratista o del Estado, la ley los protege a ambos. Sin embargo, la regulación peruana no establece las mismas consecuencias por el incumplimiento, de manera que existen consecuencias más gravosas si quien incumple es el contratista. El presente artículo busca explicar dicha diferenciación, mediante un análisis crítico.

Palabras clave: Contrato público, incumplimiento contractual, resolución de contrato, igualdad, penalidades.

ABSTRACT:

Contracts are celebrated to be complied with. Therefore, breaches of contract are always an irregular and undesirable situation. That being the case, the law guarantees several protection measures against non-compliance, both in private and in public contracts. In the latter case, since the breach can come from either the contractor or the State, the law protects them both. However, Peruvian regulations do not establish the same consequences for the same occurrence, and as a result there are more burdensome consequences if the party which incurred in non-compliance was the contractor. This article seeks to explain that differentiation, through a critical analysis.

Keywords: public contract, breach of contract, contract resolution, equality, penalties.

I. INTRODUCCIÓN

En cualquier contrato, privado o público, el incumplimiento constituye una situación indeseable. Por eso la ley apareja consecuencias negativas para la parte que incumple. La principal consecuencia negativa es la posibilidad de resolver el contrato. De esta forma, la ley busca satisfacer el interés del acreedor y desincentivar el incumplimiento.

Situación similar la encontramos en el régimen de los contratos públicos. En este artículo, nos centraremos específicamente en las llamadas compras públicas¹, reguladas en el Perú por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento² — en adelante la “Ley” y el “Reglamento” respectivamente—. Como veremos más adelante, estas normas contemplan también consecuencias gravosas para quien incumple.

Sin embargo, las consecuencias que prevé la norma son marcadamente diferentes dependiendo de quién incumple. Así, quien se ve más perjudicado en este régimen desequilibrado es el contratista. Mientras el incumplimiento — que, además, debe ser de una obligación esencial— de la entidad solo acarrea la posibilidad de resolución y eventualmente una indemnización; el incumplimiento del contratista —de cualquier obligación— acarrea penalidades, posibilidad de resolución del contrato, ejecución de garantía de fiel cumplimiento, posible indemnización, y denuncia ante el Tribunal de Contrataciones del Estado para que se imponga una sanción de inhabilitación.

Esta desigualdad de trato se sustentaría en el interés público que está detrás del contrato y que se ve afectado cuando el contratista incumple. Sin embargo, aun asumiendo dicha

1. Las compras públicas o “*marchés publics*” son una especie del género de los contratos públicos en nuestro ordenamiento jurídico. Sobre el concepto y clasificación de los contratos públicos en nuestro ordenamiento jurídico, puede verse: Víctor Baca, “Concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano”, *Ius et Veritas* 48 (2014): 270-297; y, Ramón Huapaya, “Concepto, especies y criterios del contrato público”, en *Estudios de Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Iberoamericano. Innovación y reforma. Libro Homenaje al Profesor Juan Carlos Cassagne*, ed. por Juan Carlos Morón Urbina y Jorge Danós Ordóñez, (Lima: Gaceta Jurídica, 2018), 617-627.
2. Haremos referencia al Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF; y a su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

premisa como cierta, es imposible no preguntarse si se justifica dicho trato diferenciado. Si fuera positiva la respuesta, ¿se justifica que la diferenciación sea tan acentuada?

En el presente artículo demostraremos que no existe justificación válida para dicho trato diferenciado. Para ello, describiremos los absurdos a los que nos lleva la normativa actual, los mismos que suelen degenerar en claros excesos punitivos que no sólo afectan al contratista, sino también al mismo interés público que supuestamente se busca proteger.

II. EL INCUMPLIMIENTO DE LA ENTIDAD

Como es común en cualquier sistema legal moderno, las partes de un contrato pueden resolverlo si una de ellas incumple con sus obligaciones. Lo mismo sucede en los contratos públicos, de manera que tanto el contratista como la entidad pueden resolver el contrato ante un incumplimiento.

Sin embargo, no todo incumplimiento debería permitir la resolución. Pensemos en incumplimientos menores, como el atraso en el pago por un día o la entrega de un informe que tiene observaciones subsanables. En dichos casos, la resolución puede considerarse como un remedio extremo que terminaría siendo ineficiente.

En efecto, imaginemos un escenario en el que se permitiera resolver los contratos por cualquier incumplimiento. Si fuera así, las partes tomarían precauciones muy costosas para evitar incumplir. Estos costos podrían llegar a ser muy elevados, volviendo toda la operación económica ineficiente.

En el caso de los contratos públicos, el problema puede ser mayor. En efecto, es posible que los contratistas no solo decidan tomar precauciones muy costosas para evitar incumplir, sino

que ni siquiera participen en los procesos de selección. El razonamiento es simple: si la ejecución de un contrato con el Estado va a ser muy costosa, muchos postores optarán por no firmar esos contratos. ¿El resultado? Procesos de selección menos competitivos, menos postores y menos chances de satisfacer adecuadamente los intereses del Estado.

Por ello, la resolución, como remedio contractual, debería estar reservada a incumplimientos de gravedad. Esta exigencia es mayor en los contratos públicos, porque aquí está en juego el interés público que precisamente se satisface con la ejecución del contrato, no con su terminación. Al Estado le interesa que el contrato se ejecute y no que se resuelva por cualquier incumplimiento.³

En esa línea es que la norma peruana establece que el contratista solo puede resolver el contrato si la entidad incumple una obligación esencial. Solo si la entidad incumple una obligación esencial, el contratista queda legitimado para resolver, previa intimación.

Ahora bien, ¿qué es una obligación esencial? O, mejor dicho, ¿qué obligaciones son esenciales? La Ley calla al respecto, por lo que cabe buscar alguna respuesta a nivel de la doctrina. Juan Carlos Morón y Zita Aguilera⁴ mencionan como ejemplo la falta de entrega de terrenos y el incumplimiento de pago. Según estos autores, una obligación esencial sería aquella indispensable para lograr la finalidad del contrato. Los ejemplos brindados tienen perfecto sentido. Si el Estado no cumple con entregar el terreno, es físicamente imposible para el contratista cumplir con su prestación. Lo mismo sucede si el pago no se realiza, pues el interés del contratista se ve perjudicado, quedando legitimado para resolver.

Una posición similar la tiene el Organismo Su-

3. Libardo Rodríguez, "Los efectos del incumplimiento de los contratos administrativos", *AIDA. Ópera Prima de Derecho Administrativo* 5 (2009): 355.

4. Juan Carlos Morón y Zita Aguilera, *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*, (Lima: PUCP, 2017), 158.

pervisor de las Contrataciones del Estado — OSCE. Por ejemplo, en la Opinión N° 190-2015/DTN, la Dirección Técnico Normativa del OSCE señaló lo siguiente: “(...) *una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato*”.

Coincidimos en que una obligación esencial solo puede ser aquella que resulte indispensable para que se cumpla la finalidad del contrato, con plena satisfacción de los intereses de las partes. Sin embargo, no consideramos que sea imprescindible que exista una previsión expresa en las bases o en el contrato; la esencialidad proviene de la naturaleza misma de la operación económica, con prescindencia de su previsión en un documento.

Además, no puede perderse de vista que la entidad predispone el contenido de las bases y el contrato, con injerencia mínima por parte del contratista. Siendo así, no es razonable que solo se consideren como obligaciones esenciales las previstas expresamente en dichos documentos, pues se estaría admitiendo que solo son esenciales las obligaciones que la entidad considere como tales. De ahí que, reiteramos, las obligaciones esenciales se reconocen por su naturaleza indispensable para la finalidad del contrato.

Sin perjuicio de ello, no negamos que una forma de reducir la incertidumbre es la previsión de las obligaciones esenciales en los documentos que forman el contrato —contrato, bases, etc.—. Caso contrario, queda en cabeza del contratista dilucidar si una obligación es esen-

cial, a fin de optar o no por la resolución; opción que siempre podrá ser controvertida por la entidad y eventualmente esclarecida por los árbitros en el correspondiente proceso.⁵

Finalmente, consideramos importante mencionar a la llamada carga de colaboración que pesa sobre el deudor en un contrato. Dicha carga es particularmente relevante en los contratos públicos, dado que el contratista asume una obligación —de dar o hacer— que, en muchos casos, no puede ser cumplida sin la colaboración de la entidad —en la entrega de ambientes, en la facilitación de los terrenos, en la entrega de información de sustento, etcétera—. Surge entonces la interrogante: ¿es la carga de colaboración una obligación esencial?

La distinción entre obligaciones y cargas en la teoría del derecho sugiere una respuesta negativa. Sin embargo, creemos que es necesario apartarnos de dicha disquisición teórica y partir de la función de la carga de colaboración. Esta carga —en cabeza del Estado— es indispensable para el cumplimiento del contrato⁶; de ahí que deba interpretarse que, cuando el Reglamento habla de obligaciones esenciales, debe entenderse incluidas no sólo las obligaciones en sentido estricto, sino también las cargas que son indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.⁷

III. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA

1. Cualquier incumplimiento habilita la resolución.

Conforme a la exposición anterior, estamos de acuerdo en que la resolución, como remedio frente al incumplimiento contractual, sólo debería operar ante el incumplimiento de obliga-

5. Ricardo Rodríguez Ardiles, “Resolución de contrato por incumplimiento de obligación esencial no pactada en los contratos sujetos a la ley de contrataciones del Estado”, *Arbitraje PUCP* 1 (2011): 47.

6. Luciano Barchi, “Mora del acreedor y resolución del contrato por incumplimiento de la carga de colaboración”, *ADVOCATUS* 12, (2005): 179.

7. *Ibid.*

ciones esenciales. Por ello, nos parece correcta la precisión que realiza el Reglamento y que, en cierto modo, restringe al contratista la posibilidad de resolver.

El problema está en que al contratista no le aplica —al menos eso nos sugiere una lectura literal del Reglamento— la misma regla. Así, al referirse al incumplimiento del contratista que habilita la resolución, el Reglamento no habla de obligaciones esenciales, sino de obligaciones a secas.

A partir de dicho dato, la doctrina ha interpretado que existe un tratamiento diferenciado. Mientras el contratista solo puede resolver por incumplimiento de obligaciones esenciales por parte de la entidad, ésta puede resolver por cualquier incumplimiento del contratista.

Si bien se reconoce esta situación desigual, no se ahonda mucho en las explicaciones.⁸ Juan Carlos Morón y Zita Aguilera⁹ sostienen que

“ningún contratista postula y se embarca en un contrato con el Estado para resolverlo inmediatamente, pues adquieren demasiadas obligaciones con personal, proveedores y financistas. Por ello esta facultad requiere como presupuesto encontrarnos ante una obligación esencial a cargo de la entidad que esta sea pasible de incumplirse”.

Discrepamos de dicha justificación. Es cierto que los contratistas no desean resolver el contrato por la inversión que han realizado para resultar adjudicatarios, pero ello explicaría su conducta, mas no la limitación legal que venimos comentando. Resulta además un contrasentido que se limite al contratista su facultad de resolver para protegerle. Sencillamente no tiene sentido.

El límite a la facultad de resolver del contratista no puede justificarse en el mismo contratista; a

menos que pensemos que el legislador quiere tutelar al contratista de sus propios errores, en una lógica paternalista que resulta inaceptable. Por ello, la justificación ha de encontrarse en la tutela de la propia entidad.

El tema es que cualquier justificación que busque beneficiar a la entidad, en realidad debería beneficiar al interés público; sin embargo, no vemos que exista ningún interés público en permitir que la entidad resuelva por cualquier motivo. Por el contrario, dicha posibilidad abre la puerta a decisiones ineficientes y contrarias al interés público.

Evidentemente esta regla es ineficiente. Se condena al contratista a tomar precauciones excesivas para no incumplir, dado que cualquier incumplimiento —aun cuando sea parcial o responda a una obligación no esencial— habilita a la entidad a resolver el contrato, con todas las consecuencias que acarrea. Como hemos señalado previamente, estos costos excesivos pueden terminar desincentivando incluso la participación de postores en los procesos de selección.

Pero no sólo ello, sino que se termina por afectar al propio interés público subyacente al contrato. En efecto, hemos visto anteriormente que el interés público demanda que los contratos se ejecuten y cumplan a cabalidad, por lo que se restringe la opción de darlo por terminado. Evidentemente ello aplica para ambas partes; es más, la entidad debería tener más limitada la opción de resolver, porque es ella la primera interesada en que el contrato se ejecute y el interés público se vea satisfecho. De ahí que carezca totalmente de sentido permitir que la entidad resuelva el contrato por cualquier incumplimiento.

2. Régimen de penalidades.

Claro está que la entidad no está compelida

8. Rodríguez Ardiles “Resolución de contrato por incumplimiento de obligación esencial no pactada en los contratos sujetos a la ley de contrataciones del Estado”, 41

9. Morón y Aguilera, *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*, 162.

a resolver. Puede no hacerlo. Es más, la Ley le otorga otro mecanismo para incentivar el cumplimiento: la imposición de penalidades. En ese sentido, la entidad tiene dos armas para enfrentar el incumplimiento: las penalidades y la resolución.

Esto de por sí la coloca en una situación de ventaja. El contratista no puede aplicar penalidades ante el incumplimiento de la entidad. Y, cuando quiere resolver, debe demostrar que el incumplimiento responde a una obligación esencial. La entidad, en cambio, tiene un arsenal de medidas.

Incluso en el tema de penalidades, la entidad posee muchas ventajas. La Ley contempla dos tipos de penalidades: una tasada, conforme a supuestos concretos que se plasman en el contrato; la otra, conforme a una fórmula que se calcula en base a los días de retraso en el cumplimiento.

La penalidad tasada permite a la entidad penalizar cualquier incumplimiento del contratista, con tal que lo plasme expresamente en el contrato. En la medida que la entidad predispone el contenido del contrato, teniendo el contratista mínima injerencia en el mismo¹⁰, es evidente que estamos frente a un poder que se presta para el abuso. Ello, pese a que los artículos 161 y 163 del Reglamento disponen que las penalidades tienen que ser objetivas, razonables, congruentes y proporcionales.

Sin duda alguna, las normas citadas son bastante positivas. La exigencia de objetividad, razonabilidad y congruencia es importante, en la medida que fija un límite al poder discrecional de fijar penalidades que tendría la entidad. Sin embargo, pese a ello, se mantiene la posibilidad de abuso de dicha discrecionalidad. A las pruebas nos remitimos. Veamos unos ejemplos del contrato N° 162-2016-SEDAPAL, suscrito para el servicio de mantenimiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado. En este contrato,

se fijan —entre otros— los siguientes supuestos de penalidad:

“Por no entregar en la fecha establecida a sus trabajadores, el fotocheck (...)”.

“Por no portar el fotocheck en todo momento de ejecución de la subactividad y en el lugar indicado (...)”.

“Cuando no informa mensualmente el pago de los haberes, contratos de trabajo, las planillas de pago de su personal profesional, administrativo y operarios”.

“Por no cumplir, injustificadamente con el pago de haberes y/o beneficios a sus trabajadores (...)”.

Los supuestos citados demuestran una falta de razonabilidad y congruencia con el objeto del contrato. Falta de razonabilidad porque se trata —en los dos primeros casos— de conductas menores que no ponen en riesgo la finalidad del contrato, además que se pueden implementar medidas menos gravosas para corregir la conducta del contratista —una amonestación o llamada de atención parecerían suficientes—.

Por su parte, en los dos últimos casos se aprecia una falta de congruencia, dado que no existe relación entre dichas conductas penalizables y el objeto del contrato; es más, llama bastante la atención que la entidad no solo pretenda fiscalizar el cumplimiento de obligaciones laborales, sino que además regula un supuesto deber de información sobre el cumplimiento de dichas obligaciones. Se trata, a nuestro parecer, de un exceso en la imposición de obligaciones y, por ende, un exceso en la fijación de penalidades.

Se aprecia así que, aun cuando la norma exija razonabilidad, objetividad y congruencia, las entidades muchas veces pueden estipular penalidades que no cumplen con esos crite-

10. Oscar Alejos, “Convenios arbitrales desequilibrados en los contratos públicos bajo la Ley de Contrataciones del Estado”, *Derecho PUCP* 28, (2019): 358-359.

rios. Frente a ello, es importante recordar que la discrecionalidad que les concede la norma para fijar penalidades no puede ser confundida con arbitrariedad. En efecto, es cierto que las entidades pueden fijar discrecionalmente los supuestos penalizables; sin embargo, esa fijación debe responder a criterios de objetividad, razonabilidad y congruencia. Caso contrario, estaríamos frente a penalidades ilegalmente estipuladas y, eventualmente, indebidamente impuestas.

Por otro lado, es importante mencionar que, en ambos tipos de penalidad, tanto la penalidad por retraso como la penalidad tasada tienen como límite el 10% del valor del contrato, supuesto en el cual la entidad queda habilitada para resolver el contrato sin intimación. He aquí otra prueba del desbalance que existe entre contratista y entidad, pues el primero nunca puede resolver el contrato sin previa intimación, por más grave que sea el incumplimiento.

Un aspecto de especial importancia es el procedimiento de imposición de la penalidad por mora. A falta de un procedimiento expreso en la Ley o el Reglamento, se ha vuelto —mala— costumbre de las entidades imponer las penalidades sin previo aviso. Así, el contratista se entera una vez que se liquida o se paga, descontando los montos de penalidades por mora.

Esta práctica debe descartarse. En primer lugar, porque todo acto de gravamen —incluyendo las penalidades— debe venir precedido de una audiencia previa.¹¹ En segundo lugar, porque el mismo Reglamento permite al contratista liberarse de la penalidad por mora si demuestra que el retraso no le es imputable; para ello, de-

bería ser previamente informado antes de que se le imponga la penalidad.

Así, un punto a favor del marco normativo actual es que se ha eliminado la dependencia que existía entre la penalidad por mora y la ampliación de plazo —artículo 162 del Reglamento—. Antes, si uno no pedía una ampliación de plazo, o le era denegada, el retraso se consideraba penalizable. A la fecha, ello no es así, de manera que el contratista —con o sin ampliación de plazo— tiene la posibilidad de demostrar que el retraso no le resulta imputable y, por ende, no puede ser penalizado.¹²

Quizás siguiendo esta misma lógica, las reglas deberían dirigirse a controlar mejor la estipulación y ejecución de las penalidades, dado que estas son el mecanismo más natural y propio para desincentivar incumplimientos contractuales. Iñigo Sanz¹³ privilegia el uso de penalidades contractuales, precisamente porque las considera más eficaces como medidas coercitivas e indemnizatorias. Compartimos su apreciación.

3. Ejecución de garantía de fiel cumplimiento.

Ahora bien, como adelantábamos al inicio de este artículo, la resolución del contrato imputable al contratista acarrea consecuencias dramáticas para éste: la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento —equivalente al 10% del monto del contrato— y la denuncia ante el Tribunal de Contrataciones del Estado para que se le sancione con una inhabilitación para contratar. En ambos casos, el contratista se ve sometido a procesos *kafkianos*, en tanto no importan los argumentos que exponga, igual su destino está decidido de antemano.

11. Iñigo Sanz, "Propuesta para una mejora del régimen sancionador en materia de contratos públicos" en *Tendencias actuales en contratación pública*, dirigido por Eloy Espinosa-Saldaña, (Lima: Gaceta Jurídica, 2014), 139.

12. Víctor Baca, "La modificación del régimen jurídico de los contratos de gestión patrimonial en derecho peruano", *Derecho Administrativo: Hacia un Estado más confiable. Libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, (Lima: ECB, 2016), 547.

13. Sanz, "Propuesta para una mejora del régimen sancionador en materia de contratos público", 139.

La garantía de fiel cumplimiento se ejecuta de inmediato, sin que el contratista pueda argüir nada en su defensa. Además, se ejecuta por el íntegro, sin que sea necesario demostrar que el daño sufrido es proporcional al monto ejecutado, pese a que éste cumple una función resarcitoria. Textualmente, el artículo 155 del Reglamento establece que el monto de la garantía le corresponde a la entidad *“independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado”*.

Aun cuando la Ley no lo diga, la interpretación que ha realizado el OSCE es que dicha garantía no solo cumpliría una función resarcitoria, sino además compulsoria. Por ejemplo, en la Opinión N° 017-2019/DTN, se señaló lo siguiente:

“En adición a ello, este Organismo Técnico Especializado ha señalado en diversas Opiniones que tales garantías cumplían una doble función: compulsiva y resarcitoria. Eran compulsivas, puesto que pretendían compeler u obligar al contratista a cumplir con todas sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ejecutar las garantías presentadas por este; asimismo, eran resarcitorias, puesto que pretendían, con su ejecución, indemnizar a la Entidad por los eventuales daños que hubiera sufrido debido al incumplimiento del contratista”.

Entonces, al ejecutar dicha garantía, la entidad no sólo buscaría resarcir los daños generados por el incumplimiento, sino además *“compeler”* al contratista para que cumpla.

Esta doble función revela lo que podría ser un exceso de punición, porque el mismo Reglamento establece que la entidad podría reclamar un resarcimiento mayor, si la garantía no cubre los daños. En efecto, el artículo 166 del Reglamento dispone expresamente que la entidad *“ejecuta las garantías que el contratista hu-*

biera otorgado sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños irrogados”.

Entonces, el escenario ventajoso para la entidad es evidente. Si el daño sufrido es menor al monto de la garantía, igual se ejecuta toda sin devolución, porque la diferencia se considera un mecanismo de compulsión; si el daño sufrido es mayor al monto de la garantía, la entidad ejecuta por el todo y, además, puede reclamar mayores daños en arbitraje. Algo anda mal aquí.

Esta regla de ejecutar la garantía por el todo, aun cuando el daño sea menor, es totalmente irrazonable. La supuesta función punitiva de la garantía carece de justificación, más aún cuando el incumplimiento ya tiene sanción, como veremos en breve.

4. Sanción de inhabilitación.

Finalmente, la denuncia ante el Tribunal de Contrataciones del Estado constituye la antesala de un procedimiento sancionador que de todas maneras se iniciará.¹⁴ Y, una vez iniciado, tiene un cauce que podría calificarse de automático. En efecto, en este procedimiento, el Tribunal valora dos escenarios: (i) si el contratista ha dejado consentir la resolución, se presume que era culpable y, por ende, se le sanciona sin importar su defensa —sólo se verifica que se haya seguido el proceso previo de resolución vía intimación—; o, (ii) si el contratista ha controvertido la resolución ante tribunal arbitral, se espera la decisión de éste: si confirma la resolución, se sanciona; caso contrario, se archiva.

Como se puede apreciar, el procedimiento sancionador se torna casi en automático. La evaluación que realiza el Tribunal es prácticamente nula, limitándose a comprobar los supuestos antes mencionados. Cabe señalar que esta interpretación la tiene el Tribunal desde la nor-

14. Cabe mencionar que la infracción se encuentra tipificada en el artículo 50 de la Ley, en los siguientes términos: *“Ocasionar que la Entidad resuelva el contrato, incluido Acuerdos Marco, siempre que dicha resolución haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral”*.

mativa anterior; tan es así que en el año 2012 tomó el Acuerdo N° 006/2012:

“En el procedimiento sancionador no corresponde evaluar la decisión de la Entidad de resolver el contrato, constituyendo un elemento necesario para imponer la sanción, verificar que esa decisión ha quedado consentida, por no haberse iniciado los procedimientos de solución de controversia conforme a lo previsto en la Ley y su Reglamento. De haberse iniciado una conciliación o un procedimiento arbitral, un requisito para la imposición de la sanción es que haya un acta de conciliación o un laudo arbitral que confirme la resolución contractual declarada por la Entidad o, en caso contrario, un acta o constancia emitida por el conciliador en el que conste que no hubo acuerdo sobre esta decisión o una resolución que declare el archivamiento definitivo del proceso arbitral”.

El Tribunal mantiene la misma interpretación a la fecha. Por ejemplo, en la Resolución N° 0505-2019-TCE-S1, se señaló lo siguiente:

“Por otro lado, a fin de verificar si la decisión de resolver el contrato fue consentida o se encuentra firme, como segunda condición para determinar responsabilidad administrativa, es pertinente indicar que, en los procedimientos administrativos sancionadores referidos a la infracción materia de análisis, lo que corresponde es verificar si las partes han recurrido oportunamente a los mecanismos de solución de controversias, es decir a conciliación o arbitraje, a fin de verificar la conformidad sobre la decisión de la Entidad de resolver el contrato.

Para ello, deberá analizarse los plazos y el procedimiento de solución de controver-

sias contractuales aplicable a cada caso en concreto. Si se comprueba que se iniciaron oportunamente los mecanismos respectivos, el Tribunal suspenderá el procedimiento administrativo sancionador iniciado y consiguientemente se suspenderá el plazo de prescripción, conforme al artículo 223 del Reglamento modificado.

Por otro lado, si se verifica que el contratista no activó los mecanismos de solución de controversias dentro del plazo establecido para ello, el Tribunal asumirá que la resolución del contrato quedó consentida, aun cuando exista en trámite un procedimiento conciliatorio o arbitral iniciado extemporáneamente”.

Así, se excluye analizar la configuración del tipo infractor, menos aún la culpabilidad del imputado. A ello se suma que el Reglamento ha excluido la aplicación de eximentes de responsabilidad en una disposición que es claramente ilegal.¹⁵

En ese sentido, si un contratista —cuya resolución de contrato ha quedado consentida o se ha confirmado por un tribunal arbitral— es acusado por el Tribunal de Contrataciones del Estado, prácticamente se enfrenta a una crónica de una muerte anunciada, porque está garantizada su sanción.

En suma, si el contratista incumple cualquier obligación del contrato, la entidad le puede penalizar, resolver el contrato, ejecutar la garantía de fiel cumplimiento, demandar daños si la garantía quedó corta y, por si no fuera poco, denunciar ante el Tribunal de Contrataciones del Estado para que se imponga sanción de inhabilitación.

De ahí que sorprende que, en su momento, Mario Linares¹⁶ haya afirmado que *“a la facultad*

15. Ramón Huapaya, Néstor Shimabukuro y Oscar Alejos, “Cinco afrentas al régimen sancionador común de la Ley del Procedimiento Administrativo General”, *Actualidad Jurídica* 311 (2019): 22. También: Piero Rojas y Mario Linares, “La contravención de las disposiciones del procedimiento sancionador en materia de contrataciones del estado al régimen común del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General”, *Derecho & Sociedad* 54 (2020): 176.

16. Mario Linares, “El contrato administrativo en el Perú”, *Revista de Derecho Administrativo* 1 (2006): 299.

de resolver el contrato por incumplimiento en el marco de nuestro ordenamiento de contratos del Estado, no puede tildársele de potestad ni de prerrogativa (...) debido a que no es exorbitante respecto del campo privado". Evidentemente, esta afirmación no tiene sustento hoy en día. Aun cuando pueda discutirse sobre su naturaleza de potestad o prerrogativa, no queda dudas que el régimen es exorbitante respecto de lo que ocurre en los contratos entre privados.

La exageración es innecesaria. Lo que la realidad muestra es suficiente. El contratista queda sin contrato, sin garantía, con menos dinero e inhabilitado para volver a contratar con el Estado. En muchos casos, esa inhabilitación le significa la muerte.

IV. EL DESEQUILIBRIO Y SU FALTA DE JUSTIFICACIÓN

No hay novedad en decir que la relación entre la entidad y el contratista público es desequilibrada.¹⁷ La sola posición de la entidad como parte de la Administración Pública revela que la balanza se inclina a su favor. Recordemos que la Administración no deja de serlo cuando contrata¹⁸, por lo que se acepta que cuente con determinadas potestades —previstas en la Ley— que le permitan tutelar el interés público subyacente al contrato.¹⁹

Sin embargo, de ello no se deriva que dicho desequilibrio pueda ser tan acentuado, mucho menos que puedan establecerse reglas sin justificación alguna. Precisamente creemos que este es un caso en el cual no existe mayor justificación para que la balanza se encuentre tan inclinada a favor de la Administración.

Un primer punto que debe tomarse en cuenta es que la elección de la forma contractual para alcanzar el interés público implica que la Administración está privilegiando la colaboración, antes que la imposición. Nos explicamos.

Meilán Gil²⁰ habla sobre la instrumentalidad de las categorías para sostener que la Administración elige entre acto y contrato con una dosis de oportunismo. En ese sentido, en algunos casos podría actuar por medio de actos administrativos, cuando quiere imponerse unilateralmente —por ejemplo, en una expropiación—; mientras que, en otros casos, buscará los mismos objetivos mediante un contrato, privilegiando la colaboración antes que la imposición.

Si esta es la lógica que inspira las relaciones contractuales de la Administración, pierde sentido que las normas hayan establecido un régimen tan diferenciado en perjuicio del contratista. En efecto, con estas reglas no sólo se desincentiva la participación de más postores, sino que además se les niega la condición de colaboradores de la Administración.

Un segundo punto trae a colación los conceptos de exceso de punición y razonabilidad. La lógica detrás del principio de razonabilidad es que la Administración utilice los medios más idóneos y proporcionales, pero menos gravosos para lograr sus objetivos —artículo IV de la Ley de Procedimiento Administrativo General—. Si el objetivo es desincentivar el incumplimiento, queda claro que no son necesarias tantas armas —penalidades, garantías, resolución, sanción, etc.—.

Por ello, desde fuera, se ha criticado la legislación peruana por la existencia de potestad

17. Oscar Alejos, "Convenios arbitrales desequilibrados en los contratos públicos bajo la Ley de Contrataciones del Estado", *Derecho PUCP* 28, (2019): 349.

18. Ramón Huapaya, "Concepto, especies y criterios del contrato público" en *Estudios de Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Iberoamericano. Innovación y reforma. Libro Homenaje al Profesor Juan Carlos Cassagne*, (Lima: Gaceta Jurídica, 2018), 624.

19. José Luis Meilán Gil, "Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos", *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña* 8 (2004): 518.

20. *Ibid* 508.

sancionadora en estos casos.²¹ Según este autor, el régimen de penalidades sería suficiente para desincentivar el incumplimiento, además que la entidad recibiría una suerte de resarcimiento. En ese sentido, mantener un régimen sancionador en estos casos sería realmente un exceso que, además, termina por desconocer que la potestad sancionadora —como la penal— debe ser considerada una herramienta subsidiaria.

Un tercer punto es que este régimen nos lleva a un resultado que termina por afectar el interés público que se quiere tutelar. Íñigo Sanz²² habla de la sanción de inhabilitación como una “autoprohibición para contratar” y, por ende, de una sanción absurda. La razón es que, en muchos casos, al inhabilitar a tantos proveedores —cuando se podría recurrir a otras medidas suficientes como las penalidades contractuales—, el Estado termina quedándose sin oferta. Si bien ello es un tema menor en mercados competitivos —por ejemplo, útiles de escritorio, alimentos, computadoras—, sí se convierte en un serio problema cuando estamos en mercados con poca oferta —por ejemplo, tecnología, telefonía, medicinas—.

Lo expuesto nos permite concluir que no existen razones para este desequilibrio en las normas que regulan la resolución del contrato por incumplimiento. El desbalance a favor de la Administración no solo carece de justificación, sino que puede terminar por vulnerar el mismo interés público que supuestamente protege.

V. MÁS ALLÁ DE LA REFORMA: CÓMO CAMBIAR LAS COSAS SIN CAMBIAR LA LEY

Frente a una mala ley, es buena una interpretación razonable. Esta es la premisa de la que partimos para intentar superar el desequilibrio que hemos descrito y criticado en el apartado anterior. Lo ideal sería, claro está, un cambio normativo; sin embargo, mientras ello no ocu-

rra, podemos utilizar como guía una interpretación adecuada de la norma.

Dicha interpretación debe partir de distintos sujetos. Así, se requiere una interpretación de la entidad para determinar cuándo debe resolver y cuándo corresponde ejecutar una garantía. Asimismo, se requiere una interpretación de los árbitros para determinar cuándo el incumplimiento amerita una resolución, y es necesario decirlo, no bajo reglas civiles, ni bajo una interpretación desequilibrada en base a la literalidad del Reglamento; por el contrario, se requiere una interpretación equitativa, paritaria, que parta del concepto y finalidad del contrato público, y no aplicar en forma desequilibrada la resolución contractual. Finalmente, se requiere también una interpretación del Tribunal de Contrataciones del Estado que, valorando adecuadamente los hechos, decida si corresponde aplicar una sanción en cada caso concreto. Vamos en orden.

Con relación al incumplimiento que habilita la resolución, hemos señalado que el Reglamento establece una diferencia literal que permitiría a la entidad resolver el contrato por el incumplimiento de cualquier obligación, mientras que el contratista sólo podría resolver por el incumplimiento de una obligación esencial. Así se desprende del artículo 164 del Reglamento.

Sin embargo, lo cierto es que la norma no establece expresamente que la entidad pueda resolver frente a “cualquier incumplimiento”, simplemente omite el término “esencial”. Surge entonces la pregunta: ¿de dicha omisión debe necesariamente deducirse que la entidad puede resolver por cualquier incumplimiento? Consideramos que no, de ninguna manera. La interpretación literal de un contrato público resiente a su esencia y finalidad.

El silencio de la norma puede interpretarse de múltiples formas. Una de ellas es la que viene

21. Sanz, “Propuesta para una mejora del régimen sancionador en materia de contratos público”, 133.

22. *Ibid* 138.

reinando en los árbitros, probablemente porque es la que se desprende literalmente del texto de la norma.

Aquí se propone una lectura distinta de la norma, más razonable y sustentada en el principio de buena fe, el cual sirve de guía para interpretar los alcances de todas las prerrogativas de la Administración.²³ Para ello, seguimos lo señalado por Cassagne²⁴, para quien la buena fe reclama lealtad de la contraparte, lealtad que impide resolver el contrato —es decir, recurrir al remedio más drástico— por cualquier incumplimiento que resulte de escasa trascendencia.

En ese sentido, una interpretación acorde con la buena fe sería considerar que, tanto contratista como entidad, están limitados a resolver el contrato solo cuando medie el incumplimiento de una obligación esencial. Queda descartada la posibilidad de resolver por cualquier incumplimiento; si se hace, se vulnera la buena fe, con las consecuencias que de ello se derivan.

La misma lógica de razonabilidad se impone al momento de decidir si se ejecuta una garantía o no, así como qué debe hacerse en caso de desproporción entre el monto ejecutado y los daños efectivamente conculcados. Aquí la razonabilidad exige que la entidad —si bien constreñida legalmente a ejecutar por el todo— devuelva aquel monto que resulte excesivo en comparación con el daño causado. Ese mismo análisis se exige de los árbitros que tengan que lidiar con una controversia de este tipo.

Finalmente, en lo que se refiere al régimen sancionador, dos medidas pueden ser tomadas en

cuenta por el Tribunal. La primera consiste en reconocer que nos apartamos del principio de oficialidad y pasamos a uno de oportunidad para el inicio de procedimientos sancionadores²⁵; es decir, el Tribunal debe reconocer que no está obligado a iniciar procedimiento, sino que puede hacerlo de considerarlo conveniente. En otras palabras, el Tribunal debería ser capaz de no sancionar si determina que el interés público ya ha sido bastante cautelado —con tantas penalidades, garantías, indemnizaciones, etcétera—.

La segunda medida pasa por comprender que el procedimiento sancionador en estos casos no debe ser automático, sino que es necesario que el Tribunal evalúe adecuadamente los casos que son sometidos a su conocimiento. En dicha evaluación, el Tribunal debe partir de la premisa que la falta de cuestionamiento de una resolución en arbitraje no implica consentimiento. Así lo sostuvo la Corte Suprema en la sentencia de Casación N° 15205-2016-Lima, publicada el 31 de julio de 2019 en el Diario Oficial El Peruano. En dicha sentencia, la Corte Suprema confirmó la nulidad de una sanción impuesta por el Tribunal, al constatar que éste no había analizado la legalidad de la resolución contractual; de esa forma, se descartó que el contratista hubiera consentido una resolución sólo por no haber acudido al arbitraje.

Lo expuesto permite comprender que los casos de infracciones por supuestamente dar lugar a la resolución del contrato no son tan fáciles como ha pretendido ver el Tribunal en los últimos años. Es imprescindible, entonces, romper viejos mitos, y empezar a analizar cada caso con sus particularidades.

23. Véase: Ramón Huapaya, "Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (con especial referencia al marco jurídico de promoción de la Inversión Privada en el Perú)", *Ius et Veritas* 46 (2013): 318; y, Juan Carlos Morón, *La contratación estatal*, (Lima: Gaceta Jurídica, 2016), 199.

24. Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo*, Tercera edición, (Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009), 100.

25. Véase: Sanz, "Propuesta para una mejora del régimen sancionador en materia de contratos público", 144; y, Óscar Alejos, "Los olvidados principios de razonabilidad y proporcionalidad. A propósito del caso ACIP contra La Rosa Náutica", *Diálogo con la Jurisprudencia* 255 (2019): 78.

VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Como hemos señalado a lo largo de este artículo, es normal que existan diferencias entre entidad y contratista. La propia naturaleza de la Administración Pública y su deber de velar por el interés público así lo exigen. Por eso la Ley le concede distintas prerrogativas —modificación del contrato, intervención de la obra, etcétera— que forman un régimen exorbitante a su favor.²⁶

En la mayoría de los casos dichas prerrogativas tienen una clara justificación en el interés público. Un ejemplo claro es la aprobación de adicionales; si una obra requiere de una prestación adicional para cumplir con su finalidad, tiene pleno sentido que se apruebe el adicional.

Pero en otros casos, la diferencia entre contratista y entidad pierde sentido, y no existe interés público que la justifique. Sucede así en el régimen del incumplimiento, en donde la balanza se inclina a favor de la entidad. Como hemos visto a lo largo de este artículo, el contratista no sólo queda en una posición desventajosa, sino que además es severamente vapuleado hasta prácticamente morir como contratista del Estado.

Sin duda, estos excesos reclaman un cambio legislativo. Lamentablemente esos cambios

tardan mucho en llegar o no llegan nunca, quedando la solución —temporal, parcial y subóptima— en manos de los que aplican el derecho —funcionarios, litigantes, árbitros—. Así, hemos presentado algunas posibles soluciones que tienen en común una interpretación de las normas basada en el principio de razonabilidad.

Sin perjuicio de ello, nos parece que este tema invita a la reflexión respecto de qué esquema de contratación pública queremos. Es cierto que la Administración no deja de serlo cuando contrata, pero también es cierto que recurre al contrato en lugar del acto, precisamente porque prefiere un esquema de colaboración, antes que uno de imposición.

Si partimos de esta premisa, entonces no es difícil comprender que la Administración debería adoptar una posición más colaborativa en la ejecución de sus contratos, privilegiando los acuerdos, pactos y transacciones, antes que las imposiciones y los litigios. El contratista no debe ser visto como enemigo; debe ser visto y tratado como un colaborador, como alguien necesario para que la Administración cumpla con sus finalidades de interés público, en una lógica de colaboración, beneficio conjunto y conmutatividad, como lo expresa calificada doctrina.²⁷

26. Véase: Cassagne, *El contrato administrativo*, 26; y. José Luis Meilán Gil, “Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos”, *Derecho PUCP* 66 (2011): 242.

27. Pedro Fernández Sánchez, *Direito da Contratação Pública*. I, Primera edición, (Lisboa: AAFDL Editora, 2020), 17

Calidad regulatoria en Perú: de la simplificación administrativa al análisis de impacto regulatorio en cámara lenta

EDUARDO QUINTANA SÁNCHEZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Master en Regulación de Servicios Públicos por la London School of
Economics and Political Science.
Profesor de las Facultades de Derecho y Programas de Post Grado de la
Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad del Pacífico.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 17 de febrero de 2021 y fue aceptado con fecha 18 de julio de 2021.



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Reforma Regulatoria: AIR y Simplificación Administrativa.
 1. Análisis de Impacto Regulatorio — AIR.
 2. Simplificación Administrativa — *red tape*—.
 3. Calidad regulatoria: ¿AIR o simplificación administrativa?
- III. Simplificación administrativa y AIR en Perú.
 1. Simplificación administrativa en Perú.
 2. ¿Programas de AIR en Perú?
 - 2.1. ACB para proyectos de ley y regulaciones de inferior jerarquía.
 - 2.2. Principios de AIR en la regulación de servicios públicos.
 - 2.3. Evaluaciones *ex post* del impacto de las regulaciones sobre el acceso o permanencia en el mercado.
- IV. Análisis de Calidad Regulatoria — ACR en Perú.
- V. El Reglamento de AIR: un esfuerzo frágil para la reforma regulatoria integral.
- VI. Una oportunidad perdida y una reforma regulatoria aún incompleta.

RESUMEN:

En este artículo se revisa y discute la distinción equívoca que ha surgido en Perú —a nivel legal y conceptual— entre lo que se ha denominado análisis de calidad regulatoria, asociándolo con una herramienta de simplificación administrativa, y la llamada mejora de la calidad regulatoria a través, entre otros instrumentos, del Análisis de Impacto Regulatorio —AIR. Para ello, se describen los conceptos e iniciativas desarrolladas por la mejor práctica internacional sobre el AIR, como piedra angular para asegurar la calidad de las regulaciones sustantivas —regulación económica, social, etcétera—, y sobre las herramientas de simplificación administrativa para reducir cargas regulatorias, como medidas complementarias. Igualmente, se explica el extenso desarrollo que se ha dado en Perú a la simplificación administrativa, y cómo hace 5 años se lanzó el programa de Análisis de Calidad Regulatoria —ACR, pero reduciéndolo a una forma, más sofisticada, de simplificación administrativa. Asimismo, se explican las iniciativas dispersas y poco efectivas de AIR que hasta ahora se habían dado en nuestro país. Finalmente, se describe la nueva reglamentación del AIR como un esfuerzo frágil aún para implementar una reforma regulatoria integral. Como conclusiones relevantes se tiene que la reforma regulatoria peruana ha priorizado los mecanismos accesorios en vez de los sustantivos, el mandato para hacer exigible el AIR es frágil porque solo está plasmado en una norma de rango infra legal, y además las reglas más relevantes para hacerlo efectivo aún pueden retrasarse. Es decir, continúa siendo una reforma regulatoria incompleta, vulnerable, y concentrada en la simplificación administrativa. .

Palabras clave: Análisis de impacto regulatorio, calidad regulatoria, cargas administrativas, reforma regulatoria, AIR (RIA), simplificación administrativa.

ABSTRACT:

This paper reviews and discusses a wrong distinction that has arisen in Peru —at both legal and conceptual levels— between (i) the so-called regulatory quality analysis, even though it is only an additional administrative simplification tool, and (ii) the improvement of regulatory quality through several tools including regulatory impact assessment —RIA. With this aim, it describes the concepts and initiatives implemented by the best international practices concerning, on one hand RIA as a cornerstone to ensure the quality of substantive regulations —economic and social regulations— and on the other hand, administrative simplification tools to reduce red tape as complementary measures. Likewise, it explains the developments in administrative simplification in Peru, including the launching of the so-called regulatory quality analysis program 5 years ago, reducing it only to a —more sophisticated— administrative simplification tool. This paper describes also the scattered and ineffective initiatives on RIA that have been carried out in Peru, as well as the latest RIA regulation which is still a fragile effort to effectively implement an integral regulatory reform. In sum, Peruvian regulatory reform has prioritized ancillary mechanisms rather than substantive ones. The mandate to enforce RIA is weak because it has been only passed by a regulation rather than a law, and the approval of relevant provisions to make RIA effective may still be delayed. Therefore, regulatory reform is yet incomplete, vulnerable, and focused on administrative simplification.

Keywords: Administrative simplification, red tape, regulatory impact assessment, RIA, regulatory reform, regulatory quality.

I. INTRODUCCIÓN

¿A quién no le gusta tener cosas de calidad? La simple referencia a que algo es de calidad implica una valoración positiva. Usualmente se tiene disposición a invertir los recursos, sean pocos o muchos, en algo de mayor calidad. La información confusa sobre algo que es de calidad disgusta, se considera engañosa. En el caso de la calidad de la regulación o de la denominada calidad regulatoria sucede lo mismo.

El término regulación abarca las distintas formas en que el estado interviene en la vida de los privados y en la propia actuación de los

agentes públicos, a través de normas generales o decisiones y actos particulares, referidos a aspectos simples y cotidianos o a ámbitos complejos y abstractos.

El estado regula cuando crea obligaciones como tener el Documento Nacional de Identidad vigente, presentar la partida de nacimiento para un trámite, llenar vía digital declaraciones periódicas sobre ingresos personales para efectos de pago de impuestos, cumplir requisitos y presentar documentos para obtener una licencia de funcionamiento para una empresa o para construir una planta industrial, generar registros detallados de información sobre las

actividades económicas que realizan las empresas para ser remitidos a alguna autoridad, entre otros.

A estas exigencias, requisitos y trámites se les denomina cargas regulatorias, porque imponen costos en tiempo y dinero para las personas y empresas. Si no están bien pensadas, son redundantes o resultan desproporcionadas, darles cumplimiento puede ser inviable o invivible. Se convierte en lo que peyorativamente llamamos “pura burocracia”.

Pero el estado también regula cuando permite que un abogado ejerza su profesión en todo el país bastando que tenga el registro vigente de alguno de los colegios de abogados existentes; cuando limita a 2 el número de operadores de servicios de transporte terrestre interprovincial autorizados para la ruta Lima – Huancayo; cuando cambia de 93% a 99% el estándar mínimo de concentración del oxígeno medicinal que deben adquirir los centros de salud; cuando establece una tasa de impuesto selectivo al consumo de 40% para el uso de combustibles con ciertos niveles de azufre; o cuando fija la tasa de interés legal.

Estas medidas crean derechos, establecen prohibiciones o restricciones, determinan reglas de actuación para las personas o empresas, o generan incentivos para promover determinados comportamientos deseados. Ellas definen situaciones en las que seguramente habrá beneficiados y perjudicados, que implicarán algunos costos de cumplimiento difíciles de identificar y valorar, cuya supervisión requerirá la inversión de recursos de distinto calibre por parte de las entidades públicas. Se trata de regulación sustantiva, cuya creación y mantenimiento en vigencia debe ser cuidadosamente estudiado.

Las intervenciones del estado son necesarias para generar equilibrios dentro de la sociedad y para contribuir al desarrollo, pero siempre que sean razonables, acotadas a lo mínimo para no limitar indebidamente la libertad individual, manteniéndose en todo lo posible como supletorias a la decisión o iniciativa

privada, y en general asegurando que sean estrictamente proporcionales a los fines que buscan lograr.

La calidad del proceso de creación y mantenimiento en vigencia de las regulaciones se asegura cuidando que se logren sus objetivos al menor costo posible para la sociedad. Esto se logra evaluando suficientemente sus impactos positivos y negativos, y escuchando también las posiciones de todos los interesados. No solo debe asegurarse la calidad de las regulaciones que establecen requisitos y trámites, sino sobre todo de aquellas que definen los aspectos sustantivos.

En esa línea, los esfuerzos por reducir y racionalizar las cargas administrativas se engloban dentro del concepto de simplificación administrativa, independientemente de los instrumentos que se utilicen, sean aprobaciones automáticas y silencios administrativos positivos o negativos, reglas de no duplicación de documentos o de reportes de información, métodos de cuantificación de los costos de cumplimiento, etcétera

De otro lado, los esfuerzos para asegurar que se creen regulaciones sustantivas que cumplan sus objetivos de manera efectiva y eficiente, esto es, sin generar costos exagerados respecto de los problemas que buscan resolver o de los fines que persiguen, se engloban bajo el nombre de evaluación o análisis de impacto regulatorio —AIR o RIA por las siglas del término en inglés—, independientemente del tipo de metodología que se utilice para medir y comparar las ventajas y desventajas de las medidas propuestas —análisis costo-beneficio, análisis costo-riesgo, análisis multicriterio, etcétera—. Esta evaluación siempre viene acompañada de mecanismos de consulta pública sistemática para escuchar a todos los interesados. De este modo, el AIR constituye una forma óptima y democrática de asegurar la calidad regulatoria.

Sin embargo, en Perú ha surgido una distinción equívoca —a nivel legal y conceptual— entre el análisis de calidad regulatoria asociado solo

a la simplificación administrativa, y los instrumentos de mejora regulatoria que incluyen, entre otros, al AIR, como si este último estuviera al mismo nivel que la simplificación administrativa o aún peor como si tuviera una relevancia menor, cuando a nivel internacional es todo lo contrario.

En este trabajo se explica el contexto nacional en materia de simplificación administrativa y de AIR, se presenta y discute la distinción que ha surgido y por qué no tiene asidero, y cómo ha contribuido a que hasta ahora la reforma regulatoria en Perú siga incompleta, sea vulnerable, y esté concentrada aún en la simplificación administrativa.

II. REFORMA REGULATORIA: AIR Y SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

La búsqueda de la reducción de las cargas impuestas por la administración pública a los ciudadanos y en particular a la libre empresa surgió hace varias décadas atrás, pero el objetivo de racionalizar el quehacer normativo del estado se ha vuelto cada vez más ambicioso y sofisticado, encaminándose por las rutas del AIR, como sistema y/o proceso más sofisticado para lograr esa meta.

Ciertamente, en las iniciativas para tratar de conseguir que las regulaciones logren su objetivo al menor costo posible, ha primado el enfoque económico, pero con distintos niveles de protagonismo. Algunos países o jurisdicciones sustentan la viabilidad de la regulación a emitirse en los resultados de un análisis tipo costo-beneficio; otras se valen de la evaluación de los impactos de la regulación principalmente para informar de manera oportuna y suficiente a quienes deben aprobarla; y también están las que concentran la evaluación a ámbitos más acotados, por ejemplo limitando los alcances del análisis de impacto por la materia —solo impacto en costos de cumplimiento por los

emprendedores o empresas— o por el tipo de normas —solo las exigencias y trámites administrativos excesivos—.

1. Análisis de Impacto Regulatorio – AIR.

El origen de las iniciativas antes mencionadas pueden rastrearse en decisiones de instancias administrativas o judiciales de revisión de medidas y exigencias impuestas por el estado a los administrados, como por ejemplo el Consejo de Estado Francés o la Corte Suprema de Estados Unidos, que para verificar si tales medidas o exigencias respondían efectivamente al interés público, exigían que las restricciones a la propiedad, los costos financieros o el costo social impuesto no superasen los beneficios esperados de la alternativa normativa escogida, o en todo caso que las autoridades demostraran que habían considerado razonablemente formas alternativas de regulación para escoger las menos restrictivas.¹

No obstante, como se sabe, las primeras manifestaciones sistemáticas de esta forma de análisis de la regulación surgieron en 1981 durante el gobierno de Reagan en Estados Unidos, y en 1986 durante el gobierno de Thatcher en el Reino Unido.

Al respecto, mediante la Orden Ejecutiva 12291 de 1981 se estableció un conjunto de reglas para la creación de nueva regulación en Estados Unidos, que configuran el denominado análisis costo-beneficio, entre las que pueden señalarse:

- a) Que se valore monetariamente las diferentes ventajas y costos esperados de la medida, sean directos o indirectos, para los distintos posibles beneficiarios y afectados, incluyendo al propio estado, en el corto y mediano plazo;
- b) Que se comparen los costos y beneficios y términos monetarios;

1. Jean-Bernard Auby y Thomas Perroud, *Regulatory Impact Assessment Introduction*, (Sevilla: Global Law Press, 2013), 22-24 y 26-28.

- c) Que no se adopten regulaciones salvo que sus beneficios potenciales estimados superen sus potenciales costos para la sociedad;
 - d) Que se adopten los objetivos de la regulación que maximicen el beneficio neto para la sociedad;
 - e) Que, entre varias alternativas para lograr un objetivo regulatorio, se escoja la que ocasione el menor costo neto para la sociedad; entre otras.
- d) Considerar los riesgos asociados a su aplicación,
 - e) Efectuar la consulta pública del caso para recoger opiniones y sugerencias de los interesados, y
 - f) Escoger la alternativa de intervención reguladora más apropiada teniendo todos esos elementos de juicio a su alcance, o preferir la opción de no regular.²

En 1993 se emitió la Orden Ejecutiva 12866 durante el gobierno de Clinton, haciendo algunos cambios en el énfasis del análisis para señalar, por ejemplo, que los beneficios esperados de las regulaciones debían justificar —ya no superar— sus costos, así como la relevancia de considerar también los impactos distributivos y de equidad de las medidas.

En el caso del Reino Unido, la primera iniciativa para impulsar el análisis del impacto de la regulación se dio en 1986, cuando se ordenó que todas las autoridades del gobierno debían evaluar el impacto de los proyectos normativos en los costos de cumplimiento de esas normas por las empresas, que luego se denominó análisis de costos de cumplimiento, incluyendo también la revisión periódica de las regulaciones para eliminar, simplificar o racionalizar las exigencias impuestas en las empresas.

Este enfoque fue sustituido en 1998 durante el gobierno de Blair, como parte de la Iniciativa de Mejora del Gobierno “*Better Regulation*”, estableciéndose un sistema de evaluación de impacto regulatorio más integral, mediante etapas consecutivas para:

- a) Definir el objetivo de la intervención reguladora propuesta,
- b) Identificar las alternativas de regulación disponibles para conseguir ese objetivo,
- c) Evaluar los costos y beneficios de cada al-

ternativa para los distintos agentes involucrados incluyendo al propio estado encargado de hacer cumplir la regulación,

Si bien este tipo de evaluación de impacto en el Reino Unido sigue teniendo un enfoque económico, no implica que la aprobación de la regulación dependa de que los beneficios superen los costos identificados, como fue originalmente en Estados Unidos.

En paralelo, bajo su denominado programa de “*reforma regulatoria*”, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE, promovió durante la década de 1990 la implementación de sistemas de AIR —con las mismas características del descrito para Reino Unido en 1998—, como una segunda etapa luego de la ola de desregulación de la economía que impactó en diversos países miembros de esa entidad. Así, la adopción del AIR se materializó primero en los países más desarrollados y paulatinamente y con distinto alcance en países en vías de desarrollo.

El término reforma regulatoria es utilizado por la OCDE

“para referirse a cambios que mejoran la calidad regulatoria, es decir, que mejoran el desempeño, la rentabilidad o la calidad de las regulaciones y las formalidades gubernamentales relacionadas. La reforma puede significar la revisión de una sola regulación, la desarticulación y reconstrucción de todo un régimen regulatorio y sus instituciones, o la mejora de los procesos para hacer regula-

2. Auby y Perroud. *Regulatory Impact Assessment Introduction*, p. 32-37.

ciones y gestionar la reforma” —subrayado añadido—.³

Para tales efectos, la OCDE distinguió tres grandes categorías de regulaciones nacidas del aparato estatal en todo o en parte que son materia de la reforma regulatoria:

- a) Regulaciones económicas, a través de las cuales se interviene en las decisiones de los agentes que participan en los mercados, como los precios que pueden fijar o la posibilidad que tienen de entrar al mercado. La reforma de este tipo de regulaciones busca incrementar la eficiencia económica y la competencia, a través de medidas de desregulación, de reducción de barreras de entrada al mercado y a la innovación, etcétera.

Considérese, por ejemplo, normas que establecen el número máximo de proveedores del servicio de taxi habilitados en una ciudad, un listado de precios máximos que pueden cobrar los notarios por sus distintos servicios, la limitación temporal de ingreso al mercado de empresas que producen electricidad con ciertas tecnologías, el establecimiento de horarios máximos y días habilitados para el funcionamiento de centros comerciales, la modificación de la zonificación de un área considerada industrial a comercial.

- b) Regulaciones sociales, mediante las que se busca objetivos vinculados con la protección del medio ambiente, de la salud y seguridad, así como la cohesión social. En este rubro la reforma busca verificar la necesidad e idoneidad de las medidas aplicadas para conseguir esos fines, introduciendo en lo posible incentivos de mercado y

enfoques basados en el logro más efectivo y simple de los objetivos a un menor costo.

Por ejemplo, se refieren a normas sobre niveles máximos de emisiones para actividades industriales que utilicen determinado combustible, obligaciones sobre rotulado en productos alimenticios de consumo masivo, medidas que incrementan las condiciones de seguridad ocupacional en actividades de extracción minera, protocolos sanitarios para conducir establecimientos de venta de alimentos como restaurantes, etc.

- c) Trámites y procedimientos administrativos, que suelen calificarse como "trámites burocráticos" —en inglés se utiliza el término *red tape* para referirse a ellos—, a través de los cuales el estado recopila información de los administrados o define situaciones jurídicas individuales para ellos en el mercado. La reforma en este ámbito busca eliminar y/o simplificar los requisitos, así como mejorar la transparencia.

Algunos ejemplos hipotéticos podrían ser los requisitos para tramitar una licencia de construcción de una planta de harina de pescado, el trámite para obtener autorización de colocación de publicidad en la vía pública, las obligaciones de reporte semanal de transacciones con medios de pago electrónico por tipo de establecimiento, la obligación de registro en línea de atenciones a pacientes con dolencias relacionadas con enfermedades tropicales, y similares.

Como señalaba la OCDE en 1997, la mejora de la calidad regulatoria se concentraba en optimizar

“la capacidad de los gobiernos para actuar de manera efectiva al menor costo dentro de

3. Organisation for Economic Cooperation and Development, *Report on Regulatory Reform: Synthesis* (Paris: OECD Publishing, 1997), 6, <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf>. Traducción libre del siguiente texto: “Regulatory reform is used in the OECD work to refer to changes that improve regulatory quality, that is, enhance the performance, cost-effectiveness, or legal quality of regulations and related government formalities. Reform can mean revision of a single regulation, the scrapping and rebuilding of an entire regulatory regime and its institutions, or improvement of processes for making regulations and managing reform”.

*mercados innovadores, competitivos y globales. La reforma se basa en eliminar las regulaciones y las formalidades obsoletas o ineficaces; en la racionalización y simplificación de las que sean necesarias; en el uso de una gama más amplia de incentivos de mercado y enfoques regulatorios internacionales más flexibles; y en la introducción de una mayor disciplina, coordinación y transparencia dentro de los procesos regulatorios”.*⁴

Pero el enfoque de la reforma regulatoria fue evolucionando y sofisticándose rápidamente, y en 2002 la OCDE reportaba que sus miembros habían ido migrando rápidamente a la concepción más sofisticada de gestión regulatoria. Esto significaba, por ejemplo, pasar de preguntarse qué regulación se debía eliminar —lo que ponía énfasis en la simplificación de los trámites y procedimientos administrativos—, a implementar herramientas para optimizar el proceso de creación normativa y vigilar su funcionamiento eficaz, es decir, herramientas de AIR.

Si bien los esfuerzos se concentraron primero en identificar regulaciones inadecuadas, eliminar exigencias regulatorias excesivas y promover reformas específicas, paulatinamente la reforma regulatoria fue tomando un lugar más preponderante, a través de su reconocimiento expreso como una política de gobierno, con metas específicas y mecanismos de evaluación como el AIR con metodologías de análisis costo-beneficio y/o costo-efectividad, y el uso de mecanismos de consulta, así como asignando la responsabilidad por el programa de reforma a determinados ministros y entidades gubernamentales.⁵

Sin perjuicio de lo anterior, la OCDE verificaba que la evaluación de impactos de la regulación se había dado con distinto alcance, pues algunos países aplicaban el AIR completo, considerando la definición escrupulosa de costos y beneficios de distintas alternativas; mientras otros evaluaban principalmente los impactos para las empresas; y algunos se concentraban más en la reducción de cargas administrativas y de tramitación —red tape—. No obstante, la OCDE planteaba que la evaluación de impactos debía conceptualizarse como una herramienta para examinar sistemática y consistentemente los efectos potenciales de la regulación y comunicar los resultados a los encargados de aprobarla.⁶

Ciertamente, aún hay debate sobre el método para evaluar las ventajas y desventajas potenciales de la regulación, es decir, si conviene utilizar la metodología de costo-beneficio plena, pues ella exige una cuantificación monetaria de todos los impactos, incluyendo bienes que no están en el mercado como vida o salud, en el corto y largo plazo, en base a parámetros de disponibilidad de pago. Se discute también que con esta óptica pueda perderse de vista las diferencias reales en distribución de ingresos que existen en las sociedades —impactos distributivos— y cómo incorporar esa variable en el análisis. Por ello, ahora se trabaja con niveles intermedios de exigencia de cuantificación de impactos, enfatizando en aspectos como la efectividad o la coherencia de las normas con los objetivos que se buscan, o en determinados grupos de interés. Se ha acuñado así el denominado análisis multicriterio. Asimismo, se considera como alternativa una combinación de

4. *Ibid*, p. 9. Traducción libre del siguiente texto: “The focus of reform is on improving regulatory quality, a multi-faceted economic and legal concept aimed at improving the capacity of governments to act effectively at lowest cost within innovative, competitive, and global markets. Reform is based on screening out regulations and formalities that are outdated or ineffective; streamlining and simplification of those that are needed; use of a wider range of market incentives and more flexible and international regulatory approaches; and introduction of greater discipline, co-ordination, and transparency within regulatory processes”.

5. Organisation for Economic Co-operation and Development, *Regulatory Policies in OECD Countries: from Interventionism to Regulatory Governance* (Paris: OECD Publishing, 2002), 16 y 23.

6. *Ibid*, 44-45.

evaluación de impacto *ex ante* no tan exhaustiva y revisión *ex post* de efectividad.⁷

Asimismo, se proponen métodos simplificados de evaluación de impactos. En primer lugar, definir mejor el —o los— problemas específicos que se buscan solucionar con la regulación propuesta, de modo que la revisión de impactos se simplifique desde el origen. Segundo, se definan anticipadamente plantillas de preguntas clave a ser respondidas para ir identificando los impactos más serios. Tercero, se busque considerar preferentemente alternativas de regulación menos intervencionistas, guardando las más intrusivas —controles de precios, cuota de producción, estándares de calidad uniformizada obligatorios, limitaciones a la entrada al mercado, etcétera— para los problemas más complejos. Cuarto, se confíe más en la consulta pública para definir la razonabilidad de las soluciones regulatorias propuestas.⁸

Lo relevante de trabajar las propuestas regulatorias con el AIR es que hace concreta la lógica de la proporcionalidad de la intervención reguladora. Permite tener visibilidad de los impactos en términos de ventajas y desventajas bien identificadas, aun cuando no se utilice una metodología de costo-beneficio plena, porque permite un juicio valorativo sustentado en la factibilidad y costo de las soluciones regulatorias. En otras palabras, un método que refleje la

esencia del costo-beneficio, basado en la información que pueda recolectarse sobre los impactos, es una fuerte importante para entender los méritos de las medidas propuestas y apoyar la toma de decisiones. Además, la experiencia demuestra que, con el tiempo, las entidades se van sofisticando en la aplicación del AIR.⁹

En ese sentido, la OCDE ha puesto de relieve que: *“La experiencia demuestra que la contribución más importante del AIR para la calidad de las decisiones no está en la precisión de los cálculos, sino en la acción de analizar y cuestionar, comprender los impactos en el mundo real y explorar los presupuestos asumidos”*¹⁰ —subrayado añadido—.

Pero por sobre todo, es indiscutible en la actualidad que el AIR ya no solo es un método para darle racionalidad a la regulación, sino que se constituye en una nueva manera de definir y construir el interés público que se busca con la regulación. Así, se ha planteado con muy buen criterio que un sistema de AIR:

*“ejemplifica una concepción cambiante del interés público. El AIR muestra que el interés público ya no surge de la voluntad de la administración, sino de un equilibrio de costos y beneficios. El interés público ya no es algo que la administración pueda declarar unilateralmente; debe estar justificado, construido”*¹¹ —subrayado añadido—.

-
7. Andrea Renda, “Cost-Benefit Analysis and EU Policy. Limits and Opportunities”, en *The EU Better Regulation Agenda. A Critical Assessment*. Eds. Sacha Garben e Inge Govaere (Oxford: Hart Publishing, 2018), 49-62.
 8. Scott Jacobs, “Towards a simpler and Practical Approach”, en *Handbook of Regulatory Impact Assessment*. Eds. Claire Dunlop y Claudio Radaelli (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016), 78-90.
 9. Organisation for Economic Co-operation and Development, *Regulatory Policies...* 129.
 10. *Ibid.*, 47. Traducción libre del siguiente texto: “Far from being a technocratic tool that can be simply “added on” to the decision-making system by policy directive, it is a method for transforming the view of what is appropriate action, indeed, what is the proper role of the state. Experience makes clear that RIA’s most important contribution to the quality of decisions is not the precision of the calculations used, but the action of analysing – questioning, understanding real-world impacts, and exploring assumptions”.
 11. Auby y Perroud, *Regulatory Impact Assessment*, 22-23. Traducción libre del siguiente texto: “RIA exemplifies this changing conception of the public interest. First RIA shows that the public interests no longer stems from the will of the administration but from a balance of costs and benefits. The public interest is no longer something the administration can declare unilaterally; it must be justified, constructed”.

2. Simplificación administrativa —*red tape*—.

Sin perjuicio de la relevancia y efectividad de los programas de AIR que la OCDE promueve decididamente, esta entidad también reconoce los esfuerzos que se han desplegado en sus países miembros para lograr una mayor simplificación administrativa ante la constatación de que diversos costos regulatorios se trasladaban a los ciudadanos y empresas a través de formularios a completar, requisitos para obtener permisos, u obligaciones de reporte de información. Esto retrasa el inicio de actividades económicas, fuerza a los privados a desviar recursos destinados a inversiones productivas para cumplir con las exigencias administrativas, reduce la innovación y la creación de empleo.

En ese sentido, en 2003 la OCDE reportaba que los programas de simplificación administrativa buscaban eliminar disposiciones obsoletas o contradictorias e introducir herramientas para reducir y medir el impacto de las regulaciones administrativas. En particular, se buscaba mejorar la gestión gubernamental de los requisitos de información impuestos a las empresas, la ciudadanía y el sector público en general.¹²

Entre los casos de estudio relevantes se mencionaba por ejemplo la *Paper Reduction Act* emitida en los Estados Unidos en 1980, que contemplaba un programa centralizado para analizar y reducir las exigencias de recopilación de información impuestas. Esta norma obligó a las agencias federales a solicitar la aprobación de la *Office of Management and Budget* —OMB, antes de establecer cualquier medida de recopilación de información. La OMB evaluaba la solicitud sopesando la utilidad práctica de la información para la agencia frente a la carga que se impone al público. La agencia debía demostrar que exigir esa información era la forma más eficiente de obtener-

la, que la información era necesaria para el adecuado desempeño de sus funciones, y que no se estaba duplicando la información que la agencia ya tenía.

Asimismo, se comentaba el método MISTRAL desarrollado en la década de 1990 en Holanda para medir los costos de las cargas administrativas. El método funcionaba en tres etapas: (i) individualizar y definir todas las transferencias de información de una empresa a una autoridad —sea a través de un documento, una llamada telefónica, una inspección, etcétera—; (ii) determinar el tiempo que implica cada transferencia de información y la calificación profesional de la persona que la realiza, así como su salario por hora; y (iii) estimar los costos, tanto en dinero como en tiempo. Sin perjuicio de ello, se reconocía que la primera vez que se utilizaba este método era bastante laborioso, porque implica definir el costo base de todas las cargas regulatorias.¹³

El uso de este método de estimación de los costos de las cargas regulatorias se ha extendido notoriamente en el mundo, como el Modelo Costo Estándar. Según este modelo, la regulación ocasiona diversos costos para los individuos y empresas, como costos financieros —por ejemplo, el derecho pagado para la obtención de una autorización o licencia— y costos de cumplimiento. A su vez, los costos de cumplimiento pueden ser costos sustantivos —por ejemplo, el despliegue de instalaciones de producción que cumplan las condiciones de seguridad y salud en el trabajo ordenadas por las normas laborales—, o costos administrativos —como sería la remisión a una autoridad de un reporte anual de cumplimiento de las referidas condiciones laborales—. Dentro de los costos administrativos están las cargas administrativas, que los individuos o empresas deben cumplir simplemente porque es un requisito impuesto por la regulación.

12. Organisation for Economic Co-operation and Development, *From Red Tape to Smart Tape: Administrative Simplification in OECD Countries* (Paris: OECD Publishing, 2003), 14-16.

13. *Ibid*, 35 y 45.

El Modelo de Costo Estándar solo tiene por finalidad medir las cargas administrativas, sin evaluar si la regulación sustantiva es razonable o no. Lo que se busca es conocer el costo —en tiempo y dinero— asociado con una obligación específica, considerando la cantidad de veces que debe cumplirse dicha obligación anualmente.¹⁴

Sin embargo, debe señalarse que aun cuando los esfuerzos de simplificación administrativa son importantes, la propia OCDE resalta de modo explícito que:

“Los programas de simplificación administrativa, si bien potencialmente importantes y vinculados al logro de valores fundamentales de gobernanza, no pueden sustituir a un programa de calidad regulatoria riguroso. Las materias de calidad regulatoria son más amplias que las abordadas mediante programas de simplificación administrativa. Además, a medida que los programas de calidad regulatoria se vuelven más completos en su diseño e implementación, es posible que en cierta medida la necesidad de programas de simplificación administrativa disminuya. (...) Siendo el AIR un enfoque más sistemático debe preferirse al carácter esencialmente ad hoc de la mayoría de las iniciativas de simplificación”¹⁵ —subrayado agregado—.

3. Calidad regulatoria: ¿AIR o simplificación administrativa?

De todo lo explicado previamente, se entiende que el AIR es la forma más utilizada en la actualidad para lograr que las regulaciones

consigan sus objetivos al menor costo social posible. Además, su utilización ha cambiado la manera como se define lo que es de interés público, pues con sistemas de ese tipo las autoridades no pueden definir la conveniencia de la intervención reguladora a su solo criterio, sino que deben demostrar de modo transparente que dicha intervención es necesaria y es costo-efectiva.

Los sistemas de AIR desplegados tienen siempre un enfoque económico de evaluación, pero sus alcances pueden ser distintos. Algunos países adoptan un sistema integral, que requiere aplicar el AIR no solo para la creación de las principales normas sino también para evaluar *ex post* su funcionamiento efectivo; mientras otros tienen sistemas menos ambiciosos, limitados a la evaluación de impacto en ciertos rubros —costos de cumplimiento para las empresas grandes, medianas y pequeñas— o solo para cierto tipo de regulación —exigencias y trámites burocráticos o *red tape*—.

Dentro de los sistemas integrales, el uso del AIR puede ser concluyente para la creación de normas —aprobar solo las normas cuyos costos no excedan los beneficios esperados—, o servir para que la creación de normas sea una decisión suficientemente informada sobre sus posibles impactos —incluso si sus costos pudieran exceder los beneficios esperados—. Asimismo, se puede unificar el sistema asignando responsabilidades específicas a determinados ministerios o autoridades, de modo que conduzcan el sistema, aseguren su efectividad y rindan cuentas al respecto, o sino mantener las iniciativas de evaluación de impacto con carácter frac-

14. Al respecto ver: SCM Network, *International Standard Cost Model: Measuring and reducing administrative burdens for businesses*, 6-9, acceso el 19 de diciembre de 2020, <https://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/34227698.pdf>

15. OCDE, *From Red Tape to Smart Tape...* p 66. Traducción libre del siguiente texto: “Administrative simplification programmes, while potentially important and linked to the achievement of a number of core governance values, cannot be a substitute for a rigorous regulatory quality programme. The issues of regulatory quality are broader than those dealt with via administrative simplification programmes. Moreover, as regulatory quality programmes become more comprehensive in their design and implementation, it can be speculated that the need for administrative simplification programmes may, to some extent, diminish. (...) RIA being a more systematic approach must be preferred to the essentially ad hoc character of most simplification initiatives”.

cionado o según se vayan implementando por sectores.

Los programas de simplificación administrativa son parte de la agenda de reforma regulatoria y han sido aplicados a conciencia en diversos países, incluyendo (i) el uso de herramientas sofisticadas para la cuantificación de sobrecostos, (ii) medidas rigurosas para limitar la creación de nuevos trámites y cargas administrativas o forzar su desaparición, y (iii) el despliegue de una articulación centralizada para darle organicidad.

Sin embargo, está muy claro que cualquier programa de simplificación administrativa, por más riguroso y sofisticado que sea, es solo un ámbito de la reforma regulatoria, introduce racionalidad en la parte adjetiva de los sistemas regulatorios —los trámites y las cargas burocráticas—, pero no se compara ni menos aún sustituye un programa de AIR, que se ocupa de la parte sustantiva de los sistemas regulatorios, esto es, de las medidas —regulación económica, regulación social u otras equivalentes— que más sustancia e impacto tienen en cuanto a innovación, competitividad, creación de empleo, y bienestar de la sociedad en general.

III. SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y AIR EN PERÚ

La agenda de reforma regulatoria en Perú ha sido dispersa, esporádica, y parcial. Han pasado tres décadas y en vez de apostar por un programa integral de AIR cuando se lanzó el programa de Análisis de Calidad Regulatoria —ACR, el año 2016, se optó por priorizar y concentrarse nuevamente en la simplificación administrativa.

En efecto, desde 1989 se ha ido saltando de programas de simplificación administrativa,

a la introducción de la exigencia de análisis costo beneficio para crear leyes, a medidas de revisión ex-post de la racionalidad de ciertas regulaciones, a la introducción de tímidos principios de análisis costo-beneficio o costo-efectividad para crear regulaciones de servicios públicos, al establecimiento de reglas de mejora para la producción normativa del Ejecutivo, y más recientemente a la emisión de lineamientos más definidos de evaluación de impacto regulatorio en servicios públicos, a impulsar un nuevo programa de simplificación administrativa bajo la llamativa denominación de Análisis de Calidad Regulatoria, y por último a una reglamentación de AIR solo a nivel de lineamientos y endeble aún.

A continuación, se describen todas las iniciativas previas al programa de ACR y a la reglamentación del AIR, que se comentarán y analizarán con más detalle en las siguientes secciones.

1. Simplificación administrativa en Perú.¹⁶

En 1989 se implementó el primer programa de simplificación administrativa en Perú, con la emisión de la Ley 25035, Ley de Simplificación Administrativa. Con esta norma se buscó sujetar a todas las entidades de la Administración Pública a principios y reglas de actuación que facilitarían la relación del ciudadano con el estado. Entre estos principios de actuación se encontraba, por ejemplo, la eliminación de exigencias y formalidades cuando los costos económicos que impusieran sobre la sociedad excedieran los beneficios que le reportaban, lo que implicaba eliminar exigencias de presentar documentos con información que ya tenía la entidad, así como el pago de derechos que excedieran el costo de producción de documentos —por ejemplo, documentos de identidad o pasaportes—. También se incorporó

16. Esta sección considera las descripciones del marco legal contenidas en los siguientes documentos: Contraloría General de la República, *Mejora Regulatoria y Simplificación de Procedimientos Administrativos que Afectan la Inversión* (Lima: Contraloría General de la República, 2016); William Muñoz, *Perú: La Simplificación Administrativa en el Marco del Proceso de Modernización del Estado. Reformas de Trámites Empresariales* (Lima: Universidad Católica Sedes Sapientiae, 2011); y Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros, *Política y Plan Nacional de Simplificación Administrativa* (Lima: Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros, 2010).

la regla de presunción de veracidad para que la Administración Pública asuma que la información proporcionada por los ciudadanos era verdadera, sin perjuicio de la fiscalización posterior correspondiente.

Este fue un primer paso relevante hacia la modernización de los procedimientos y trámites administrativos, así como de reducción de exigencias exageradas impuestas por el estado al público en general.

En 1991 se dictó otra norma relevante en materia de simplificación administrativa, el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. Este decreto no solo dispuso que los trámites o requisitos administrativos solo puedan crearse mediante las normas de mayor jerarquía según el ámbito de gobierno —es decir, decreto supremo, decreto ejecutivo regional u ordenanza municipal—, sino que también ordenó que todos los organismos públicos unificaran, redujeran y simplificaran drásticamente los procedimientos y trámites administrativos bajo su competencia. También se introdujo el denominado Texto Único de Procedimientos Administrativos —TUPA, mediante el cual cada entidad debía compilar y actualizar anualmente todos los procedimientos que le correspondan, clasificándolos según fueran de aprobación automática, de evaluación previa con silencio administrativo positivo o negativo, o de aprobación expresa. Se dispuso además que las entidades estaban prohibidas de exigir cualquier trámite y requisito no consignado en su respectivo TUPA.

Esta norma marcó un hito en cuanto a la búsqueda de organizar y hacer más transparente la actuación del estado frente a los ciudadanos a través de los TUPA, que se utilizan hasta la actualidad. Con ello también se buscaba racionalizar las exigencias impuestas por la administración, a través de los mecanismos de aprobación

automática y silencios administrativos. No obstante, se ha señalado que los TUPA no eliminaron la posibilidad de que las cargas se mantuvieran o incrementaran: *“Sin embargo, otra vía quedó abierta; la obligación de revisión y publicación anual, puede ser utilizada para introducir modificaciones y acrecentar los trámites y tarifas, por lo que la percepción general es, más bien, que la complejidad de trámites y procedimientos ha sido aumentada con el tiempo”*.¹⁷

También debe mencionarse como parte de las medidas para impulsar la simplificación administrativa, la incorporación dentro del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual —INDECOPI, mediante Decreto Ley 25868, de la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado —que más adelante pasaría a denominarse Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas—. Esta Comisión se creó para conocer e inaplicar los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, así como velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre simplificación administrativa y los TUPA.

Más adelante, en el año 2001, a través de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General —LPAG, se dejó sin efecto todas las reglas de simplificación administrativa antes señaladas, siendo incorporadas y ampliadas en esta ley. Con esta ley se unificó el sistema de simplificación administrativa, manteniendo la sistematización de procedimientos a través del TUPA de cada entidad pública, así como la clasificación de procedimientos según fueran de aprobación automática, de fiscalización posterior con verificación de oficio de los documentos proporcionados, de evaluación previa con silencio positivo o negativo.

17. Fernando Paredes, *Simplificación Administrativa: Enfoque y Líneas de Trabajo en Materia Legislativa* (Lima: Centro de Investigación Parlamentaria, 2005), 6. Ver: http://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/centro_doc/ivirtuales/simplificacion_administrativa.pdf (visitada 21 de diciembre de 2020).

Asimismo, se contemplaron una serie de principios generales para la actuación del estado con una marcada lógica simplificadora —artículo IV—, mediante reglas que ordenan, entre otros: (i) trámites sencillos, eliminando cualquier complejidad innecesaria; (ii) requisitos similares para trámites similares, sin que se vuelvan generales las excepciones; (iii) presumir la veracidad de documentos y declaraciones; (iv) dotar a los trámites de la mayor celeridad posible; (v) interpretar las normas en favor de las pretensiones de los administrados para que sus intereses no sean afectados por exigencias formales subsanables; (vi) hacer prevalecer la finalidad del procedimiento sobre las formalidades no esenciales; (vii) brindar las condiciones para acceder a la información que tiene la administración; (viii) fiscalizar posteriormente, vigilando por el cumplimiento de la normatividad sustantiva.

La norma también señala criterios para que la administración diseñe correctamente sus procedimientos administrativos, con exigencias razonables según su objetivo y considerando sus costos y beneficios, en particular relativas a la documentación que puede solicitarse a los administrados y la que no puede requerirse, e incluso teniendo en cuenta la real capacidad de la administración para procesar la información exigida —artículo 39—. Asimismo, se establece la competencia de la Presidencia del Consejo de Ministros —PCM, y del INDECOPI para supervisar y fiscalizar las obligaciones de la administración para crear procedimientos administrativos —artículo 48—.

Como uno de los ejemplos de la acción simplificadora de la PCM puede mencionarse la Mesa Nacional de Simplificación de Trámites Municipales para Empresas —INTERMESA, constituida a inicios del 2006. Esta iniciativa de trabajo cooperativo público-privado generó mecanismos como Tramifácil, para concentrar esfuerzos en la mejora del desempeño de los gobiernos locales en la aprobación de licencias de funcionamiento y construcción.

Posteriormente, la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, emitida en el año 2007, creó el Sistema Administrativo de Modernización de la Gestión Pública, en el que se incluye el sistema de simplificación administrativa bajo la rectoría de la Secretaría de Gestión Pública —SGP, de la PCM —artículo 46—. También en el 2007 se emitió la Ley 29060, Ley del Silencio Administrativo, que contempla un mecanismo para justificar ante la SGP la creación de procedimientos administrativos y la fijación de los derechos de tramitación correspondientes, y además señala que corresponde a la SGP orientar a todas las entidades públicas en la elaboración y aprobación de sus TUPA. Más específicamente, en el Reglamento de Organización y Funciones de la PCM —Decreto Supremo N° 063-2007-PCM— se faculta a la SGP para identificar la duplicidad de funciones o de procedimientos administrativos en las entidades y proponer medidas necesarias para su corrección, así como para asesorar a las entidades en materia de simplificación administrativa, y evaluar los procesos de simplificación administrativa en relación con los TUPA.

Pese a todos los esfuerzos desplegados hasta ese momento, el resultado aún estaba lejos de ser óptimo en cuanto a simplificación, por ejemplo a través de los TUPA, señalándose que “(...) como refiere INDECOPI, el 51% de las demandas por trabas y sobrecostos son aún contra las municipalidades, y al 11 de enero del 2010 solo el 25% de las municipalidades distritales habían presentado la sustentación legal y técnica del TUPA. Es decir, queda aún mucho trecho por recorrer en la tarea de la simplificación administrativa”.¹⁸

Con el ánimo de profundizar la reforma en esta materia se aprobó mediante Decreto Supremo N° 025-2010-PCM la Política Nacional de Simplificación Administrativa propuesta por la SGP de la PCM, como política nacional de obligatorio cumplimiento para las entidades del sector público, y poco después también se probó el Plan Nacional de Simplificación Administrativa a través de la Resolución Ministerial N° 228-2010-PCM,

18. Muñoz, Perú: *La Simplificación Administrativa...* 40.

el mismo que contiene las acciones necesarias, metas, indicadores, plazos y entidades públicas responsables para la implementación de la referida política. El objetivo general de estas disposiciones son la mejora de la calidad, la eficiencia y la oportunidad de los procedimientos y servicios administrativos que la ciudadanía realiza ante la administración pública. Para tales efectos se *“concibe la simplificación administrativa como la eliminación de las exigencias y formalidades innecesarias en los trámites que realizan los administrados ante las distintas entidades públicas.”*¹⁹

Luego se aprobó en sustitución la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2021 —PNMGP, mediante el Decreto Supremo N° 004-2013-PCM, y acto seguido el Plan Nacional de Simplificación Administrativa 2013-2016 a través de la Resolución Ministerial N° 048-2013-PCM. Los cuatro objetivos estratégicos de este Plan fueron: (i) promover la implementación de los procesos de simplificación administrativa orientada a generar resultados e impactos positivos para todos los ciudadanos; (ii) promover la incorporación progresiva de tecnologías de la información y de la comunicación como una estrategia para brindar servicios y trámites de calidad de los ciudadanos y empresas; (iii) desarrollar un Modelo de Atención al Ciudadano; y (iv) fortalecer el proceso de simplificación administrativa.

Entre las normas de relevancia que se emitieron en años posteriores sobre este tema, se encuentra la Ley 30230 —2014—, Ley que establece Medidas Tributarias, Simplificación de Procedimientos y Permisos para la Promoción y Dinamización de la Inversión en el País. Con ella se dispuso que toda tasa cobrada sin estar prevista en el TUPA de la entidad era un pago indebido y calificaba como una barrera burocrática ilegal que podía ser inaplicada por el INDECOPI. Asimismo, mediante el Decreto Legislativo 1203 —2015—, se creó el Sistema Único de Trá-

mites —SUT, bajo administración de la SGP de la PCM, como herramienta para registrar todos los TUPA de modo que además de ser un repositorio contribuyera a simplificar y estandarizar su producción. Igualmente, a través del Decreto Legislativo 1211 —2015—, se aprobó medidas para la implementación de servicios públicos integrados a través de ventanillas únicas de atención al público y ordenando el intercambio de información entre entidades, privilegiando el uso de medios electrónicos.

Todas las normas y medidas antes descritas dan cuenta de más de 25 años de implementación de programas y medidas de simplificación administrativa en nuestro país. En el 2016 la OCDE hizo un estudio de diagnóstico de la política regulatoria en Perú y en el ámbito de la simplificación administrativa identificó ciertas falencias e hizo algunas recomendaciones que mostraban que aún era necesario seguir avanzando con la reforma. Así, por ejemplo, la OCDE recomendó:

*“Realizar una medición de las cargas administrativas que generan los trámites y obligaciones de información de los mismos. Como alternativa a una línea base completa, se puede medir a los trámites asociados a las actividades económicas más importantes o los sectores prioritarios, lo cual permitiría enfocar los esfuerzos de simplificación administrativa en objetivos concretos.”*²⁰

Al finalizar el 2016 se emitió un conjunto de normas con contenidos asociados a las recomendaciones de la OCDE. De un lado, mediante el Decreto Legislativo 1256 se aprobó la Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas, reforzando considerablemente al INDECOPI para dejar sin efecto disposiciones de la administración que generen barreras burocráticas ilegales o irracionales, dar cumplimiento a las normas de simplificación administrativa, y sancionar a la administración por incumplimientos.

19. Secretaría de Gestión Pública de la PCM, *Política y Plan Nacional de Simplificación Administrativa*, 34.

20. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, *Política Regulatoria en el Perú. Uniendo el Marco para la Calidad Regulatoria: Aspectos Clave* (París: OECD Publishing, 2016), 18.

De otro lado, a través del Decreto Legislativo 1272 se introdujeron diversas modificaciones a la LPAG, vinculadas muchas de ellas con el objetivo de simplificación. Así, por ejemplo, se incorporó la opción de implementar el procedimiento administrativo por medios electrónicos, se amplió los procedimientos de aprobación automática, se instauró procedimientos administrativos estandarizados obligatorios, se impuso a las entidades la obligación de permitir a otras el acceso gratuito a sus bases de datos y registros, se precisó la información que las entidades están prohibidas de solicitar a los administrados por ser redundante, etcétera.²¹

“Aunque existe una estrategia de simplificación administrativa, no hay una supervisión eficaz de su aplicación. Estos esfuerzos se ven socavados aún más porque el gobierno peruano carece de un punto de referencia para medir las cargas administrativas que emanan de los trámites y obligaciones de información para empresas y ciudadanos, lo que puede dificultar la focalización de recursos y la comunicación de resultados. Además, las estrategias para digitalizar los trámites y servicios de gobierno electrónico aún son incipientes y están en sus etapas preliminares de desarrollo”²³—subrayado añadido—.

En ese sentido, se ha señalado que:

“La LPAG modificada por el Decreto Legislativo 1272, y la Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas han recogido las recomendaciones de la OCDE en temas de simplificación administrativa. (...) No tenemos menor duda de que la normativa expuesta es perfectible; sin embargo, se ha avanzado en nuestro ordenamiento del Derecho Administrativo a fin de ser un país propio de la OCDE”²².

Así, la agenda en materia de simplificación aún se mostraba incompleta al 2018, al carecer de una metodología para sopesar las exigencias impuestas a la ciudadanía respecto de sus ventajas, y que a la larga permita no solo evaluar comparativamente los logros obtenidos, es decir el antes y el después, sino también programar los recursos necesarios y las metas a cumplirse.

También al finalizar el 2016 se emitió el Decreto Legislativo 1310, dentro del cual se introdujo, entre otras medidas, el denominado Análisis de Calidad Regulatoria. Este programa será analizado en la sección IV, bastando señalar aquí que recién empezó a rendir frutos entre 2018 y 2019.

2. ¿Programas de AIR en Perú?

Por ello, en la actualización de su estudio de diagnóstico del marco regulatorio peruano, emitida el año 2018, la OCDE continuaba identificando la falta de supervisión eficaz sobre la estrategia de simplificación administrativa:

En Perú no existe un sistema de AIR integral e institucionalizado, sino solamente algunos ámbitos de acción del estado que tienen sus características. A continuación, se explican los alcances y limitaciones de la evaluación de impacto regulatorio que existe en nuestro país.

2.1 Análisis Costo-Beneficio para proyectos de ley y regulaciones de inferior jerarquía.

El primer ámbito en que se identifica un rastro de evaluación de impacto de las normas se encuentra en las propuestas de ley. El año 1993 se

21. Milagros Maraví, “Mecanismos de Simplificación Administrativa a la Luz de las Recientes Modificaciones a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, y la reciente Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, Decreto Legislativo 125”, *Ius et Veritas* 54 (2017).

22. *Ibid*, 98-99.

23. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (2018). *Política Regulatoria en el Perú. Uniendo el Marco para la Calidad Regulatoria*: (2018), 24.

incorporó, por primera vez en el Reglamento del Congreso, que las propuestas de ley podían incluir un Análisis Costo-Beneficio —ACB, a solicitud del presidente del Congreso o de una Comisión del Congreso. Dos años después, en el Reglamento del Congreso de 1995, se estableció como requisito que las propuestas de ley deben contener el ACB de la futura norma; y finalmente a través de una modificación del año 1998 se agregó que el ACB debía incluir el impacto en el medio ambiente²⁴, quedando el siguiente texto en el Reglamento del Congreso que sigue vigente hasta la actualidad:

“Artículo 75. Las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental. De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales. (...)”—subrayado agregado—²⁵

Entre los años 1998 y 2005 se elaboraron diver-

sos documentos para facilitar que se cumpliera con ese requisito, en los cuales se explicaban los requerimientos y etapas de la metodología de ACB completa —que incluye la cuantificación monetaria de costos y beneficios y su comparación—, pero contemplando también la posibilidad de elaborar versiones menos complejas y exhaustivas. La visión de estos documentos fue siempre ofrecer formas simplificadas de realizar el análisis, reduciendo paulatinamente los pasos a seguir a lo mínimo indispensable para tener una evaluación aceptable, y siempre con el objetivo de que los legisladores estuvieran suficientemente informados sobre los impactos de las propuestas legislativas.²⁶

Sin embargo, como se sabe, el resultado del ACB de los proyectos de ley en promedio es decepcionante hasta hoy, pues en la mayoría de los casos solo es una formalidad sin sustancia. Aun cuando el ACB no tiene porqué ser un ejercicio extenso y plagado de cálculos y cifras, es razonable asumir que debería estar contenido en algunas páginas de evaluación consistente y bien sustentada. No obstante, las evaluaciones cuantitativas que se han ido reportado de tiempo en tiempo al respecto son esclarecedoras.

-
24. Según Hernández, el artículo 38 del Reglamento del Congreso Constituyente Democrático de 1993 señalaba lo siguiente: “El estudio de los proyectos de ley por el Comité de Asesoramiento, a solicitud del Presidente del Congreso o de cada Comisión, incluye un análisis costo-beneficio de la norma y de su viabilidad técnica y económica, así como un informe jurídico (...)”. Sin perjuicio de ello, el artículo 75 del Reglamento del Congreso del año 1995 contempló ya como requisito de los proyectos de ley incluir en análisis costo beneficio: “Las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis de costo-beneficio de la futura norma legal (...)”. Roberto Hernández, “Análisis Costo-Beneficio en los Proyectos de Ley: Problema Estructural”, *Cuadernos Parlamentarios* N° 10 (segundo trimestre 2014): 59-60.
25. Ver: <http://www.congreso.gob.pe/Docs/biblioteca/files/reglamento/reglamento2020web.pdf>, acceso el 20 de diciembre de 2021. Además, mediante el Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, Reglamento de la Ley 26889, Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, se estableció que todas las entidades públicas con capacidad para plantear proyectos de ley también están obligadas a incluir un ACB en la propuesta.
26. Estos fueron los sucesivos documentos que se trabajaron en esa época: (i) Gabriel Ortiz de Zevallos y Gustavo Guerra García, *Introducción al Análisis Costo Beneficio de las Normas* (Lima: Perú Económico, 1999); (ii) Comisión Andina de Juristas, capítulo VI, “Previsibilidad de la Ley y Análisis Costo Beneficio” en *Manual Parlamentario* (Lima: Comisión Andina de Juristas, 2002); (iii) Javier Tantaleán, *Propuesta de Manual ACB Análisis Costo-Beneficio de los Proyectos de Ley* (Lima, 2004); (iv) Servicio Parlamentario del Congreso de la República, *Guía de orientación* N° 06-2005-DCD-DGP/CR *Guía de Orientación del Análisis Costo-Beneficio Legislativo* (Lima: Congreso de la República, 2005); y (v) Félix Arias-Schreiber, Antonio Peña y Luis Valdivieso, *La Evaluación de las Leyes en el Perú: El Análisis Costo-Beneficio en el Congreso de la República* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2019), 112-151.

Así, por ejemplo, en 2003 se reportaba que, de una muestra de 65 proyectos de ley, el 87% tenía sección de ACB, pero estaba desarrollada en promedio en tan solo 12 líneas, mientras que solo 16% contenía alguna cifra numérica. En otra muestra de 347 proyectos de ley, el 99% contenía una sección de ACB, pero en el 87% se desarrollaba entre 1 y 15 líneas. Para 2008 se reportaba que, de una muestra de 229 proyectos de ley, en el 72% la sección de ACB se concentraba en señalar que la propuesta no generaba gasto al erario nacional y solo algunos mencionaban que además de costos la propuesta generaba beneficios. En una evaluación realizada en 2011 respecto de una muestra de 387 proyectos de ley presentados desde agosto de 2006 hasta enero de 2011, se identificó que el 96% tenía una sección de ACB, de los cuales en el 81% el análisis se desarrollaba entre 1 y 14 líneas, mientras que el 61% señalaba que la propuesta que no irroga gasto público.²⁷

Luego, en una evaluación selectiva realizada en 2013 por la Asociación Civil Transparencia sobre 81 proyectos presentados entre 2011 y 2013 se señalaba:

*“(...) tres quintas partes de las propuestas de ley presentadas consideran que sus efectos no generan gastos; sin embargo, las consecuencias de dichas propuestas están relacionadas directamente con la mejora o desmejora de alguien en la sociedad, y ello tiene un costo que alguien necesariamente ha asumido y que no se ha cuantificado”.*²⁸

Además, si bien se ha identificado cierta evidencia estadística de que los proyectos sobre materia económico-financiera suelen tener un índice de calidad superior de ACB, de ello no

puede inferirse que la evaluación sea adecuada, sino solo que *“tendencialmente la calidad del ACB de los proyectos de ley aumenta cuando su contenido es económico”.*²⁹

En términos más globales, el balance general del ACB de los proyectos de ley es bastante negativo pues

“(...) cualquiera haya sido el indicador utilizado en los estudios, desde inicios de nuestro siglo se han obtenido siempre resultados bastante desalentadores. En ningún caso se ha superado la valla del 15% de proyectos de ley que, habiendo sido estudiados, presenten apenas adecuadamente desarrollados los aspectos sustantivos de la metodología del ACB.” —subrayado añadido—³⁰

Corresponde agregar que en el 2006 se dictó la Ley 26889, Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa. Si bien esta norma no contiene reglas sobre AIR, su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, sí lo hace. En particular, señala que las Entidades de la Administración Pública que emitan Decretos Supremos que versen sobre materias económicas y financieras deben incluir un ACB. La norma señala que el ACB permite cuantificar los costos y beneficios de las propuestas normativas o al menos apreciar analíticamente beneficios y costos no cuantificables. Además, establece que la necesidad de la norma propuesta debe justificarse considerando la naturaleza de los problemas, los costos y beneficios probables y los posibles mecanismos alternativos para solucionarlos. Para el caso de propuestas normativas reglamentarias se sustentarán los alcances, las implicancias y sus consecuencias, identificando a los potenciales beneficiarios y afectados en forma clara y sencilla.

27. Hernandez, “Análisis Costo-Beneficio en los Proyectos de Ley: Problema Estructural”, 75-77.

28. Arias-Schreiber, et al, *La Evaluación de las Leyes en el Perú...* 181.

29. *Ibid*, 251.

30. *Ibid*, 191.

El mismo año 2006, el Ministerio de Economía y Finanzas —MEF, dictó la Resolución Ministerial N° 639-2006-EF/67, mediante la cual aprobó el Manual para el Análisis Económico y Legal de la Producción Normativa en el MEF. Esta norma contempla varios principios y reglas típicas del AIR, como por ejemplo, el principio de efectividad, que exige que la norma tenga definido su objetivo y los mecanismos para alcanzarlos, incluyendo sus impactos económicos; el principio de proporcionalidad, que implica hacer un ACB, que permite evaluar si los costos a la sociedad de la intervención reguladora no son mayores que el problema que se busca solucionar; y el principio de transparencia, que lleva a que los proyectos normativos sean publicados para recibir comentarios. Asimismo, a través del resguardo de la calidad de las normas, se plantea que las autoridades revisen continuamente que las normas a su cargo sigan siendo eficientes y efectivas, para definir su continuidad.

Sin perjuicio de que las normas antes señaladas existen y entendemos que se aplican, la implementación de las mismas para la evaluar la intervención reguladora de rango infra legal es poco conocida en cuanto a sus resultados. No se cuenta con un repositorio completo de los ACB que según la misma deben sustentar las propuestas de decreto supremo en las materias antes señaladas; es decir, no existe un sistema transparente y orgánico que permita comprobar que se ha cumplido con ese requisito, ni tampoco para revisar sistemáticamente la calidad del análisis realizado en cada caso.

Tan es así que en el estudio de diagnóstico de la política regulatoria del Perú que se elaboró en 2016, la OCDE identificó que a través de la Comisión de Coordinación Viceministerial —CCV, encabezada por el MEF, el Ministerio de Justicia —MINJUS, y la PCM³¹, se había establecido un

sistema de evaluación de la calidad, pero solo de proyectos de regulación multisectorial y sin contemplar varios aspectos relevantes de un sistema de AIR. En ese sentido, la OCDE concluyó que:

“El proceso de creación regulatoria en Perú no cuenta con una política regulatoria integral: no se ha implementado un proceso sistemático de evaluación ex ante de la regulación; en la práctica la profundidad del análisis costo-beneficio difiere según el tipo de regulación; no se consideran alternativas y enfoques para combatir la problemática; no existen lineamientos homogéneos sobre la consulta pública, el involucramiento de actores interesados y el tratamiento de los comentarios recibidos; no existe una programación sobre la emisión y modificación de regulaciones; y la evaluación sobre la calidad legal de las propuestas regulatorias es poco profunda y no es homogénea.” —subrayado añadido—³²

Esta evaluación no cambió en el 2018, cuando la OCDE hizo la actualización del referido estudio de diagnóstico, pues en este documento concluyó que:

*“Aunque Perú cuenta con algunos de los elementos básicos, carece de un sistema exhaustivo para la evaluación ex ante de los anteproyectos de normativas y los reglamentos que están sujetos a modificaciones, para valorar si brindan un beneficio positivo neto a la sociedad y si son congruentes con otras políticas gubernamentales.”*³³ —subrayado añadido—

Además, si bien la OCDE reconoció que la CCV era un mecanismo para evaluar la calidad de los proyectos, señaló que tiene un poder de veto

31. La OCDE señala que el MEF se concentra en el ACB; el MINJUS en el análisis de constitucionalidad, legalidad y calidad legal; y la PCM verifica que sea consistente con los lineamientos de simplificación administrativa.

32. OCDE, *Política Regulatoria en el Perú*. (2016), 114-15.

33. OCDE, *Política Regulatoria en el Perú*. (2018), 21.

de facto para bloquear su aprobación, ya que los 35 viceministerios que la conforman tienen potestad para señalar objeciones de fondo o calidad sobre dichos proyectos y se requiere levantarlas para su aprobación. En ese sentido, la OCDE señaló que “(...) existe el riesgo de que la CCV pueda crear cuellos de botella en el proceso normativo, o que tal vez aparezcan estrategias de negociación con ventajas e inconvenientes negativos entre los viceministerios”³⁴. —subrayado añadido—

2.2 Principios de AIR en la regulación de servicios públicos.³⁵

Los organismos reguladores de servicios públicos peruanos —OSINERGMIN, OSIPTEL, OSITRAN y SUNASS— tienen asignadas diversas facultades desde su creación relacionadas con sus funciones normativa y de fijación de precios o reguladora propiamente dicha, así como con sus actividades de supervisión, fiscalización y sanción del comportamiento de los agentes de sus respectivos mercados.³⁶

Cada uno de los reguladores fueron dotados individualmente en cada uno de sus reglamentos generales desde el año 2001 con herramientas para llevar a cabo una evaluación del impacto de sus regulaciones y acciones de fiscalización y sanción.³⁷ En particular, en cada reglamento se estableció un conjunto de principios rectores de su actuación que contienen enunciados varios elementos típicos de un sistema de AIR, siendo los más relevantes para estos efectos los principios de subsidiariedad, actuación basada en el análisis costo beneficio, eficiencia y efectividad, y análisis

de decisiones funcionales. Solo a manera de ejemplo, se señalan a continuación los textos correspondientes a los referidos principios contenidos en algunos de los reglamentos del regulador indicado:

- a) Principio de subsidiariedad del OSITRAN: En el ejercicio de su función normativa y/o reguladora, la actuación del OSITRAN es subsidiaria y solo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los usuarios. En caso de duda sobre la necesidad de dictar disposiciones normativas y/o reguladoras, se optará por no dictarlas. Entre varias opciones similarmente efectivas, se optará por la que afecta menos la autonomía privada —artículo 10—.
- b) Principio de análisis costo-beneficio del OSINERGMIN: Los beneficios y costos de las acciones emprendidas por el OSINERGMIN, en lo posible, serán evaluados antes de su realización y deberán ser adecuadamente sustentados en estudios y evaluaciones técnicas que acrediten su racionalidad y eficacia. Esta evaluación tomará en cuenta tanto las proyecciones de corto como de largo plazo, así como los costos y beneficios directos e indirectos monetarios o no monetarios. Serán considerados tanto los costos para el desarrollo de las acciones planteadas por el OSINERGMIN, así como los costos que la regulación impone a otras entidades del estado y del sector privado —artículo 7—.

34. *Ibid*, 22.

35. En esta sección seguimos en buena parte lo expuesto en un trabajo previo: Eduardo Quintana, “Análisis de Impacto Regulatorio en la Regulación Peruana de Servicios Públicos”, *Derecho & Sociedad* 36 (2011).

36. Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos —artículo 3— y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM —artículo 2—.

37. Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL; Decreto Supremo N° 017-2001-PCM, Reglamento General de la SUNASS; Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, Reglamento General del OSINERGMIN; Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, Reglamento General del OSITRAN.

- c) Principio de eficiencia y efectividad del OSIPTEL: La actuación de OSIPTEL se guiará por la búsqueda de eficiencia en la asignación de recursos y el logro de los objetivos al menor costo posible para la sociedad en su conjunto —artículo 14—.
- d) Principio de análisis de decisiones funcionales del OSIPTEL: El análisis de las decisiones funcionales del OSIPTEL tendrá en cuenta sus efectos en los aspectos de fijación de tarifas, calidad, incentivos para la innovación, condiciones contractuales y todo otro aspecto relevante para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los usuarios. En tal sentido, deberá evaluarse el impacto que cada uno de estos aspectos tiene en las demás materias involucradas —artículo 13—.

Como se observa, el principio de subsidiariedad no solo exige evaluar distintas opciones regulatorias, para optar por la que menos restrinja la autonomía privada, sino además incluye considerar la opción de no regular. Asimismo, los principios de análisis costo-beneficio y de eficiencia y efectividad, suponen la identificación de los costos y beneficios de las opciones regulatorias evaluadas, así como su comparación. El principio de decisiones funcionales no determina un parámetro para la evaluación, pero señala los principales ámbitos en que la misma debe realizarse.

Si bien los reglamentos de los reguladores no definen si existe prioridad en la aplicación de los métodos de evaluación de impacto, no cabe duda de que se trata de principios que deben ser cumplidos de manera obligatoria por los reguladores al ejercer sus funciones.³⁸

Sin embargo, los reguladores no establecieron

un sistema de AIR integral en base al mandato de los referidos principios. Solo recurrieron a ellos esporádicamente según consideraron apropiado o eventualmente necesario. Paulatinamente, los reguladores fueron realizando mayores esfuerzos para sofisticar su evaluación de impacto y además para generar mecanismos de consulta más sistemáticos, pero sin estructurar un sistema de AIR completo que incluyera someter a consulta el AIR.

Por ello, en su estudio de diagnóstico del 2016 la OCDE señaló que *“a pesar de que llevan a cabo estudios de costo-beneficio más elaborados en comparación con el gobierno central, estos podrán ser mejorados a través de guías y manuales”*. En tal virtud, planteó como recomendación específica para los reguladores introducir un sistema de AIR distinto al del gobierno general:

“El sistema debe contar con un mecanismo para que distinga las regulaciones de mayor impacto para que se les aplique un análisis más profundo. Adicionalmente, se deben emitir manuales y guías de proceso de RIA y llevar a cabo talleres de capacitación para los oficiales de gobierno; así como disposiciones para evaluar la calidad de las RIA. Finalmente, como parte del proceso de consulta de los proyectos regulatorios, las RIA deben ser publicadas”.³⁹

Como consecuencia de esta recomendación, los reguladores tomaron en serio la necesidad de institucionalizar sus sistemas de AIR y han aprobado lineamientos detallados sobre la materia.

Así, por ejemplo, mediante Acuerdo del Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 01-13-2016, se aprobó la Guía para la realización del RIA de este

38. Al respecto, el Reglamento General de cada regulador contiene una sección especial sobre principios regulatorios y el primer artículo de tal sección se titula así: *“Importancia de los Principios”*. Este artículo señala sin excepción que *“Los principios contenidos en el presente Título establecen las bases y lineamientos de la acción de [regulador] en el desarrollo y ejercicio de sus funciones. En tal sentido, toda decisión y acción que adopte cualquiera de los órganos funcionales de [regulador correspondiente] deberá sustentarse y quedar sujeta a los mismos”*.

39. OCDE, *Política Regulatoria en el Perú*. (2016), 26 y 27.

regulador. Posteriormente, a través de la Resolución N° 130-2020-OS/CD, se aprobó la actualización de la referida Guía de AIR, para darle mayor importancia al proceso de consulta pública, y se precisan aspectos para la mejor identificación del problema, los objetivos de la intervención reguladora, entre otros. Por su parte, mediante Resolución N° 069-2018-CD/OSIPTTEL, se aprobó no solo los Lineamientos de Calidad Regulatoria del OSIPTTEL, sino también su Manual de la Declaración de Calidad Regulatoria y el Manual de Técnica Normativa de la entidad.

De esta manera, los reguladores de servicios públicos vienen siendo el estamento del estado peruano que más claramente se ha comprometido con la tarea de establecer un sistema integral de AIR y están buscando implementarlo de manera sostenida.

Sin perjuicio de ello, debe mencionarse que, en la actualización del estudio de diagnóstico del 2018, la OCDE señaló que:

*“(...) el análisis y la utilización de criterios oficiales para preparar la evaluación podrían mejorarse. En general, los órganos reguladores económicos no acatan directrices cuando preparan los análisis de costo/beneficio”. Por ello recomendó que: “Deben tomarse medidas para dirigir los recursos y analizar más a fondo las regulaciones con las repercusiones más importantes. (...) Los órganos reguladores deberán establecer sus propias disposiciones para asegurar y evaluar la calidad de sus propias evaluaciones de impacto regulatorio (...)”.*⁴⁰

2.3 Evaluación ex post del impacto de las regulaciones sobre el acceso o permanencia en el mercado.

Para cerrar la descripción de los esfuerzos desplegados en el Perú para realizar la evaluación del impacto de las regulaciones, se debe men-

cionar el caso del INDECOPI, que administra un sistema de evaluación *ex post* del impacto de la regulación a través de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas —antes Comisión de Acceso al Mercado— y del Tribunal de la entidad.

Antes ya se ha mencionado que esta Comisión fue creada en 1992 con el mandato de revisar e inaplicar actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado. Al ejercer sus funciones respecto de las barreras burocráticas irracionales, el INDECOPI estableció un conjunto de reglas de evaluación del impacto de la regulación sobre la entrada o permanencia de las empresas en el mercado.

En efecto, a través de la aprobación de un precedente de observancia obligatoria, el INDECOPI estableció en 1997 una metodología para evaluar si las regulaciones calificaban como barreras burocráticas irracionales⁴¹, considerando los siguientes tres niveles de análisis: (i) si la medida cuestionada tiene sustento de interés público, para lo cual la entidad de la Administración Pública debe demostrar la existencia del interés público tutelable y que la medida adoptada es idónea para solucionar el problema que afecta dicho interés público; (ii) si la medida es proporcional a sus fines, para lo que debe acreditar que la implementación de la medida objetada genera mayores beneficios que los costos que impone; y (iii) que la medida es la opción menos gravosa para lograrlos, lo que implica que se debe demostrar que la opción adoptada es la alternativa que menos afecta la libre iniciativa privada para tutelar el interés público comprometido.

Esta metodología se aplicó por varios años, aunque solo residualmente, puesto que el IN-

40. OCDE, *Política Regulatoria en el Perú*. (2018), 33 y 34.

41. Resolución N° 182-97-TDC.

DECOPI estableció que no evaluaría la racionalidad de la medida en cuestión si primero se concluía que era una barrera burocrática ilegal, lo que suele ocurrir en la mayoría de los casos que ha conocido la entidad. Adicionalmente, los casos declarados fundados por irracionalidad tampoco son muchos, porque el estándar de prueba requerido por el INDECOPI sobre indicios de falta de razonabilidad suele ser elevado, e incluso requiere que el denunciante demuestre que había otras medidas alternativas menos gravosas.⁴²

En el año 2016 la metodología de evaluación *ex post* de la racionalidad de las regulaciones del INDECOPI se elevó al rango de ley a través de la aprobación del Decreto Legislativo 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas. Esta norma establece que la razonabilidad de una barrera burocrática debe verificarse definiendo: (i) si la medida no es arbitraria, lo que implica acreditar la existencia del interés público que la sustentó y del problema que se pretende solucionar con la medida, así como que la medida es idónea para lograr la solución del problema; (ii) si la medida es proporcional a sus fines, lo que implica una evaluación de los beneficios y/o el impacto positivo que generaría y de los costos y/o el impacto negativo de la misma, y verificar si genera mayores beneficios que costos, así como que otras medidas alternativas no resultarían menos costosas o no serían igualmente efectivas, lo que incluye la posibilidad de no emitir una nueva regulación.

Dados los alcances de la referida metodología, se observa que se trata de un sistema de evaluación *ex post* del impacto de las regulaciones, pero tiene un alcance acotado solamente en lo que respecta al acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado. Es decir, se trata de una evaluación de impacto *ex*

post limitada a la razonabilidad de los costos de cumplimiento que exigen las regulaciones a los administrados. En ese sentido, la OCDE concluyó lo siguiente en su estudio de diagnóstico del año 2018:

“(...) no se encontró prueba alguna de que en el país se hagan evaluaciones ex post de las leyes o normativas vigentes. La única excepción identificada fueron las investigaciones que realiza la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, pero éstas se centran sólo en evaluar la validez legal o ‘justificación razonable’ de los trámites existentes o de las peticiones de requisitos de datos como parte de los trámites, más que en evaluar textos legislativos completos, instrumentos normativos o regulaciones que afectan sectores económicos específicos”⁴³ —subrayado añadido—.

Habiendo pasado revista a todas las normas, lineamientos y metodologías que pueden considerarse asociadas al AIR, se concluye que en el Perú no existe un sistema AIR integral e institucionalizado, sino tan solo manifestaciones de evaluación de impacto dispersas y con distinto nivel de profundidad y/o alcance.

IV. ANÁLISIS DE CALIDAD REGULATORIA — ACR— EN PERÚ

En línea con lo antes expresado, en su estudio de diagnóstico del 2016 la OCDE señaló que no bastaba que el Perú hubiera implementado un amplio programa de simplificación administrativa y que existan ámbitos en que sea obligatorio hacer un ACB de las normas, sino que era necesario (i) adoptar una política de calidad regulatoria, incluyendo (ii) un sistema integral de AIR y (iii) un régimen de medición y reducción de las cargas administrativas, (iv) bajo la batu-

42. Sofía Ugás y Giuliana Paredes, “El análisis de razonabilidad a través de los pronunciamientos del INDECOPI: cómo evitar medidas impuestas utilizando el ‘De tin marin de do pingüe’”, *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual* 10 (19): 91.

43. OCDE, *Política Regulatoria en el Perú*. (2018) 26.

ta de un órgano rector que tenga el mandato específico de implementar la referida política.⁴⁴

Es decir, al 2016 no solo se tenía un diagnóstico de las falencias de la reforma regulatoria peruana, sino también la identificación específica de las medidas que podían adoptarse para completarla.

Como ya se ha adelantado, a fines del 2016 se emitió, entre otras normas, el Decreto Legislativo 1310 para atender las recomendaciones de la OCDE. En particular, a través del artículo 2 del Decreto Legislativo 1310 —en adelante DL 1310— se estableció el ACR de procedimientos administrativos, y su Reglamento se aprobó unos meses después mediante Decreto Supremo N° 075-2017-PCM.

Con estas normas se inició una nueva etapa en la agenda de reforma regulatoria peruana, creándose un sistema de ACR estructurado, con metas de revisión de impacto específicas, gatilladores para que las normas o proyectos de normas sin ACR no tuvieran efectos, y bajo la rectoría y supervisión de una nueva instancia dentro del aparato estatal encargada de validar los ACR específicos llevados a cabo por las diversas entidades públicas.

Sin perjuicio de ello, corresponde mencionar que en el camino hubo un cambio de giro importante, debido a una aparente confusión sobre la naturaleza y objetivo del sistema de ACR aprobado, que lo asemejaría al AIR, cuando lo que se buscaba era solamente un mecanismo de simplificación administrativa.

En efecto, en el año 2018 se aprobó el Decreto

Legislativo 1448 —en adelante DL 1448— para modificar el artículo 2 antes señalado. El año siguiente se aprobaría el nuevo Reglamento del sistema de ACR a través del Decreto Supremo N° 075-2019-PCM. El principal motivo de esta modificación fue precisar que el ACR tiene por objetivo crear un sistema para determinar y reducir las cargas regulatorias generadas por los procedimientos administrativos, y no crear un sistema de AIR para evaluar los impactos positivos y negativos de las regulaciones sustantivas. En la exposición de motivos del DL 1448 se explicó así el “problema”:

“(...) el objeto del Análisis de Calidad Regulatoria es el procedimiento administrativo. No obstante, la redacción del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1310 resulta confusa al hacer referencia en sus diversos párrafos a la "disposición normativa" como objeto de análisis. Como consecuencia de ello, diversos actores públicos y privados consideraron que la implementación del Decreto Legislativo N° 1310 implicaba el análisis de la norma sustantiva con el fin de determinar sus posibles impactos (positivos y negativos), el cual es parte del Análisis de Impacto Regulatorio (RIA, por sus siglas en inglés), y no de una metodología de simplificación administrativa como el ACR. La falta de claridad respecto del objeto y finalidad del ACR es reforzada cuando en el párrafo 2.2 se establece entre los principios del ACR el de costo-beneficio. El costo-beneficio es un método para analizar el impacto de la regulación propio de la metodología RIA. Debe señalarse que mientras el RIA es el principal instrumento para analizar los impactos de las propuestas regulatorias, la simplificación de procedimientos se realiza mediante

44. En particular la OCDE concluyó que: “Perú cuenta con muchos elementos concretos de política regulatoria en vigor. Por ejemplo, las agencias y los ministerios tienen la obligación de realizar un análisis costo-beneficio para conjuntos específicos de borradores de regulación, y de poner a disposición del público estos borradores. Un amplio programa de simplificación administrativa abarca los niveles de gobierno central y sub-nacional. Sin embargo, Perú aún enfrenta muchos desafíos en la creación de un marco regulatorio general de alta calidad. Para enfrentar estos desafíos, el estudio recomienda varios pasos, incluyendo el establecer una política de calidad regulatoria para reunir e impulsar los elementos ya existentes, la creación de un órgano supervisor, establecer un sistema de análisis de impacto regulatorio, y la medición y reducción las cargas administrativas de los trámites” —el subrayado es nuestro—. OCDE, *Política Regulatoria en el Perú*. (2016), 3.

métodos para identificar y reducir los costos (cargas administrativas) que originan su tramitación⁴⁵ —subrayado añadido—.

Luego de estas modificaciones y del enrutamiento del sistema de ACR peruano, se tiene que las características más relevantes del mismo son las siguientes:

- a) Obligación de realizar el ACR: se ordenó a las entidades del Poder Ejecutivo realizar un ACR de todas las normas de rango inferior a la ley que establezcan procedimientos administrativos, con el objetivo de identificar, reducir o eliminar los que sean innecesarios, injustificados, desproporcionados, redundantes o no se adecúen a la LPAG.
- b) Alcance del ACR concentrado en las cargas administrativas: Se estableció que el ACR es un proceso integral y continuo de análisis de disposiciones de carácter general que creen procedimientos administrativos, cuyo objetivo es la *“determinación y reducción de las cargas administrativas”*. Las cargas administrativas se definen como *“los costos en los que incurren los administrados como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones de información impuestas por la regulación en el trámite de un procedimiento administrativo”*. Y la obligación de información se califica como *“la exigencia establecida en una disposición normativa de carácter general que tiene el administrado para presentar documentos, declaraciones, informaciones, actuaciones, diligencias y demás requisitos señalados en la tramitación de un procedimiento administrativo”* —numerales 3.2, 3.3. y 3.7 del Reglamento, respectivamente — subrayado añadido—.
- c) Criterios de evaluación: se definió los siguientes principios para guiar la validación o descarte de los procedimientos administrativos:

- i. Legalidad: los procedimientos administrativos se crean con respeto al marco legal, dentro de las facultades atribuidas y para lograr los fines para los que fueron conferidas.
- ii. Necesidad: el procedimiento administrativo contribuye a resolver un problema relevante, considerando si existen o no mejores alternativas para resolverlo distintas al procedimiento administrativo.
- iii. Efectividad: cada obligación de información es relevante por contribuir efectivamente a lograr el objetivo del procedimiento administrativo, eliminándose toda complejidad innecesaria.
- iv. Proporcionalidad: analizar la debida proporción entre el objetivo del procedimiento administrativo y las obligaciones de información exigidas a los administrados mediante la determinación y reducción de las cargas administrativas.

Estos principios funcionan como filtro, pues los procedimientos que incumplen los principios de legalidad y/o de necesidad se eliminan o no entran en vigor, mientras que el incumplimiento de los principios de efectividad y/o de proporcionalidad ocasiona la eliminación y/o simplificación de requisitos para la reducción de las cargas administrativas.

- d) Instancia rectora del sistema de ACR: se creó la Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria presidida por la PCM y conformada por representantes del MEF y del MINJUS, para que revise y valide los reportes de ACR que realicen las distintas entidades.

45. La referida exposición de motivos puede ser leída en el siguiente enlace: https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Decretos/Legislativos/2018/DL144820180918.pdf, acceso el 15 de enero de 2021.

e) Programación de revisión de ACR y consecuencias de no realizarla: Se estableció los siguientes parámetros de vigencia de las normas que crean procedimientos administrativos, de modo que queden suje-

tas al ACR en todas sus posibles variantes —proyectos de norma, normas vigentes, y modificaciones—, incluyéndose además su revisión periódica:

Normas sujetas a ACR	Oportunidad para realizar el ACR	ACR no aprobado o inexistente
Existentes a la entrada en vigor del DL 1310	Según cronograma de revisión	Derogadas automáticamente
Emitidas luego de la vigencia del DL 1310	Antes de su aprobación	No pueden entrar en vigor
Todas las normas vigentes o su última revisión	Cada tres años de vigencia	Derogadas automáticamente
Modificaciones a normas vigentes	Antes de su aprobación	No pueden entrar en vigor

En el Manual de ACR aprobado por la PCM se sintetizó la metodología de cuantificación de las cargas administrativas en dos pasos. Primero, se identifican las obligaciones de información derivadas de las normas que establecen los procedimientos y que abarcan los documentos, declaraciones, informaciones, actuaciones, diligencias y otros requisitos que debe cumplir el administrado en la tramitación de un procedimiento. Segundo, se estima las cargas administrativas, para lo que se suman los costos en tiempo invertido para tener cada uno de los requisitos exigidos multiplicado por una tarifa por unidad de tiempo, más los costos monetarios dedicados a completar cada requisito.⁴⁶

Como se observa, esta metodología replica el Modelo Costo Estándar propugnado por la OCDE desde los años 1990. El uso de esta metodología hace sentido si se tiene en cuenta

que una de las recomendaciones de la OCDE en 2016 fue que se requería medir y reducir las cargas de los trámites administrativos, para cuantificar objetivamente la reducción de sobrecostos y, en particular, para tener una línea de base para futuras comparaciones.

Considerando el cronograma de revisión establecido, desde fines del año 2018 se empezaron a reportar los resultados del sistema de ACR considerando los primeros sectores que se sometieron al proceso de revisión y validación de procedimientos administrativos, entre los que se encontraba la PCM —que incluye, entre otros, al INDECOPI y tres reguladores de servicios públicos—⁴⁷. De las 319 fichas de ACR ingresadas a ese momento, se validó 74% de los procedimientos, mientras que 10% fueron eliminados por no cumplir los criterios de legalidad o necesidad, y 16% se declararon impro-

46. Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros, *Manual para la Aplicación del Análisis de Calidad Regulatoria* aprobado mediante Resolución Ministerial N° 196-2017-PCM, acceso el 17 de enero de 2021, <https://sgp.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2017/09/Manual-Analisis-Calidad-Regulatoria.pdf>

47. Secretaría Técnica de la Comisión de Calidad Regulatoria, *Informe N° 001-2018-CCR-ST - Resultados sobre el Análisis de Calidad Regulatoria del Primer Grupo del ACR Stock. Sector: Comercio Exterior y Turismo, Ambiente y Presidencia del Consejo de Ministros* (publicado el 5 de noviembre de 2018). Se ratificó 237 procedimientos que fueron validados en este reporte.

cedentes.⁴⁸ Estos reportes se fueron emitiendo periódicamente según los avances por sectores, con distintas distribuciones de resultados, hasta el último emitido a mediados del 2019, en que se reportó que de las 514 fichas de ACR ingresadas, se validó el 52% de los procedimientos, 22% fueron eliminados por no cumplir los criterios de legalidad o necesidad, y 26% fueron declarados improcedentes.⁴⁹

El resultado final del proceso de revisión de ACR fue que 62 entidades del Poder Ejecutivo sometieron a evaluación sus procedimientos⁵⁰, se analizaron 2432 fichas de ACR, ratificándose 1439 procedimientos —59%—, eliminándose 319 —19%—, y declarándose improcedentes 674 —28%—. El sector con más procedimientos ratificados fue Agricultura y Riesgo con 248 y el sector con más procedimientos eliminados fue Salud con 59. Según las cuantificaciones realizadas, se redujo las cargas administrativas en aproximadamente 286.3 millones de soles, debido a la eliminación de procedimientos y/o simplificación de requisitos. Pero el principal logro es que: *“Las entidades del Poder Ejecutivo han establecido una línea de base de los costos que generan las cargas administrativas, lo que permitirá simplificar más los procedimientos administrativos en los siguientes ciclos de revisión”*.⁵¹

Como se ha explicado en la primera sección de este trabajo, un programa moderno de reforma regulatoria se sustenta en mecanismos

institucionalizados de AIR, con procesos de consulta pública sistemática y asignación de un ente responsable de hacer funcionar el sistema. Aun cuando la simplificación administrativa es importante, se concentra en normas adjetivas, mientras que el AIR se enfoca en las normas sustantivas que afectan sectores económicos y definen la competencia, innovación y productividad de las actividades productivas y de servicios.

Tal como señaló la OCDE en el estudio más reciente que ha realizado el año 2019, la reforma regulatoria en Perú seguía estando incompleta:

“Un paso importante es la introducción del Análisis de Calidad Regulatorio, que crea un proceso de evaluación ex ante de los procedimientos administrativos para redactar reglamentos. Su implementación significa el primer proceso sistematizado en el Gobierno del Perú para evaluar los impactos de nuevas reglas. Al enfocarse sólo en procedimientos administrativos el alcance del Análisis de Calidad Regulatoria no iguala el de un sistema de AIR, en el cual se evalúa la normativa de forma integral.

Destaca la reciente creación de un comité formado por la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a cargo de un programa piloto de

-
48. La calificación de improcedente significa que son casos excluidos de la aplicación del ACR debido, por ejemplo, a que son procedimientos creados por norma con rango de ley, que no crean nuevos procedimientos, que se refieren a procedimientos administrativos sancionadores, que involucran procedimientos de naturaleza tributaria o el ejercicio de facultades de fijación de tarifas de los reguladores, entre otros.
49. Secretaría Técnica de la Comisión de Calidad Regulatoria, *Informe N° 006-2019-CCR-ST - Resultados sobre el Análisis de Calidad Regulatoria del Primer Grupo del ACR Stock. Entidades Comprendidas en los Sectores: Economía y Finanzas, Salud, Defensa e Interior* (publicado el 24 de junio de 2019). Se ratificó 267 procedimientos que fueron validados en este reporte.
50. El universo de potenciales entidades a evaluar era de 90, pero 23 señalaron que no tenían procedimientos administrativos sujetos al sistema de ACR y 5 estaban aún en proceso de adecuación.
51. Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros, *Perú: La Experiencia con el Análisis de Calidad Regulatoria – ACR* (Lima: Secretaría de Gestión Pública, 2019), 5, acceso el 12 de enero de 2021, <https://sgp.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2019/12/Per%c3%ba-La-experiencia-con-el-An%c3%a1lisis-de-Calidad-Regulatoria-ACR.pdf>

evaluación ex ante a través de un AIR simplificado. Sin embargo, el comité funciona sin tener un mandato legal aún, y no ha generado guías ni directrices para que los ministerios o dependencias del gobierno preparen el AIR. (...)

El proceso de emisión de normativa es una práctica no estandarizada, ya que no cuenta con un instrumento específico de política regulatoria que lo sustente.

En este proceso es notorio que no existe supervisión o rendición de cuentas formalizada sobre la forma en que se lleva a cabo la emisión de la regulación, al menos desde un punto de vista integral.

(...)

La consulta pública del proyecto regulatorio sólo se usa de forma intermitente⁵² —subrayado añadido—.

Como se observa, aun habiendo dado un paso importante con el ACR, el mismo no se compara con un sistema de AIR integral, y los mecanismos de evaluación de impacto que existen en el Perú son incipientes y necesitan considerables mejoras.

V. EL REGLAMENTO DE AIR: UN ESFUERZO FRÁGIL PARA LA REFORMA REGULATORIA INTEGRAL

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde señalar que a través del DL 1448 también se contempló, aunque de modo bastante genérico y en unas pocas líneas, la existencia de un proceso de mejora de la calidad regulatoria orientado a que el ejercicio de la función normativa del Estado promueva la eficiencia y eficacia, en un marco de transparencia y neutralidad. Igualmente, se expresó que la cultura de gestión gubernamental centrada en el ciudadano fomenta que la decisión de las autoridades de regular

se base en evidencia, racionalidad, y evaluación de impactos para facilitar el bienestar social. Así, en el artículo 4 del DL 1448 se señala:

“Artículo 4.- La mejora de la calidad regulatoria

La mejora de la calidad regulatoria es un proceso ordenado, integral, coordinado, gradual y continuo orientado a promover la eficiencia, eficacia, transparencia y neutralidad en el ejercicio de la función normativa del Estado. Fomenta una cultura de gestión gubernamental centrada en el ciudadano, por la cual la Administración Pública decide usar la regulación como un instrumento para alcanzar un objetivo de política pública, adoptando la decisión de regular basado en evidencia, racionalidad, evaluación de sus posibles impactos y cargas administrativas con la finalidad de generar y facilitar el desarrollo integral y bienestar social” —subrayado añadido—.

Los términos de esta norma no contemplan ningún mandato directo e inmediato para implementar la mejora de la calidad regulatoria, sino más bien solo contienen enunciados sobre lo que puede esperarse de ella. Asimismo, enuncian el tipo de cultura que se fomenta con la mejora regulatoria, pero sin establecer ninguna exigencia específica ni tampoco consecuencias por no actuar en consonancia con dicho proceso.⁵³

En la misma línea de lo anterior, en el artículo 5 del DL 1448 se lista sin jerarquía, sistematización, o prioridad, lo que se considera instrumentos de mejora de la calidad regulatoria:

“Artículo 5.- Instrumentos para la mejora de la calidad regulatoria

Son instrumentos para la mejora de la cali-

52. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, *Implementación del Análisis de Impacto Regulatorio en el Gobierno Central del Perú: Estudios de caso 2014-16*. (París: OECD Publishing, 2019), p. 11-12.

53. En esta parte reproducimos algunos argumentos ya expresados en Eduardo Quintana, “Reglamentación del Análisis de Impacto Regulatorio en Perú: ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, Boletín BFE+ (2021), <https://bfe.pe/boletin/2021/04/26/reglamentacion-del-analisis-de-impacto-regulatorio-en-peru-mucho-ruido-y-pocas-nueces/>

dad regulatoria, de manera enunciativa y no limitativa, los siguientes:

- a) La simplificación administrativa.*
- b) El Análisis de Calidad Regulatoria de procedimientos administrativos.*
- c) El análisis de impacto regulatorio ex ante y ex post.*
- d) La consulta a través de sus diversas modalidades.*
- e) El costeo de la regulación y de trámites.*
- f) Las revisiones y derogaciones del ordenamiento jurídico.*
- g) Otros que se establezcan por decreto supremo.” —subrayado añadido—*

Como se observa, este artículo no solo carece de explicaciones sobre los instrumentos listados, sino que se identifica que hay duplicidad en ellos. De un lado, el costeo de los trámites es parte del ACR, como también lo son las revisiones y derogaciones de procedimientos administrativos, y el ACR es solo una especie del género simplificación administrativa. De otro lado, el costeo de la regulación y la consulta pública son elementos inherentes a cualquier mecanismo de AIR, y la revisión y derogación de regulaciones son consecuencias esperables del AIR ex post. Esta redundancia no parece tener explicación alguna.

Se dice que las comparaciones son odiosas, pero la diferencia es notoria con respecto al contenido de los artículos del DL 1310 y DL 1448 sobre el ACR. En efecto, en estas normas se ha establecido con precisión y detalle lo siguiente sobre el ACR: (i) un mandato legal explícito y de

aplicación cuasi inmediata, (ii) las obligaciones específicas a ser cumplidas en etapas pre determinadas; (iii) las consecuencias —drásticas— por incumplimiento, manifestadas en la vigencia o no de los procedimientos administrativos; (iv) los principios de fondo a ser evaluados a través de este mecanismo; (v) la autoridad encargada de administrar el mecanismo; entre otros. Nada de esto se prevé para el AIR en el DL 1448.

Pero eso no es todo. En vez de incluir al menos un desarrollo mínimo respecto de un instrumento tan importante para la agenda de mejora regulatoria, solo se contempló que el instrumento referido al AIR se aprobaría mediante Decreto Supremo que sería dictado en un plazo máximo de 180 días calendario.⁵⁴ Como el DL 1448 fue publicado en setiembre de 2018, el Decreto Supremo mencionado debía emitirse hasta marzo de 2019.

En la práctica, recién el 3 de abril de 2021 se publicó el Decreto Supremo N° 063-2021-PCM, Reglamento que desarrolla el Marco Institucional que rige el Proceso de Mejora de la Calidad Regulatoria y establece los Lineamientos Generales para la aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante —en adelante “DS 063-2001” o “Reglamento de AIR”—.

Lo más destacable del Reglamento de AIR es que finalmente establece el mandato que obliga a las entidades del Poder Ejecutivo a realizar el AIR previamente a decidir sobre intervenciones reguladoras de carácter general, aunque de manera progresiva.⁵⁵ También corresponde re-

54. Decreto Legislativo 1448:
“Artículo 6.- Diseño de los instrumentos
Mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Economía y Finanzas y el Ministro de Justicia y Derechos Humanos se aprueba el instrumento referido al análisis de impacto regulatorio.”
“Segunda Disposición Complementaria Final.-
En un plazo no mayor a 180 días calendario contados a partir del día siguiente de la publicación de la presente norma se aprueba mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Economía y Finanzas y el Ministro de Justicia y Derechos Humanos el instrumento referido al análisis de impacto regulatorio.”

55. *“Artículo 10.- Ámbito de aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante*
10.1 La entidad pública del Poder Ejecutivo tiene la obligación de realizar el AIR Ex Ante previo a la elaboración de disposiciones normativas de carácter general, cuando establezcan, incorporen o modifiquen reglas, prohibiciones, limitaciones, obligaciones, condiciones, requisitos, responsabilidades o cualquier exigencia que genere o implique va-

(Continúa en siguiente página)

saltar que en los lineamientos generales se contemplan aspectos relevantes del instrumento de AIR, a saber:

- a) Su finalidad: conseguir que la alternativa regulatoria elegida sea la mejor para solucionar el problema público identificado, considerando que sus beneficios son superiores a sus costos.⁵⁶
- b) Sus componentes: (i) magnitud y diagnóstico del problema e identificación de los afectados; (ii) desarrollo del objetivo de la intervención; (iii) identificación de las alternativas de solución regulatorias o no regulatorias; (iv) evaluación de los impactos de cada alternativa, para elegir la mejor; (v) descripción y desarrollo de mecanismos de implementación y cumplimiento; (vi) criterios y mecanismos de monitoreo, supervisión y evaluación del cumplimiento.⁵⁷
- c) Las obligaciones de las entidades públicas asociadas con el AIR: (i) publicar el primer mes de cada año su “agenda temprana” de problemas públicos que se pretende someter al AIR durante el año y las fechas tentativas; y (ii) realizar dos consultas públicas relacionadas al proceso de elaboración del AIR, una temprana que es previa al
- d) Las instancias responsables: (i) se establece que los Ministros, los Viceministros y los Secretarios generales son responsables de la conducción de los AIRs de sus respectivos sectores; (ii) se señala a la Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria — CMCR— como ente rector del sistema de AIR, y se define su conformación y sistema de votación, así como sus funciones; (iii) se establece la Secretaría Técnica y los equipos técnicos especializados como niveles de soporte de la CMCR; (iv) se prevé la conformación de una Comisión Consultiva para la Mejora de la Calidad Regulatoria.⁵⁹
- e) Los niveles del estado y supuestos excluidos del AIR: (i) se excluye de su aplicación a los Poderes Judicial y Legislativo, a las empresas públicas bajo el ámbito de FONAFE o de ámbito regional o local, a las empresas privadas que brindan servicios públicos; (ii) también se excluye de su aplicación supuestos como Decretos de Urgencia en materia económica y financiera, disposiciones y procedimientos de naturaleza tributaria, disposiciones relativas

riación de costos en su cumplimiento por parte de las empresas, ciudadanos o sociedad civil que limite el otorgamiento o reconocimiento de derechos para el óptimo desarrollo de actividades económicas y sociales que contribuyan al desarrollo integral, sostenible, y al bienestar social.”

“Artículo 31. Progresividad en la aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante

31.1 La implementación del AIR Ex Ante en las entidades públicas del Poder Ejecutivo es progresiva. El plan de implementación progresiva contiene como mínimo el fortalecimiento de capacidades, desarrollo de pilotos, la asistencia técnica, desarrollo de los instrumentos complementarios y plazos para el cumplimiento obligatorio del AIR Ex Ante, según lo dispuesto en la Décima Cuarta Disposición Complementaria Final del presente Reglamento.”

56. *“Artículo 9.- Objetivo del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante*

El AIR Ex Ante tiene como objetivo garantizar que la propuesta de decisión regulatoria que plantea la entidad pública como resultado del análisis correspondiente, sea la mejor opción para contribuir a solucionar o reducir los riesgos de un problema público identificado en base a evidencia; así como determinar que sus beneficios son superiores a sus costos (...).”

57. Descritos en el artículo 11 del Decreto Supremo N° 063-2021-PCM.

58. Artículos 13 y 14 del Decreto Supremo N° 063-2021-PCM.

59. Artículos 17, 19 al 24 y Décima Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 063-2021-PCM.

a programas sociales en tanto se regulan por las normas de la materia, resoluciones de procedimientos sancionadores, trilaterales, de solución de controversias, o de fiscalización, designación de funcionarios o cargos de confianza, declaraciones de interés nacional que no generen efectos a terceros, etcétera.⁶⁰

Sin perjuicio de lo anterior, podría discutirse si esta norma ha aprobado el instrumento de AIR, como estaba dispuesto por el DL 1448, pues no contiene el desarrollo específico de las reglas de fondo para que las entidades públicas conduzcan los AIRs, ni para que la CMCR evalúe y apruebe el documento que los contiene. Más bien, se ha delegado en la PCM para que mediante Resolución Ministerial apruebe las reglas medulares para elaborar y revisar los AIRs.

Así, las principales reglas para la implementación efectiva del AIR se han dejado para una etapa posterior, en plazos que oscilan entre un mes a seis meses adicionales. En particular, se ha programado la publicación de las siguientes normas en los plazos indicados, computados a partir del 3 de abril de 2021, fecha de publicación del DS 063-2021:

- (i) Reglamento Interno de la CMCR, en 20 días —es decir, hasta el 30 de abril de 2021—;
- (ii) Plan para la implementación progresiva del AIR, en 30 días —es decir, hasta el 14 de mayo de 2021—;
- (iii) Manual para la aplicación del AIR por las entidades públicas, Metodologías para evaluar impactos del AIR —costo-beneficio, costo-efectividad, multicriterio, etcétera—, y Lineamientos para la Agenda Temprana y la Consulta Pública, todas en

90 días —es decir, hasta el 11 de agosto de 2021—; y

- (iv) Manual del evaluador —CMCR— del AIR, en 120 días — es decir, hasta el 23 de septiembre de 2021—.

Lamentablemente, no puede descartarse que tales plazos se dilaten por una u otra razón, haciendo una vez más inefectivo el sistema de AIR por lapsos difíciles de predecir, en particular cuando no se tiene los Manuales, las metodologías de evaluación de impactos y los lineamientos. Téngase en cuenta que el DS 063-2021 no se emitió dentro de los 6 meses previstos en el DL 1448, sino dos años y medio después.⁶¹ Algo similar puede ocurrir con las normas antes indicadas, pues a la fecha de envío de este artículo para revisión y publicación, ya se han vencido los plazos programados para emitir las dos primeras normas, es decir, ya están retrasados el Reglamento Interno de la CMCR y el Plan para la implementación progresiva del AIR listadas.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que esas reglas medulares para el AIR serán aprobadas mediante normas de menor jerarquía. Si bien esto puede contribuir a darle mayor flexibilidad al sistema, permitiendo adecuar más fácil y oportunamente los aspectos que así lo requieran, también puede contribuir a restarle predictibilidad de cara a los ciudadanos. Así, definiciones y conceptos clave para determinar el enfoque del AIR podrían ser modificados sin mucha dificultad, dando lugar, por ejemplo, a una visión reguladora más intervencionista respecto de la libre determinación de los privados.

Algunos aspectos importantes pero ausentes en el DS 063-2021 permiten explicar este punto. Giran en torno a una regla fundamental de todo sistema de AIR y es que ante el problema público

60. Artículos 10.5 y 28 del Decreto Supremo N° 063-2021-PCM.

61. Llama la atención el extenso retraso en la emisión del Reglamento de AIR, si se contrasta con los plazos de emisión de los reglamentos para el ACR. En efecto, tanto el Reglamento del Decreto Legislativo 1310, aprobado mediante Decreto Supremo N° 075-2017-PCM, como el Reglamento de las disposiciones sobre ACR contenidas en el Decreto Legislativo 1448, aprobado mediante Decreto Supremo N° 061-2019-PCM, fueron publicados aproximadamente en seis meses y medio después de las mencionadas leyes.

identificado siempre se debe considerar dentro de las posibles alternativas una de no intervenir con nueva regulación; es decir, de mantener la situación en el estado en que se encuentra. Esto se conoce como el escenario base.

Aun cuando a primera vista el escenario base pudiera parecer contradictorio con el objetivo mismo del AIR, que es identificar la mejor alternativa regulatoria para solucionar el problema público, en realidad es un referente comparativo necesario para evitar el fallo regulatorio de adoptar una alternativa de intervención que a la larga es peor que haber mantenido el *status quo*.⁶² En efecto, en la etapa de comparación de los costos y beneficios de las alternativas de regulación puede resultar que en términos netos todas ellas ocasionen más impactos negativos que positivos. Ante esa disyuntiva, el escenario base permite mantener el *status quo* pese a sus efectos negativos, pues comparativamente puede ser mejor que adoptar cualquier alternativa de intervención reguladora.⁶³

El Reglamento de AIR aprobado debió establecer de modo explícito no solo que dentro de la evaluación se considere la opción de no regular, sino incluso señalar directamente que en caso de duda se debe optar por no regular. Si se piensa que sería atípico, basta señalar que esta regla existe inalterada hace décadas en los Reglamentos Generales de los organismos regula-

dores de servicios públicos peruanos. Solo para muestra se cita a continuación el Reglamento General del OSINERGMIN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-2001-PCM:

*“Artículo 11.- Principio de Subsidiariedad
La actuación de OSINERG es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para la satisfacción de los intereses de los usuarios de servicio público o consumidores regulados. En caso de duda sobre la necesidad de establecer disposiciones regulatorias y/o normativas, se optará por no aprobarlas, y entre varias opciones similarmente efectivas, se optará por la que menos afecte la autonomía privada” —subrayado añadido—.*

En vez de contemplar una regla expresa y precisa al respecto, en el Reglamento de AIR se incluyen disposiciones confusas, o con insuficiente desarrollo, que no permiten tener la certeza de que el escenario base no solo es plausible, sino aconsejable en caso de duda. De hecho, al describirse los componentes del AIR, en el artículo 11.1.3 no se precisa que el escenario base debe estar dentro de las alternativas, sino que se utiliza una fórmula poco precisa: “3. *Identificación y desarrollo de las alternativas regulatorias o no regulatorias*”. No existe definición alguna de lo que significa una alternativa no regulatoria.

62. Al respecto, uno de los forjadores del AIR en la OCDE ha señalado:

“El escenario base tiene por finalidad proporcionar el contra factual frente al que se comparan todos los demás escenarios. Es necesario porque la medición de los impactos en el AI [análisis de impacto] es una medida marginal, es decir, el AI muestra las diferencias en los impactos del escenario base y el escenario que se analiza. Sin un escenario base claro, los impactos marginales de los otros escenarios tampoco son claros y no se pueden comparar. (...). El escenario base también suele descuidarse, ya que los reguladores normalmente no han identificado el problema lo suficientemente claro como para permitirles elegir una métrica de medición que les permita evaluar tendencias pasadas o realizar proyecciones. Tampoco tienen suficientes datos para cuantificar el problema o establecer una línea de tendencia. Esto es desafortunado, porque en la definición del escenario base es donde los reguladores se hacen responsables por la definición del problema que identificaron”. Jacobs (2016). “Towards a simpler and Practical Approach”, 83 (traducción libre).

63. Asumiendo que el problema público identificado tiene impactos negativos de S/ 80 millones al año y se identifican dos alternativas regulatorias de solución: la alternativa A tiene un costo de S/ 84 millones y la B uno de S/ 69 millones, pero con probabilidad media-alta de ocasionar impactos negativos adicionales de S/ 18 millones por posibles comportamientos de cumplimiento creativo —“*creative compliance*”—. En esta situación, el escenario base resultaría mejor que cualquiera de las dos alternativas reguladoras, es decir, sería preferible mantener el *status quo* con sus efectos negativos, en vez de asumir el riesgo de errar con la alternativa regulatoria B que podría arrojar un costo adicional neto de S/ 7 millones.

Podría entenderse que el término se refiere a la opción de no regular, pero no es un vocablo unívoco, así que también podría asumirse, por ejemplo, que se trata de opciones de auto regulación. Para mayor enredo, en el artículo 11.4 se señala que si de la evaluación de alternativas *“la entidad pública selecciona una opción no regulatoria como la mejor alternativa (...) procede con su desarrollo e implementación en el marco de sus competencias”*. Si la alternativa no regulatoria fuera el escenario base, entonces ¿por qué la entidad procedería con su desarrollo e implementación, si precisamente implica no intervención reguladora?

Adicionalmente, en el artículo 14.1 que contiene las modalidades de consulta pública, tampoco se explicita que deba considerarse el escenario base. En el caso de la consulta pública temprana se señala que se realiza *“en la etapa previa al diseño del proyecto regulatorio”*, y que comprende la participación de posibles afectados, *“el análisis de las alternativas de solución y sus respectivos impactos”*. Lo razonable sería entender que entre esas alternativas se incluye el escenario base, aunque esto no es explícito.

De otro lado, en la etapa de consulta pública del proyecto regulatorio, parece asumirse que la propuesta ya está en elaboración, y por ello el objeto de esta consulta es *“recabar información adicional relevante (...) que permita perfeccionar el proyecto regulatorio, detectar riesgos en el cumplimiento o la implementación y viabilizar la posible intervención (...)”*. Es decir, pareciera que en esta etapa ya no hay espacio para preferir el escenario base y solo se puede perfeccionar el proyecto de regulación y detectar riesgos vinculados al mismo.

Dicho lo anterior, es evidente que sería preferible que las reglas asociadas con la alternativa de no regular y el escenario base de cualquier sistema de AIR hayan sido plasmadas en una norma con rango de ley, para darle plena legitimidad y respaldo a aquellas entidades públicas que no recurran a la intervención reguladora en caso de duda razonable sobre sus ventajas. De esta forma se enfatizaría que el AIR puede admitir fallas de mercado —escenario base— en

vez de apostar por fallas de la regulación que pese a ser bienintencionadas puedan resultar más costosas en términos netos.

El problema en el caso peruano es que esas reglas fundamentales no se han plasmado en una ley y ni siquiera en la norma reglamentaria de mayor rango. En el mejor de los casos, podrían incorporarse en alguno de los manuales o metodologías que serán aprobadas por Resolución Ministerial de PCM. Pero al encontrarse en una norma de esta jerarquía, no sería difícil restringir sus alcances o prescindir de ellas, por ejemplo, si se deseara inclinar la balanza del AIR hacia la intervención reguladora.

De este modo, las reglas para hacer efectivo el AIR no solo vienen bastante demoradas y pueden seguir tardándose, sino que, además, podrán ser modificadas o relativizadas sin mayor dificultad según decisión del Ejecutivo, dada la jerarquía de las normas que las desarrollarán.

VI. UNA OPORTUNIDAD PERDIDA Y UNA REFORMA REGULATORIA AÚN INCOMPLETA

Todo lo expresado hasta aquí demuestra que al finalizar el año 2016 se tuvo en Perú la oportunidad de establecer con rango legal una reforma regulatoria completa, que se sustentara en el AIR como sistema principal, complementado con una simplificación administrativa más sofisticada a través del Modelo Costo Estándar. Ello sin perjuicio de implementar sus componentes de forma progresiva.

Sin embargo, con el DL 1310 se escogió solo una simplificación administrativa más sofisticada, dándole el llamativo nombre de ACR, y dejando para otro momento un componente central como es el AIR. Se perdió una oportunidad de tener un “paquete premium” en materia de reforma regulatoria, y se tomó únicamente un “paquete básico”.

En el 2018 se tuvo la oportunidad de enmendar lo anterior a través del DL 1448, pero en vez de hacerlo se decidió solamente modificar el DL 1310 para precisar que con el sistema de ACR solo se buscaba mayor simplificación adminis-

trativa y no el análisis del impacto de las regulaciones sustantivas. Como premio consuelo, a través de esa misma norma legal se enunció el proceso de mejora de la calidad regulatoria y se incluyó como uno de sus instrumentos el AIR, sin contemplar un mandato de rango legal para su implementación, es decir sin ponerle “dientes” al instrumento. Más bien, se contempló que sea una norma reglamentaria la que se ocupe del componente principal de la reforma regulatoria peruana.

Con prolongado retraso, luego de dos años y medio, se aprobó el mencionado Reglamento de AIR. Esta norma contiene el mandato para que las entidades del Poder Ejecutivo realicen obligatoriamente el AIR de sus propuestas normativas de carácter general, aunque de modo progresivo. Asimismo, se incluyó otros elementos relevantes del sistema como la finalidad del AIR, los componentes del proceso de elaboración y validación, la obligación de publicar cada año una agenda temprana de iniciativas regulatorias y de realizar consultas públicas para cada iniciativa, las instancias responsables de conducir y evaluar los AIRs, los ámbitos que sujetos al AIR —niveles del estado y supuestos excluidos—, entre otros.

Sin perjuicio de ello, se trata solo de una norma de lineamientos generales para la aplicación del AIR, no del desarrollo específico de las reglas de fondo para que las entidades públicas conduzcan los AIRs, ni para que la CMCR evalúe y apruebe el documento que los contiene. En el Reglamento de AIR se ha previsto más bien que las reglas necesarias para la implementación efectiva del AIR sean aprobadas vía Resolución Ministerial de la PCM, dentro de un cronograma que va de un mes a seis meses adicionales, con el consiguiente riesgo de que esos plazos se dilaten haciendo inefectivo el sistema de AIR por lapsos que pueden resultar bastante largos.

Adicionalmente, tratándose de reglas modulares para el funcionamiento del AIR, es discutible la ventaja de que sean aprobadas mediante normas de menor jerarquía, ya que podrían ser modificadas sin mayor dificultad, lo que puede restarle predictibilidad de cara a los ciudadanos.

De este modo, el Perú continúa teniendo una reforma regulatoria incompleta, vulnerable, y todavía concentrada en la simplificación administrativa.

Apuntes sobre el cálculo de umbrales de notificación en el control de concentraciones empresariales^(*)



ENRIQUE FELICES SAAVEDRA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Master of Laws —LL.M.—por la Universidad de Yale.
Profesor del curso de Control de Concentraciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Ex Secretario Técnico de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

RODRIGO LÓPEZ VILLANUEVA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Adjunto de docencia del curso de Control de Concentraciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Ex funcionario de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

SUMARIO:

- I. **Introducción.**
- II. **La definición de umbrales de notificación.**
- III. **¿Qué umbrales y por qué?**
- IV. **Algunas reglas especiales para el cálculo de umbrales.**
 1. **Fondos de inversión.**
 2. **Empresas estatales.**
 3. **Comercio exterior.**
- V. **Nota final.**

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 10 de marzo de 2021 y fue aceptado con fecha 18 de julio de 2021.



(*) Los autores agradecen la valiosa colaboración de Alvaro Gastañadui en la investigación para este trabajo.

RESUMEN:

En este artículo los autores analizan los umbrales de notificación en el control de concentraciones empresariales desde una perspectiva conceptual y práctica atendiendo a su desarrollo en la doctrina, la legislación comparada y las guías orientativas de distintos países e instituciones para así presentar una visión completa y didáctica sobre la materia.

Palabras clave: control de concentraciones, competencia, umbrales de notificación, concentración empresarial.

ABSTRACT:

In this paper, the authors analyze the notification thresholds in merger control based on a conceptual and practical perspective. This, considering its treatment in doctrine, comparative law and guidelines from different countries and institutions in order to present a complete and grounded vision on the subject.

Keywords: merger control, competition law, notification thresholds, mergers.

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que nuestro país cuenta con un marco legal y una política de competencia desde hace más de 30 años, es uno de los pocos de ingresos medios o altos que no contaba con un régimen general de control de concentraciones empresariales.¹ Es cierto que desde el año 1997, con la publicación de la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, se incorporó el control previo a las operaciones de concentración en el sector eléctrico, pero tanto en su aplicación como en su alcance, se trató de una experiencia bastante limitada.

La reciente promulgación de la Ley 31112, ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 039-2021-PCM —en adelante, el “Reglamento de la Ley 31112”—², nos confrontan con un escenario muy distinto, que presentará desafíos tanto a la

autoridad como a las empresas que desarrollan actividades económicas en el mercado.

Uno de los elementos centrales para la aplicación de este nuevo marco legal es el de los umbrales de notificación. En este trabajo abordaremos los umbrales desde una perspectiva conceptual y también práctica, atendiendo a su desarrollo en la doctrina, en la legislación comparada y en las guías orientativas de distintos países e instituciones, con el fin de presentar una visión lo más completa y didáctica posible sobre esta materia y contribuir a una discusión pública que apenas empieza.

II. LA DEFINICIÓN DE UMBRALES DE NOTIFICACIÓN

Las razones que conducen a las empresas a concentrarse son diversas, pero en general se originan en su interés por generar una mejor rentabilidad, ya sea obteniendo una mayor

-
1. En este sentido, ver el documento *Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID del derecho y política de competencia: Perú* (Perú: OCDE, 2018) 135:
Más de cien países prevén en sus legislaciones de competencia regímenes de control de concentraciones entre ellos todos los países que forman parte de la OCDE, salvo Luxemburgo, que en todo caso está sujeto al régimen de control de concentraciones de la UE. Todos esos países reconocen que problemas de competencia de naturaleza estructural pueden ser consecuencia de determinadas operaciones de concentración, y que un mecanismo de control de concentraciones puede contribuir a evitar que consoliden estructuras de mercado susceptibles de tener efectos anticompetitivos significativos, difícilmente contrarrestables por otros medios.
 2. El presente trabajo ha sido preparado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 31112 y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 039-2021-PCM.

participación de mercado, desarrollando nuevas actividades para reducir su exposición al riesgo, ampliando su portafolio de productos, buscando propiciar sinergias con empresas que complementan una oferta de servicios, persiguiendo una posición de liderazgo en un mercado, u optimizando sus procesos tecnológicos, de producción o de distribución. En este sentido, las operaciones de concentración son consustanciales al funcionamiento de la economía e indispensables para imprimir dinamismo en los mercados, permitir que las empresas crezcan y prosperen, y que se genere bienestar para los consumidores y la sociedad en su conjunto.

En algunas circunstancias, sin embargo, esto no es así y esas operaciones se convierten en materia de preocupación para las instituciones que velan por la competencia en el mercado. En efecto, ciertas operaciones de concentración pueden resultar en la creación o el fortalecimiento del poder mercado con que cuentan ciertas empresas y posibilitar la afectación de la dinámica competitiva, restringiendo o eliminando la competencia efectiva y, con ella, afectando el bienestar de los consumidores.³ Esto es particularmente cierto en mercados con estructuras oligopólicas,⁴ en los que la concentración del poder de mercado puede disipar con

mayor facilidad las presiones competitivas que propician, precisamente, ese dinamismo competitivo que se traduce en bienestar para los consumidores.⁵

Frente a esta realidad, las legislaciones de la mayor parte de los países de ingresos medios y altos cuentan con un régimen general de control de concentraciones, cuyo propósito es el de identificar y evaluar, antes de que sean consumadas, aquellas operaciones que estén en capacidad de ocasionar un daño a la competencia o de producir, en los términos utilizados por la Ley 31112,⁶ “una restricción significativa de la competencia en los mercados involucrados.”

En este sentido, el documento de Exámenes Inter-Pares de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE, y el BID del Derecho y Política de Competencia, Perú 2018, explica que *“la aplicación de sistemas de notificación previa se justifica en que es mucho más sencillo prevenir un problema de restricción de la competencia derivado de una operación con consecuencias estructurales que solucionar ese problema ex post”*, pues, añade, *“permite frenar operaciones restrictivas de la competencia susceptibles de irrogar perjuicios a los consumidores al coartar la libre competencia entre empresas rivales y/o eliminar competidores”*.⁷

3. Al respecto, el Artículo. 1 de la Ley 31112 señala lo siguiente: *“La presente ley tiene por objeto establecer un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial con la finalidad de promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.”*
4. A mayor abundamiento, ver el Artículo 25 del Reglamento 139/2004 —Reglamento comunitario de concentraciones: *“Habida cuenta de las consecuencias que las concentraciones pueden tener en estructuras de mercado oligopolísticas, resulta particularmente necesario preservar la competencia efectiva en estos mercados. Si bien muchos mercados oligopolísticos presentan un elevado grado de competencia, en determinadas circunstancias las concentraciones que implican la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes en la concentración ejercían entre sí, así como una reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes, pueden, incluso en ausencia de la probabilidad de coordinación entre los miembros del oligopolio, llegar a ser un obstáculo significativo para la competencia (...).”*
5. En el mismo sentido, Herbert, Hovrnkamp y Carl, Shapiro, “Horizontal Mergers, Market Structure, and Burdens of Proof”, *The Yale Journal*, (2018): Acceso el 25 de febrero de 2021 https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?ArticleId=2935&context=faculty_scholarship
6. Ver Artículo 7 de la Ley 31112.
7. OCDE, *Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID del derecho y política de competencia: Perú* (Perú: OCDE, 2018) 136

Y, sin embargo, determinar a priori y con certeza qué operaciones tienen la capacidad de ocasionar “restricciones significativas de la competencia” es una tarea compleja, por no decir imposible. En primer lugar, porque más allá de la técnica aplicada, el análisis de operaciones de concentración es por definición prospectivo y, por lo mismo, subjetivo e incierto. En segundo lugar, porque someter todas y cada una de las concentraciones que se lleven a cabo al análisis de una autoridad de competencia sería impracticable, además de ineficiente: el costo de hacerlo sería exorbitante para la autoridad y para los agentes involucrados y, con seguridad, sería un ejercicio fútil e improductivo, en la medida en que un gran porcentaje de dichas operaciones no tienen la posibilidad real de generar una restricción significativa de la competencia.

Por esta razón, las legislaciones de competencia son unánimes al establecer mecanismos que permitan segmentar las operaciones de concentración que se llevan a cabo en el mercado, de forma tal que solo estén sujetas a su revisión y análisis las que presentan, según ciertos criterios, una mayor probabilidad de causar un perjuicio a la competencia.

III. ¿QUÉ UMBRALES Y POR QUÉ?

La principal manera en que las distintas legislaciones sobre control de concentraciones seg-

mentan las operaciones que se realizan en los mercados es a través del establecimiento de umbrales de materialidad. De esa forma, solo aquellas operaciones que superan los umbrales deben ser notificadas ante la autoridad.⁸ Esto presupone, naturalmente, que nos encontremos frente a una operación que califique previamente como un acto de concentración y que, además, tenga un nexo geográfico con el país.⁹

De un lado, solo aquellos actos u operaciones que impliquen “una transferencia o cambio de control de una empresa o parte de ella”¹⁰ calificarán como un acto de concentración y, por lo tanto, deberán ser notificados ante la autoridad, entendiéndose que dicho cambio de control debe tener un carácter duradero —es decir, no ser temporal o incidental— y permitir a quien lo adquiere la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y continua sobre una empresa.¹¹

A dichos efectos, se entiende que existe un control permanente cuando el acto de concentración tiene la potencialidad de modificar la estructura del mercado y, con ello, la interacción competitiva existente.¹² Si bien las transferencias de propiedad o acuerdos sin límite temporal suelen representar un cambio de control permanente, un acuerdo con duración definida también puede configurarse como tal si es que el tiempo de vigencia es lo suficientemente largo como para modificar la estructura del mercado.¹³

8. Sin perjuicio de esta regla general, cabe tener en cuenta que, en el Perú, el Artículo 6.4 de la Ley 31112 ha previsto también un régimen de notificación voluntaria para aquellos actos de concentración que no superen los umbrales, así como la posibilidad de que la autoridad de competencia pueda revisar de oficio operaciones de concentración que no los hayan superado.

9. OECD, *Local Nexus and Jurisdictional Thresholds in Merger Control* (2016), 4 y 5.

10. Ver Artículo 5 de la Ley 31112.

11. Ver definición de “Control” en el Artículo 3 de la Ley 31112 y, complementariamente, entre muchos otros, el numeral 3 del Artículo 3 del Reglamento 139/2004 —Reglamento comunitario de concentraciones) o el Artículo 47 del Decreto Ley 211 de Chile y la Guía Práctica para la aplicación de umbrales de notificación de operaciones de concentración en Chile de la Fiscalía Nacional Económica.

12. Ver página 8 de la exposición de motivos del Reglamento de la Ley 31112.

13. Ver numeral 28 de la “Comunicación consolidada de la Comisión Europea sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresa”.

Sobre la base de lo anterior, a nivel de la Unión Europea, se ha considerado que existe un cambio de control permanente cuando el acto de concentración tiene una duración de entre ocho —8— y quince —15— años.¹⁴ No obstante, cabe tener en cuenta que dichos plazos no reflejan criterios rígidos, sino que, como ha señalado la agencia de competencia chilena, corresponde a un análisis de caso por caso, en el que se tomará también en cuenta, entre otros, “*las características propias de la transacción, el mercado en que tiene lugar, o los ciclos de la actividad económica.*”¹⁵

Dicho esto, ¿qué es un acto de concentración? En general, es todo aquello que produzca un cambio de control como consecuencia de una fusión entre dos o más empresas o partes; la adquisición por una o varias partes, de manera directa o indirecta, de derechos que le confieran control sobre una o varias entidades; la constitución de una empresa en común; y la adquisición de control sobre un activo productivo.¹⁶ Por el contrario, no se consideran actos de concentración aquellos que son producto del crecimiento interno de un agente económico, o resultado de operaciones realizadas dentro de su grupo económico, así como tampoco aquellos en los que el cambio de control sea de naturaleza temporal, ya sea que responda a un mandato legal o contractual, o a una particularidad intrínseca a una actividad.¹⁷

Del otro, solo aquellas concentraciones que tengan un nexo geográfico o vínculo suficiente

con el país serán notificables. Es decir, no bastará que una operación involucre a una empresa local para que deba ser notificada en el país, sino que la operación en cuestión debe estar en capacidad de tener “efectos competitivos apreciables” en él.

Y aunque existe consenso en la legislación comparada sobre la necesidad de establecer mecanismos para evitar notificaciones innecesarias y el uso indebido de recursos para la revisión de concentraciones que no tengan la capacidad de ocasionar “restricciones significativas de la competencia”, esos mecanismos específicos varían entre los países.

Quizá la necesidad de encontrar una metodología idónea para evitar intervenciones innecesariamente costosas de las autoridades de competencia haya sido mejor sintetizada hace más de 30 años por Frank H. Easterbrook en su trabajo *The Limits of Antitrust*.¹⁸ En esa investigación, Easterbrook se refería al ensayo y error propios de la intervención gubernamental en la aplicación de las normas de competencia, ya sea a través de tribunales o autoridades administrativas,¹⁹ y a los costos que ese ejercicio impone sobre los agentes en el mercado. En ese marco, argumentaba que las políticas de competencia debían abandonar el objetivo de impedir todas y cada una de las conductas que pudieran tener un efecto anticompetitivo y, con ello, reducir los costos de los errores que propicia la consecución de esa tarea imposible. Con ese fin, el tra-

14. Al respecto, ver el numeral 18 de la “Comunicación consolidada de la Comisión Europea sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresa”.

15. Fiscalía Nacional Económica, *Guía de Competencia* (2017), 14

16. Ver Artículo. 5.1 de la Ley 31112.

17. Sobre este punto, revisar: International Competition Network, Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures, 2018, disponible en https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRecPractices2018.pdf

18. Frank H Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, 63 TEX. L. REV. 1 (1984).

19. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, p 4: “Antitrust is costly. The judges act with imperfect information about the effects of the practices at stake. The costs of action and information are the limits of antitrust”.

bajo de Easterbrook, apoyado en herramientas de la estadística, hacía hincapié en los costos causados por ciertas clases de errores en que incurren las autoridades: los “Errores Tipo I” o “Falsos Positivos”, causados por decisiones que condenan ciertas conductas por considerarlas anticompetitivas cuando en realidad no lo son, y los “Errores Tipo II” o “Falsos Negativos”, causados por decisiones que fallan al no detectar y condenar ciertas conductas que sí son anticompetitivas, en ambos casos con el consiguiente perjuicio a los consumidores y el mercado.

El análisis que realiza Easterbrook es igualmente relevante para el control de concentraciones, pues nos permite indagar en los criterios y consideraciones que entran en juego para la fijación de los umbrales de notificación: ¿Cuál es, después de todo, la mejor combinación posible para minimizar los errores que puede causar una autoridad de competencia frente a una operación de concentración?

Establecer umbrales muy altos, por ejemplo, tendría por efecto reducir el número de operaciones notificables. Al ser menores en número, se reducirían los costos administrativos en que incurre la autoridad para su revisión, así como los costos de transacción que la notificación impone sobre las partes. Únicamente desde una perspectiva de costos, establecer umbrales altos podría parecer la decisión correcta. Lo cierto, sin embargo, es que esa decisión podría generar a su vez un efecto perjudicial para el mercado si es que tiene como resultado que

no se notifiquen y revisen aquellas operaciones que sí cuentan con la capacidad de causar “restricciones significativas de la competencia”. En este sentido, fijar umbrales muy altos podría propiciar Errores Tipo II, al permitir que se lleven a cabo sin ser notificadas operaciones que cuentan con la capacidad de generar efectos anticompetitivos importantes.

De otro lado, establecer umbrales muy bajos sería a todas luces un ejercicio ineficiente, y podría propiciar Errores Tipo I, pues capturar, como en la pesca de arrastre, la mayor cantidad posible de transacciones y someterlas al escrutinio de la autoridad generaría enormes costos administrativos y de transacción, además de afectar la competencia y el bienestar de los consumidores si es que la injerencia de la autoridad se traduce en la prohibición de conductas que no son realmente anticompetitivas.

La realidad, sin embargo, es más compleja y la solución no se encuentra en uno u otro extremo, pues, como apunta Lambert, las conductas que se analizan bajo las reglas de la competencia tienen en la práctica efectos procompetitivos y anticompetitivos a la vez.²⁰ Quizá sea por ello que, aunque el International Competition Network —en adelante, “ICN”²¹— o la OCDE²² inciden en la importancia de establecer umbrales claros, objetivos y predecibles, no existe un tratamiento uniforme en la legislación comparada sobre la combinación óptima de elementos para su establecimiento.

20. Thomas Andrew Lambert, *The Limits of Antitrust in the 21st Century* (2020). University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper Number 2020-06, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3533549> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3533549>

Traducción libre del siguiente texto: “*These are typical of the behaviors antitrust addresses: They involve both upsides and downsides and thus may be, on net, either output-enhancing (procompetitive) or output-reducing (anticompetitive). They are, in short, mixed bags.*”

21. Ver: International Competition Network, “Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures” —2018), disponible en https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRecPractices2018.pdf

(Continúa en siguiente página)

De hecho, reconociendo la dificultad de proponer un sistema unívoco, el ICN recomienda una serie de criterios a nivel de políticas de competencia para la fijación de los umbrales. Ellos incluyen²³, entre otros, los siguientes:

- a) La identificación previa de los objetivos que se quiere alcanzar —por ejemplo, reducir el número de operaciones notificables por año, de tal forma que la capacidad de gestión de la autoridad no sea desbordada y que los recursos se destinen únicamente a aquellas pocas operaciones consideradas problemáticas; aunque el objetivo podría también ser inverso, es decir, incrementar el número de operaciones notificables para evitar Errores Tipo II—;
- b) El tipo de umbral que se considera apropiado —por ejemplo, existen umbrales que se calculan sobre la base de ventas o ingresos obtenidos en el país, en contraposición con las ventas o ingresos globales de las empresas involucradas en la operación y en no pocos casos es posible ver una combinación de ambos;
- c) La dispensa para operaciones que no están en capacidad de generar efectos anti-competitivos importantes —por ejemplo, transacciones que suponen la reorganización interna dentro de un mismo grupo empresas, o la adquisición de participaciones minoritarias que no transfieren control—;
- d) La determinación del número de notifi-

caciones que considera deseable recibir cada año —por ejemplo, en economías más pequeñas con autoridades de competencia que cuentan con alcances limitados—;

- e) El tamaño de la economía del país —que condujo a Suecia, por ejemplo, a reducir sus umbrales, sustituyendo el criterio de ventas globales por aquellas obtenidas en el país por las empresas involucradas en la operación de concentración—;
- f) La comparación con jurisdicciones similares —criterio que, por ejemplo y como veremos más adelante, fue utilizado para la determinación de los umbrales contenidos en la Ley 31112 y en el Decreto de Urgencia 013-2019 que la precedió, tomando como base el promedio de los umbrales de ventas individuales y conjuntas para la notificación en los países de la OCDE—; o
- g) La posibilidad de revisar de oficio operaciones que no superaban los umbrales —facultad que, como en el caso peruano, suele estar aparejada de umbrales relativamente altos—.

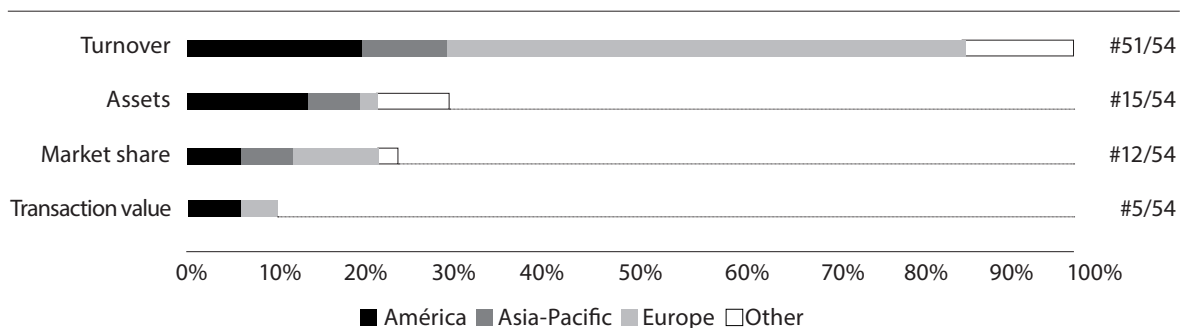
Tomando estos criterios en cuenta, la mayor parte de las legislaciones de países que pertenecen a la OCDE —ver cuadro— establecen umbrales sobre la base del valor de ventas o del valor de activos, pues estos se consideran los más claros y objetivos. Y porque “*permiten a las autoridades enfocarse en transacciones que involucran a entidades de cierta envergadura económica y con un vínculo local suficiente.*”²⁴

22. OECD, *Local Nexus and Jurisdictional Thresholds in Merger Control*, (2016), [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3—2016\)4&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3—2016)4&docLanguage=En)

23. Ver: International Competition Network, “Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures” (2018), https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPR-ecPractices2018.pdf p. 8

24. OECD, *Local Nexus...* p 6.

Crterios usados en los umbrales de la notificación previa²⁵



En la misma dirección apuntan las recomendaciones del ICN,²⁶ que remarcan la necesidad de que los umbrales sean claros, simples y fácilmente administrables,²⁷ proponiendo que estos se fijen según criterios objetivamente cuantificables como el valor de los activos, o las ventas o ingresos de las empresas involucradas en la operación, dejando de lado criterios subjetivos o discrecionales.²⁸

En este sentido, criterios como las ventas o los ingresos sirven para estimar los recursos eco-

nómicos que se combinan mediante una operación de concentración, en lugar de enfocarse únicamente en las entidades jurídicas que formalmente llevan a cabo la transacción. Así, estas métricas operan como sucedáneos del poder de mercado para efectos de la notificación, e incluyen por lo general las ventas y los ingresos en el país del grupo económico del que las empresas involucradas formen parte. A diferencia de otras métricas, la información contable sobre ventas e ingresos es de muy simple acceso para las empresas involucradas y

25. OECD. *Global merger control*. OECD Competition Trends. Volumen II (2021) p 13.

26. Ver International Competition Network, "Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures" —2018), p.5, disponible en: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRecPractices2018.pdf

27. En el mismo sentido, Thomas Servières señala:
"Los umbrales basados en el volumen de ventas tienen la ventaja de aportar seguridad jurídica tanto a las autoridades de competencia como a los agentes económicos. Se introdujeron a nivel de la UE porque son fácilmente cuantificables, verificables y constituyen una buena aproximación para estimar la relevancia económica de las partes que se fusionan en un territorio determinado, así como el carácter transfronterizo de la transacción. En resumen, constituyen una manera conveniente para la Comisión de capturar a la mayoría de las fusiones potencialmente problemáticas que tienen un impacto dentro de la UE."

Traducción libre de: *"Turnover-based thresholds have the advantage of bringing legal certainty for both competition law enforcers and economic entities. They were introduced at EU-level because they are easily quantifiable, verifiable and they constitute a good proxy for estimating the economic weight of the merging parties in a given territory as well as the cross-border character of this transaction. In sum, they constitute a convenient way for the Commission to capture most of the potentially problematic mergers having an impact within the EU."*

Thomas Servières, "Value-of-transaction' threshold in EU merger control: filing an enforcement gap or overcomplicating already complex proceedings?", p. 46. En *ICC Global Antitrust Review*, 2017.

28. *Ibíd*, p. 5: *"Así, a pesar de sus imperfecciones, se prefieren los umbrales basados en criterios objetivos: el reto está en establecer los criterios adecuados"*.

Traducción libre de: *"Thus, despite their imperfections, thresholds based on objective criteria are preferred: the challenge is in establishing the appropriate criteria."*

para la autoridad, estando por lo demás reflejadas en sus balances o estados financieros.

No debe extrañarnos, por ello, que la Ley 31112 haya establecido umbrales sobre la base de dichos criterios.²⁹ En efecto, el artículo 6.1 de la Ley 31112 establece que una operación de concentración empresarial estará sujeta al procedimiento de control previo cuando de manera concurrente se alcancen dos umbrales: (i) un umbral conjunto, según el cual la suma total del valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el Perú de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 118,000 Unidades Impositivas Tributarias —en adelante, “UIT”—, y (ii) un umbral individual, según el cual el valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el Perú de al menos dos de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial haya alcanzado, durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 18,000 UIT, cada una.³⁰

En este sentido, la inclusión de los conceptos de ventas o ingresos en la Ley 31112 como criterios para determinar si una operación debe ser notificada es consistente con las recomendaciones de la OCDE y el ICN, pues además de ser criterios claros y objetivos, permiten a las

autoridades enfocarse en aquellas transacciones que involucran a partes de cierta relevancia económica y con vínculo suficiente con el Perú. Y en efecto, estos son los criterios utilizados en la fijación de umbrales en las tres cuartas partes de las economías de la OCDE.³¹

Aunque un número importante de las economías de la OCDE calculan sus ventas o ingresos en el país en el que produce la operación, un número significativo de países incluyen también en este cálculo a las ventas o ingresos de fuente mundial. Los Estados Unidos, Francia y Alemania son algunos de los países que utilizan criterios mixtos de notificación, siendo el umbral de ventas o ingresos de fuente mundial siempre mayor que el local. Y en algunos pocos casos, el nexo geográfico se establece por criterios distintos a las ventas o ingresos, como el de los “efectos producidos por la operación”, tal como ocurre en los Estados Unidos. Finalmente, ciertos países combinan las ventas y los ingresos con el valor de activos — como lo establece la Ley 31112, por ejemplo—, o con el valor total de la transacción o con la participación de mercado de las partes, como veremos más adelante.³²

A nivel regional cabe también tener en cuenta la Recomendación del Parlamento Andino 415 —Marco normativo para formular y armonizar políticas de regulación sobre el control previo de concentraciones y fusiones empresariales en los países de la región andina—, mediante

29. De hecho, estos umbrales ya estaban establecidos en el Decreto de Urgencia 013-2019, publicado el 13 de noviembre de 2019 en el diario oficial El Peruano y sustentados tanto en su Exposición de Motivos como en el Informe N° 024-2019-ST-CLC-INDECOPI del 6 de marzo de 2019, que fue emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia en el marco de la elaboración del Proyecto de Ley N° 4110/2018-PE, que fue presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República mediante Oficio N° 073-2019-PR del 26 de marzo de 2019.

30. Artículo 6.1 de la Ley 31112.

31. Según el Oficio N° 257-2020-PR que envió la Presidencia de la República a la Presidencia del Congreso con observaciones a la Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial que fue aprobada por insistencia, el 76% de economías de la OCDE utilizan el nivel de ventas o ingresos brutos como único criterio para fijar umbrales.

32. OECD, *Local Nexus and Jurisdictional Thresholds in Merger Control*, (2016).

el cual se propone que los umbrales (i) tengan una naturaleza objetiva y monetaria y (ii) que estos consideren únicamente las ventas a nivel del país y no a nivel internacional.³³

Ahora bien, una vez establecidos los criterios que serán utilizados para la determinación de los umbrales, corresponde definir cuál es el valor que debe asignarse a dichos umbrales. En el caso peruano, se consideró que la manera apropiada de hacerlo era mediante un análisis comparativo basado “en la revisión de los umbrales de notificación de otros países con experiencia en la aplicación de control de concentraciones.”³⁴ Y para ello se tomó como referencia a los países de la OCDE, pues al ser parte de ella han adoptado, presumiblemente, las mejores prácticas y estándares internacionales. Ese análisis comparativo concluyó que si se utilizaba “el valor promedio de los umbrales de ventas conjuntas e individuales de notificación de la lista de la OCDE como umbrales referenciales de partida, obtenemos un valor de 149 millones de dólares para el umbral de ventas conjuntas y de 22.5 millones de dólares para el umbral de ventas individuales,”³⁵ valores que expresados en soles y convertidos a UIT, corresponden a las

118,000 UIT y 18,000 UIT establecidas en la Ley 31112.³⁶

No obstante ello, es relevante preguntarse hasta qué punto los valores así definidos son realmente precisos y económicamente adecuados. Después de todo, más allá de resultar de un análisis comparativo ente los países que forman parte de la OCDE, lo cierto es que el proceso de determinación de umbrales es en esencia el producto de una deliberación política y no solo técnica. Por ello, entre otras circunstancias, se recomienda que el valor que se establezca para los umbrales sea reevaluado periódicamente para confirmar o ajustar su idoneidad. Del mismo modo se pronuncian la OCDE y el ICN, y así se establece en el artículo 6.3 de la Ley 31112, pudiendo el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual —en adelante “INDECOPI”— proponer la actualización del valor de los umbrales, siempre que se justifique su necesidad y se apruebe a través de una norma con rango de ley.

Es importante notar que el Decreto de Urgencia 013-2019 no incluía el valor de los activos

33. Al respecto, ver literales a) y b) del Artículo 14 del texto propuesto por la Recomendación 415 del Parlamento Andino:

“Artículo 14.- Determinar “Umbrales” monetarios como herramienta central.- Las nuevas tendencias para destacar operaciones de concentración y fusiones de empresas que pueden afectar la libre competencia o generar conductas anticompetitivas, más allá de indicadores de concentración referenciales, se basa en los denominados “Umbrales” (Límites Mínimos) de las transacciones realizadas. Por ello se propone se considere:

- a) *Establecer Umbrales, definidos como parámetros mínimos cuantificables a partir de los cuales se decidirá evaluar o no una operación de concentración y fusión de empresas, lo que deberán ser de tipo monetario, siendo recomendable, según la práctica internacional, aquellas relacionadas con el valor de las ventas, los ingresos de las empresas y el valor de la transacción, realizada entre las empresas involucradas.*
- b) *Los umbrales deben ser selectivos en el ámbito geográfico, es decir, deben de considerar las ventas a nivel de país y no a nivel internacional.”*

34. Ver: Exposición de Motivos al Decreto de Urgencia que Establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, página 11 y el Informe N° 024-2019-ST-CLC-INDECOPI.

35. Página 10 de la Exposición de Motivos del proyecto de ley de control de concentraciones presentado por la Presidencia de la República del Perú ante el Congreso.

36. Es importante notar que el texto sustitutorio aprobado en el pleno del Congreso de la República el 2 de mayo de 2019 no consideraba los mismos valores. De hecho, se había establecido el valor de 25,000 UIT para el cálculo de los umbrales individuales, siendo ese valor luego reconsiderado al no ajustarse al análisis comparado con la OCDE ya mencionado.

dentro de los criterios para la determinación de los umbrales, elemento que fue incorporado posteriormente en la Autógrafa que dio lugar a la Ley 31112. Y es interesante ver que, dentro de las observaciones presentadas en dicha ocasión, se argumentó que el valor de activos como criterio de notificación no era adecuado en tanto no era un buen sucedáneo del poder de mercado de los agentes y que por esta razón debería descartarse, pues, de un lado, no todos los activos con los que cuentan las empresas son productivos —y, en consecuencia, no todos ellos inciden directamente en su posición competitiva—, y, del otro, porque no todos los activos están en la misma capacidad de generar retornos o ingresos homogéneos para las empresas. Por esta razón, se concluye, su inclusión incrementaría *“innecesariamente la carga procesal del INDECOPI debilitando la eficiencia y eficacia del control de concentraciones empresariales.”*³⁷

Coincidimos en que, desde la perspectiva de la autoridad y de las partes notificantes, la gestión de umbrales basados en valor de ventas o ingresos es más simple que una basada en el valor de los activos, además de ser con seguridad menos gravosa para las partes y menos costosa desde la perspectiva de la carga procesal para la administración. No obstante ello, tanto la OCDE como la ICN consideran que el valor de los activos es también un criterio apropiado, pues, al igual que las ventas o los ingresos, son objetivamente medibles en el curso habitual

de sus actividades en el país, aunque en estos casos siempre sean aplicados en combinación con otros criterios —usualmente las ventas o ingresos de la empresa, pero también en ocasiones en con el valor total de la transacción o la participación de mercado de las empresas involucradas—.³⁸

Claro está, como bien mencionaba Margrethe Vestager, Comisaria Europea de Competencia:

*“El asunto es que no siempre son las ventas las que hacen que una empresa sea atractiva para una fusión. En ocasiones, lo que importa son los activos. Ellos pueden ser una base de clientes o incluso un conjunto de datos. En el sector farmacéutico, puede ser un nuevo medicamento que está en desarrollo, pero cuya venta aún no ha sido aprobada. O una compañía puede ser valiosa simplemente por su capacidad para innovar. Una fusión que involucra esta clase de compañías podría claramente afectar la competencia, incluso si las ventas de esa empresa no sean tan altas para alcanzar los umbrales. Así que, al mirar únicamente las ventas, podríamos estar perdiendo de vista algunas operaciones importantes que deberíamos revisar.”*³⁹

Es interesante anotar que tanto la OCDE como el ICN reconocen que la participación de mercado de las empresas involucradas en una operación es, quizás, el mejor sucedáneo del poder de mercado para efectos de la notifica-

37. Ver página 2 del Oficio N° 257-2020-PR, mediante el cual la Presidencia de la República presentó observaciones a la autógrafa de ley del Congreso.

38. No obstante los argumentos en contra reflejados en las observaciones antes mencionadas.

39. Margrethe Vestager, *Refining the EU Merger Control System* (2016), disponible en —https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system_en). Traducción libre de:

“The issue seems to be that it’s not always turnover that makes a company an attractive merger partner. Sometimes, what matters are its assets. That could be a customer base or even a set of data. In the pharmaceutical sector, it might be a new drug that’s been developed but not yet approved for sale. Or a company might be valuable simply because of its ability to innovate. A merger that involves this sort of company could clearly affect competition, even though the company’s turnover might not be high enough to meet our thresholds. So by looking only at turnover, we might be missing some important deals that we ought to review”.

ción y, por ello, el factor predictivo más exacto sobre la capacidad que tiene una operación para generar efectos anticompetitivos.⁴⁰ Esta apreciación tiene sentido en la medida que la determinación de una participación de mercado presupone haber definido previamente los mercados de producto y geográfico sobre los que se calculan dichas participaciones y, al hacerlo, confirmar la existencia de un nexo geográfico suficiente con el país de que se trate. Y a pesar de su precisión, la participación de mercado como criterio de notificación es desaconsejada por ambas organizaciones porque su determinación es laboriosa e impone costos innecesarios sobre las partes, además de no ser de fácil acceso, como sí lo son los criterios de ventas o ingresos. Es por ello que, a pesar de ser utilizados en ciertas jurisdicciones, se emplean siempre en combinación con otros criterios.

Sin perjuicio de lo anterior, no hay que perder de vista que, incluso en el caso en que se cuente con información suficiente para cuantificar la cuota de mercado y la adquirente tenga una mayor a 50%, esto no es suficiente para concluir que exista poder de mercado. Ello, en tanto que, como señala Craig W. Conrath, a fin de determinar la existencia de una posición de dominio se deben considerar varios elementos, entre ellos, las barreras de entrada, las características de producción y el exceso de capacidad productiva de las partes.⁴¹ Por ello que, incluso en el supuesto que se invirtieran recursos para determinar la cuota de mercado, esto por sí solo tampoco garantiza que se capturen operaciones que, necesariamente, vayan a generar un efecto adverso a la competencia.

Finalmente, debe mencionarse el valor total de la transacción como criterio de notificación. Este es quizás el más polémico y, al mismo tiempo, el más actual, pues es probablemente el que mejor se presta para enfrentar concentraciones en los mercados digitales.

Esto es relevante porque, siguiendo a Vestager, la economía digital no es simplemente un sector de entre otros que puede afectarnos como personas que compran o venden productos, sino que está en el centro de todo y puede cambiar no solo la manera en que vivimos, sino las oportunidades que tenemos.⁴²

Quizás el ejemplo emblemático y el mejor caso de estudio sobre la limitación que muestran los umbrales convencionales para hacer frente a concentraciones en mercados digitales sea todavía la adquisición de Whatsapp por Facebook en el 2014.⁴³

Como se sabe, Facebook pagó un monto mayor a los 19 mil millones de dólares por Whatsapp, una empresa que ya entonces tenía 600 millones de usuarios. Se trataba de una operación que afectaba a 1,700 millones de usuarios a nivel mundial y a más de 300 millones en Europa, con una participación de mercado combinada cercana al 40%. Y, sin embargo, como los servicios ofrecidos por Whatsapp eran mayormente gratuitos y le reportaban ventas menores a los 20 millones de dólares, la operación no superaba los umbrales vigentes y, por lo tanto, no existía la obligación legal de notificarla ante la Comisión Europea. La operación fue finalmente notificada ante la Comisión, claro está, pero gracias al sistema de reenvíos que los estados

40. Ello sin perjuicio del análisis de fondo que debe realizar posteriormente la agencia de competencia, contrastando la participación de las partes con otros factores que permitan determinar si es que existe o no una posición de dominio; por ejemplo, la existencia de barreras considerables a la entrada y salida del mercado relevante. En el caso de la Ley 31112, estos criterios se encuentran recogidos en el numeral 2 del Artículo 7.

41. Craig Conrath, *Practical Handbook of antimonopoly law enforcement for an economy in transition*. Section 8-8.

42. Vestager, *Refining the EU Merger Control System*.

43. Pero también pueden incluirse las adquisiciones de Skype o LinkedIn por Microsoft, de Waze por Google, de Kayak por Priceline.

miembro pueden hacer a la Comisión. Y aún así, la operación fue aprobada sin condiciones en Fase 1.

Es claro que la Comisión subestimó en esa oportunidad la relevancia de la operación que tenía en sus manos, restando quizás importancia al hecho que el verdadero valor en juego era la capacidad de generar efectos de red para cerrar un mercado a terceros y acceder a datos de usuarios que hoy superan los mil millones en el mundo. Pine y Giangaspera⁴⁴ nos recuerdan que en estos casos la competencia no se produce “en el mercado”, sino “por el mercado”; esto es, por la posibilidad de ser el primero en lograr una posición hegemónica — *first mover advantage*— y alcanzar una envergadura tal que luego sea irreplicable por un competidor. Y el muy reciente anuncio de que Whatsapp empezaría a compartir formalmente los datos de sus usuarios con Facebook no es sino una confirmación de la importancia que tiene revisar a profundidad y oportunamente, con las obvias dificultades que supone, operaciones en estos mercados.

Esta situación, sin embargo, no es exclusiva de los mercados digitales, pudiendo presentarse en aquellos mercados en los que los costos de investigación y desarrollo son muy altos — como por ejemplo, el sector farmacéutico y tecnológico, en general—⁴⁵, y en los que resulta particularmente rentable para ciertas empresas adquirir operaciones de negocios incipientes o

aún en desarrollo con el fin de impedir su crecimiento y capturar mercados. A estas operaciones se les suele llamar *killer acquisitions*⁴⁶ y explican por qué ciertos países han adoptado el criterio del valor de la transacción para determinar la obligación de notificar. Alemania y Austria son los casos más recientes, incorporando en sus sistemas la obligación de notificar cuando el valor de la operación supere los 400 y 200 millones de Euros, respectivamente,⁴⁷ sumándose, entre otros, a Canadá, México y los Estados Unidos.

Si esto significa que las autoridades se volcarán unánimemente al uso del valor de transacción como un criterio de notificación está aún por verse. Por lo pronto, la Comisión Europea desestimó esta opción en el 2017, luego de una consulta efectuada con ese fin.⁴⁸ No obstante ello, en la medida en que las herramientas convencionales sean insuficientes para enfrentar esta clase de problemas, es posible que se reconsidere recurrir a criterios como el valor de transacción, aunque presumiblemente siempre en combinación con otros criterios objetivos y de fácil determinación como las ventas o los ingresos de las partes involucradas.

IV. ALGUNAS REGLAS ESPECIALES PARA EL CÁLCULO DE UMBRALES

Una vez definido el tipo de umbral aplicable — por ejemplo, ventas, ingresos brutos, valor

44. Chris Pike, y Matteo Giangaspero, *Competition-for-the-Market* (2019). OECD Competition Papers, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3487669>

45. Juliane Scholl, “Why the New Merger Control Thresholds in Germany?”, *Journal of European Competition Law & Practices*, Vol. 8, Number. 4, (2017)

46. Término acuñado para referirse a adquisiciones en la industria farmacéutica por Colleen Cunningham, Florian Ederer y Song Ma, “Killer Acquisitions” *Journal of Political Economy*, (April 19, 2020). disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3241707> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3241707>. Cunningham et al. estiman que el 6% de las adquisiciones en el sector —unas 45 por año— son *killer acquisitions*.

47. Bundeskartellamt, Guidance on transaction value thresholds for mandatory pre-merger notification (section 35 (1a) GWB and section 9 (4) KartG), 2018, https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/Downloads/standpunkte/2018-07_Guidance_Transaction_Value_Thresholds.pdf

48. Comisión Europea, *Consultation on evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*, 2017, https://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html

de activos, entre otros—, cada legislación implementa una metodología específica para el cálculo de dichos valores, en virtud del tipo de acto de concentración de que se trate y, en ocasiones, considerando el mercado sobre el cual se ejecutará dicha operación.

En el caso del Perú, el artículo 4.2 del Reglamento de la Ley 31112 ha previsto las siguientes reglas de cálculo de umbrales, según el tipo de acto de concentración:

Tipo de operación	Agente económico 1	Agente económico 2
Fusiones, constitución de empresas en común, <i>joint ventures</i> o cualquier tipo de acuerdo colaborativo.	Valor de ventas o ingresos brutos anuales o el valor contable de los activos en el Perú de los agentes económicos participantes en la operación y de sus respectivos grupos económicos. ⁴⁹	
Adquisición de derechos que permitan ejercer el control sobre la totalidad o parte de otro agente económico.	Valor de ventas o ingresos brutos anuales o el valor contable de los activos en el Perú del agente adquirente y de su grupo económico.	Valor de ventas o ingresos brutos anuales o el valor contable de los activos en el Perú del agente adquirido y de los agentes económicos sobre los cuales ejerce control.
Adquisición del control de activos productivos operativos.	Valor de ventas o ingresos brutos o el valor contable de los activos en el Perú del agente adquirente y de su grupo económico.	Valor de ventas o ingresos brutos que hayan sido generados por los activos productivos operativos adquiridos o el valor contable de tales activos.

De esta manera, al igual que el tipo de umbral elegido, el Reglamento de la Ley 31112 ha seguido estándares internacionales para el cálculo de estos.⁵⁰ En efecto, la exposición de motivos de dicho dispositivo ha indicado que, respecto de las operaciones de fusión, constitución de empresas en común, *joint ventures* o cualquier tipo de acuerdo asociativo, se ha tomado en consideración la regulación de la Dirección General de la Competencia de la Unión Europea y las

agencias de competencia alemana —Bundeskartellamt—, española —Comisión Nacional de los Mercados y Competencia —CNMC— y chilena —Fiscalía Nacional Económica —FNE—.

Asimismo, en el caso de la adquisición de derechos que otorguen control, el Reglamento de la Ley 31112 ha recogido esta regla de la Dirección General de la Competencia de la Unión Europea, Bundeskartellamt, la CNMC y la FNE.

49. Cabe mencionar que tanto el Reglamento de la Ley 31112, como su exposición de motivos, establecen que cada empresa y su grupo económico constituyen un solo agente que interactúa en el mercado al ser controlados por la misma unidad de decisión.

50. Ver páginas de la 7 a la 10 de la exposición de motivos del Reglamento de la Ley 31112.

Finalmente, en el caso de la adquisición de activos productivos operativos, la regla empleada es la utilizada por la FNE.

Sin perjuicio de que este desarrollo reglamentario realiza varias precisiones sobre el cálculo de umbrales —por ejemplo, saber cuándo se considerarán los ingresos brutos del grupo económico—, lo cierto es que aún existen algunos puntos por esclarecer. Por ello, no es coincidencia que la exposición de motivos del Reglamento de la Ley 31112 indique: “(...) a propuesta de la Secretaría Técnica, emitirá Lineamientos que describan de forma detallada los conceptos que deberán considerar las empresas para la determinación de su ventas o ingresos.”⁵¹

En el caso concreto que atañe a esta sección expondremos, de un lado, (i) el tipo de umbrales que son aplicados por los países que forman parte de la Alianza Pacífico —entre ellos, Chile, Colombia y México—, cuya proximidad económica y geográfica, y su cercana colaboración el INDECOPI, hacen particularmente relevantes, así como en la Comisión Europea y los Estados Unidos de América, para luego analizar aquellos factores que son excluidos del cálculo de los umbrales; y, de otro, (ii) las reglas aplicables a casos especiales, en razón de su complejidad y/o del mercado que comprendería la operación. No obstante, cabe precisar que, dados los límites formales para la extensión del presente artículo, este no pretende ser un desarrollo exhaustivo, sino ofrecer un vistazo inicial sobre esta materia.

Dicho esto, a nivel de la Alianza Pacífico, se observa que Chile ha determinado sus umbrales en función de las ventas de los agentes económicos que participan del acto de concentración. Así, el artículo 48 del Decreto Ley 211 ha regulado los umbrales de la siguiente manera:

“Deberán notificarse a la Fiscalía Nacional

Económica, en forma previa a su perfeccionamiento, las operaciones de concentración que produzcan efectos en Chile y que cumplan con los siguientes requisitos copulativos:

a) Que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, montos iguales o superiores al umbral establecido mediante resolución dictada por el Fiscal Nacional Económico.

b) Que, en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, por montos iguales o superiores al umbral establecido mediante resolución dictada por el Fiscal Nacional Económico”. —Subrayado agregado—

De esta manera, pese a que el criterio de ventas empleado por su ley es amplio, en la práctica, la FNE ha entendido que no debe considerarse en el cálculo del umbral los impuestos directamente relacionados con el volumen de ventas —por ejemplo, el IGV o aranceles—, los montos descontados sobre el precio de venta —por ejemplo, descuentos por volumen—, las ventas generadas entre empresas del mismo grupo económico y toda aquella venta que no provenga de la explotación del giro habitual del negocio de las partes de la transacción o sus vinculadas.⁵²

En el caso de México, el artículo 86 de la Ley Federal de Competencia Económica, ha regulado los umbrales de la siguiente manera:

“Artículo 86. Las siguientes concentraciones deberán ser autorizadas por la Comisión antes de que se lleven a cabo:

51. Ver página 10 de la exposición de motivos del Reglamento de la Ley 31112.

52. Fiscalía Nacional Económica. “Guía práctica para la aplicación de umbrales de notificación de operaciones de concentración en Chile”, (2017), acceso el 23 de enero de 2021, p. 5 y 6, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-Interpretacion-Umbrales-1.pdf>

I. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, independientemente del lugar de su celebración, importen en el territorio nacional, directa o indirectamente, un monto superior al equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal;

II. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, impliquen la acumulación del treinta y cinco por ciento o más de los activos o acciones de un Agente Económico, cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional importen más del equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal, o

III. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen impliquen una acumulación en el territorio nacional de activos o capital social superior al equivalente a ocho millones cuatrocientas mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal y en la concentración participen dos o más Agentes Económicos cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional conjunta o separadamente, importen más de cuarenta y ocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal.”—Subrayado agregado—

Al igual que en el caso de Chile, pese a que la ley no haya precisado alguna excepción sobre la consideración de los activos en el cálculo de los umbrales, la agencia de competencia mexicana ha interpretado que no se debe tomar en cuenta aquellos activos que, pese a encontrar-

se bajo el control de la empresa que es parte de la transacción, no son de su propiedad —por ejemplo, en los casos de empresas de maquila, las cesiones en uso de activos a efectos de que ejecuten el objeto del contrato—. ⁵³

A nivel europeo, el artículo 1 del Reglamento —CE— N.º. 139/2004, Reglamento comunitario de concentraciones —en adelante, el “Reglamento de la CE”— precisa que los umbrales a nivel comunitario son los siguientes:

“2. Una concentración tendrá dimensión comunitaria cuando:

- a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5 000 millones de euros, y
- b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro.—Subrayado agregado—

En este sentido, el artículo 5.1. del Reglamento de la CE, ⁵⁴ precisa que, a efectos del cálculo del volumen de ventas, no se toma en cuenta (i) los descuentos sobre ventas, (ii) los impuestos sobre el valor añadido u otros impuestos de naturaleza análoga y (iii) las transacciones generadas entre empresas de un mismo grupo económico.

53. COFECE, *Guía para la notificación de concentraciones* (2015) 20, https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/guia-0042015_not_concentraciones.pdf

54. Reglamento (CE) N.º. 139/2004, Reglamento comunitario de concentraciones “Artículo 5.- Cálculo del volumen de negocios
1. El volumen de negocios total en el sentido del presente Reglamento incluirá los importes resultantes de la venta de productos y la prestación de servicios por las empresas afectadas durante el último ejercicio correspondientes a sus actividades ordinarias, previa deducción de los descuentos sobre ventas, del impuesto sobre el valor añadido y de otros impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios. El volumen de negocios total de una empresa afectada no tendrá en cuenta las transacciones que hayan tenido lugar entre las empresas contempladas en el apartado 4 del presente Artículo. (...)”

Asimismo, la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento —CE— N° 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas —2008/C 95/01— —en adelante, la “Comunicación de la CE”— precisa que, a efectos del cálculo del volumen de negocios, solo deberán tomarse en cuenta aquellos ingresos o ventas generadas en el marco de las “actividades ordinarias” de la empresa.⁵⁵ Por dicha razón, como criterio general, serán excluidos aquellos registros contables que figuren en las partidas de “ingresos financieros” o “ingresos extraordinarios”.

En el caso de los Estados Unidos de América, la Ley Hart-Scott-Rodino ha determinado como umbrales los siguientes criterios:⁵⁶

- (i) *“Test del comercio: que alguna de las partes es un agente económico que participa en actividades comerciales o concurre en el mercado.*
- (ii) *Test del tamaño de la transacción: que, como resultado del acto de concentración,*

el adquirente posea un importe agregado de acciones con derecho a voto, participaciones no societarias y/o activos de la parte adquirida superior a USD 94 millones.

- (iii) *Test del tamaño del agente: que el tamaño de la transacción supere los USD 94 millones, pero no los USD 367 millones, al menos una de las partes implicadas en la transacción debe tener unas ventas netas anuales o unos activos totales de al menos USD 188 millones y la otra debe tener unas ventas netas anuales o unos activos totales de al menos USD 18,8 millones.”*

Al igual que en los casos anteriores, las agencias de competencia de los Estados Unidos de América, han considerado que tampoco deberá tomarse en cuenta aquellos valores generados fuera del curso normal del negocio, tal como los registros contables anotados como “ingresos financieros” o “ingresos extraordinarios.”⁵⁷

De esta manera, a modo de resumen, presentamos a continuación un cuadro que permite visualizar de manera integral los criterios antes expuestos:

55. Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (2008/C 95/01):

“C. Dimensión Comunitaria

(...)

IV. Volumen de negocios

(...)

2. Actividades ordinarias

(161) El Artículo 5, apartado 1, dispone que los importes que han de tenerse en cuenta para calcular el volumen de negocios deberán corresponder a las «actividades ordinarias» de las empresas afectadas. Este volumen de negocios es el obtenido de la venta de productos o de la prestación de servicios en el normal desarrollo de la actividad. En general, excluye aquellas partidas que figuran en los epígrafes «ingresos financieros» o «ingresos extraordinarios» en las cuentas de la empresa. Tales ingresos extraordinarios pueden proceder de la venta de actividades o de activos fijos. Sin embargo, las cuentas de la empresa no delimitan necesariamente los ingresos resultantes de actividades ordinarias de la forma requerida a efectos de calcular el volumen de negocios con arreglo al Reglamento de concentraciones. En algunos casos, la denominación de las partidas en la contabilidad tal vez deba adaptarse a los requisitos del Reglamento de concentraciones.”

56. Elizabeth Chen y James Lowe, *USA: Merger control laws and regulations 2021*, <https://iclg.com/practice-areas/merger-control-laws-and-regulations/usa>

57. Pedro Caro de Sousa, *Local Nexus and jurisdictional thresholds in merger control*. OCDE. Working party Number 3 on Co-operation and Enforcement. París: 2016. p. 10. Acceso el 25 de enero de 2021, [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3—2016\)4&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3—2016)4&docLanguage=En)

Factores excluidos por país

	Chile	México	Unión Europea	EE.UU.	China ⁵⁸
Impuestos directamente relacionados con el volumen de ventas.	Sí	—	Sí	—	Sí
Descuentos sobre las ventas.	Sí	—	Sí	—	—
Transacciones dentro del mismo grupo económico.	Sí	—	Sí	—	Sí
Ingresos no correspondientes al giro habitual de las partes o sus vinculadas —por ejemplo, ingresos financieros—.	Sí	—	Sí	Sí	—
Activos controlados pero que no son propiedad de la empresa.	—	Sí	—	—	—

De lo expuesto se puede concluir que la mayoría de estos criterios tienen en común como objeto que el monto final de las ventas refleje solo aquello que revele la verdadera aptitud de la empresa para competir en el mercado. Por ejemplo, las ventas generadas al interior de un mismo grupo económico no reflejan necesariamente la preferencia de la demanda sobre lo ofertado por esta empresa. Ello, pese a que la literalidad de sus respectivas normas de control de concentraciones no haya previsto una excepción o precisión a efectos del cálculo de sus umbrales.

Consideramos que estas interpretaciones sobre las respectivas normas de control de concentraciones son acertadas. Ello, en tanto que, de considerarse estos factores dentro del cálculo de los umbrales (i) representaría una dimen-

sión no exacta de la relevancia competitiva de las partes del acto de concentración y (ii) en la práctica, motivaría que los umbrales objetivos pierdan su propósito principal: que las agencias de competencia analicen solo aquellas operaciones de concentración que revistan cierta relevancia competitiva.

Por todas estas razones, resultará indispensable que, en la emisión de sus lineamientos, el INDECOPI tome en cuenta la experiencia comparada para que los umbrales objetivos de la Ley 31112 no pierdan el sentido de su diseño y así evitar que, en los hechos, se notifiquen más operaciones de las que revisten una especial importancia en el mercado.

Finalmente, consideramos relevante enunciar brevemente cómo es que distintas jurisdiccio-

58. Pese a la juventud de la legislación de control de concentraciones de China, hemos considerado relevante mostrar los criterios asumidos por dicha jurisdicción, dada la mayor relevancia económica que dicha economía asiática ha tomado en los últimos años y la posible mayor actividad que tendrán los capitales de dicho país en las fusiones y adquisiciones con América Latina.

nes han abordado algunos casos especiales, en razón de la complejidad del acto de concentración o del mercado en el que se desarrollaría el mismo:

1. Fondos de inversión.

En palabras de Víctor García-Vaquero, un fondo de inversión es un patrimonio colectivo que reúne aportaciones dinerarias de inversores individuales, cuya gestión en común se encomienda a un agente, al que se le suele denominar sociedad gestora del fondo de inversión.⁵⁹

De esta manera, en la medida en que buena parte de los fondos de inversión tienen participaciones en empresas de distintos mercados y países, resulta crucial adoptar un criterio que permita medir adecuadamente los umbrales en actos de concentración que involucren a dichos agentes.⁶⁰

En el caso de Chile, a fin de calcular las ventas de un fondo de inversión, se toma en cuenta las comisiones asociadas al fondo y las ventas efectuadas por las empresas de su cartera, respecto de las cuales la sociedad gestora tenga control.⁶¹

Asimismo, en los actos de concentración que involucran una fusión o constitución conjunta de sociedades con un fondo de inversión, se deberá tomar en cuenta las ventas del grupo empresarial de la sociedad gestora.⁶² Esto también será aplicable cuando el fondo de inversión sea la parte adquirente en los casos de adquisición de derechos que permitan el control o en la adquisición de activos.

En el caso europeo, la sección 5.3 de la Comunicación de la CE establece que se tomará en cuenta el volumen de negocios de toda la cartera de empresas detentada por los distintos fondos, respecto de las cuales se ejerza control.⁶³

De igual forma, a nivel interno, se observa que España ha asumido un criterio similar, el cual se ha visto reflejado en el Informe N-04021 PPAC/POLUPORE de la Dirección General de Defensa de la Competencia.⁶⁴ En dicho caso, se analizó una operación en la que PP Acquisition Corporation —la cual era controlada por Warburg Pincus LLC— adquiriría el 100% de acciones de Polypore Inc. De esta manera, como resultado de dicha adquisición, Polypore pasaría a ser

59. García-Vaquero, Víctor, *Los fondos de inversión en España*, (Lima: 1992) 5. Banco de España. Servicio de Estudios. Documento de trabajo Número 9202 https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriadadas/DocumentosTrabajo/92/Fich/dt_9202.pdf

60. Así, a efectos de medir su representatividad en el mercado de fusiones y adquisiciones en el Perú, de la información publicada en Transactional Track Record (TTR), se observa que, desde enero de 2019 a enero de 2021, se han registrado 17 transacciones que han involucrado un fondo de inversión como por ejemplo, alcanzando una de estas operaciones un valor mayor a US\$ 280 millones.

61. Fiscalía Nacional Económica, *Guía práctica para la aplicación de umbrales de notificación de operaciones de concentración en Chile* (2017) 13. <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-Interpretacion-Umbrales-1.pdf>

62. Cabe tener en cuenta que el grupo empresarial de la sociedad gestora incluye también a los otros fondos de inversión que esta administre.

63. Comunicación de la CE
“En consecuencia, esa organización de los distintos fondos por parte de la sociedad de inversión puede dar como resultado que el volumen de negocios de toda la cartera de empresas detentada por los distintos fondos sea tomada en cuenta a efectos de evaluar si se alcanzan los umbrales del volumen de negocios del Artículo 1 si la sociedad de inversión adquiere el control indirecto de una cartera de empresas a través de alguno de los fondos”.

64. Funciones que luego serían asumidas por la actual agencia de competencia española, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – CNMC.

parte de los fondos de inversiones gestionados por Warburg Pincus LLC.⁶⁵

Así, en dicho caso, la autoridad española tomó en cuenta el volumen de ventas de las empresas controladas por todos los fondos de inversión que gestionaba Warburg Pincus LLC.

En el caso de los Estados Unidos de América, la Ley de Mejoras Antimonopolio Hart-Scott-Rodino establece dos criterios para calcular los umbrales de los fondos de inversión. El primero corresponde al tamaño de la transacción, en escenarios de compra de acciones, derechos y/o activos represente un valor superior a un monto que es fijado anualmente por la autoridad, de acuerdo con la sección 16 CFR § 801.10. El segundo criterio corresponde al tamaño del agente que, en el caso de fondos de inversión, corresponde al *Ultimate Parent Entity* o la matriz que posee el control final efectivo. Para estos casos se toma en cuenta el valor neto de sus ventas y de sus activos.

2. Empresas estatales.

Cuando una empresa estatal forma parte de un acto de concentración, supone dificultades similares a las de los fondos de inversión, debido a su participación en diversas actividades económicas y, en algunos casos, en distintos niveles de la cadena.

Frente a ello, a efectos del cálculo de los umbrales, en Chile no se considera al Estado como una empresa o fondo de inversión, por lo que, a efectos de calcular las ventas del grupo económico de las empresas del Estado, únicamente

se toma en cuenta aquellas que son controladas por este.⁶⁶

En el caso europeo, la sección 5.4 del capítulo IV de la Comunicación de la CE precisa que “a los efectos de calcular el volumen de negocios de empresas de propiedad estatal, sólo se tendrá en cuenta a aquellas empresas que pertenezcan a la misma entidad económica y tengan el mismo poder de decisión autónomo”. Es decir, se tomará en cuenta solo aquellas empresas respecto de las cuales el Estado tenga control —y, por consiguiente, relación directa con la gestión— y no solo una simple participación accionaria.

3. Comercio exterior.

El caso de actividades de comercio exterior —importaciones y/o exportaciones— supone cierta complejidad a efectos de determinar qué parte del volumen de negocio cumple con el requisito de nexo geográfico de la autoridad que va a analizar el acto de concentración. En este rubro, las autoridades no han mostrado una perspectiva unánime respecto de, por ejemplo, ¿qué ventas considerar en el caso de una empresa exportadora? ¿Una concentración en dicho mercado cumple con el criterio de nexo geográfico al tener incidencia directa en el país?

En el caso de Colombia, se ha indicado que, cuando una de las partes participe en el mercado exclusivamente a través de exportaciones hacia Colombia, y no tenga ingresos, operaciones o activos totales en dicho país, se contabilizarán los activos totales e ingresos de la empresa en el extranjero y los de aquellas que (i) se encuentren vinculadas en virtud del

65. Ver pie de página 1 del referido informe.

66. Guía práctica para la aplicación de umbrales de notificación de operaciones de concentración en Chile: “IX. Disposiciones especiales para empresas del Estado
40. Tratándose de empresas públicas, es necesario tener algunas precauciones al momento de determinar las ventas del grupo empresarial. En concreto, no debe considerarse al Estado como una empresa o sociedad de inversiones, por lo que para calcular las ventas del grupo empresarial de entidades de propiedad estatal sólo se toma en cuenta a aquellas empresas que pertenezcan al mismo centro independiente de toma de decisiones. Es decir, no se considera como parte del grupo empresarial a sociedades relacionadas indirectamente a través del Estado, pero sin ninguna relación en términos de administración.”

control que ejerza sobre ellas dicha empresa y (ii) desarrollen la misma actividad económica o se encuentren dentro de la misma cadena productiva de las partes del acto de concentración.⁶⁷

En contraste, en Chile el criterio se ha enfocado en la ubicación geográfica; esto es, el lugar donde se ejecute la prestación final. Así, por ejemplo, en los casos en que la obligación principal sea el abastecer productos o prestar servicios localizados fuera del país, no se computarán las ventas asociadas a dichas actividades. De esta manera, aunque un contrato sea celebrado en el extranjero, si es que la ejecución de la prestación se produce dentro del país, las ventas de dicha actividad sí se tomarán en cuenta a efectos del cálculo de los umbrales. Así, el lugar de la ejecución de la prestación principal será el elemento determinante, por encima de (i) la ubicación del cliente al momento de celebrar el contrato o (ii) la ubicación de la sociedad a la cual se le facture el servicio.⁶⁸

Asimismo, la “Guía práctica para la aplicación de umbrales de notificación de operaciones de concentración en Chile” ha precisado que, en el caso que una compañía multinacional tuviese una unidad de compras constituida en otro país, que se encargase de centralizar el abastecimiento de la matriz, para luego redistribuir dichos productos a puntos de venta en distintos países, se tomará en cuenta úni-

camente las ventas correspondientes al país donde se centralizaron las compras de dichos productos.⁶⁹

Finalmente, a nivel europeo se toma en cuenta el lugar donde se preste efectivamente el servicio o se entregue el producto. Así, a modo de ejemplo, el Comunicado de la CE indica que, si un producto es vendido vía telefónica o por internet y el proveedor se encuentra en otro país, lo determinante será el lugar en donde se entrega finalmente el bien. En los términos del artículo 5 del Comunicado de la CE, la lógica que subyace a dicho criterio es que el volumen de negocios calculado esté vinculado con el “lugar donde se ha producido la competencia con otros posibles proveedores”.

Así pues, dicho dispositivo establece que, en aquel caso en que una matriz tuviese filiales en distintos países y que, estas últimas fuesen las unidades demandantes de productos en dichos países, pese a que la matriz fuese la sociedad que pagase por estos, se tomará en cuenta únicamente las ventas del país en el que esté ubicada dicha filial. Tal y como en el caso anterior, la lógica subyacente es que el nexo geográfico se encuentra vinculado al lugar en donde se produce la competencia por el producto. Ello, en la medida que son las propias filiales los agentes que deciden contratar y, en consecuencia, ejercen influencia directa sobre la demanda en dicho mercado.

67. Al respecto, ver Artículo 2.1.2 de la Resolución N° 10930 de 2015, por la cual se modifica el Capítulo Segundo del Título VII de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio. Acceso el 27 de enero de 2021. [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Resoluci%C3%B3n%2010930%20de%202015\(1\).pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Resoluci%C3%B3n%2010930%20de%202015(1).pdf)

68. Guía práctica para la aplicación de umbrales de notificación de operaciones de concentración en Chile “V. Asignación geográfica del volumen de ventas (...)
Como norma general, la Fiscalía considera apropiada la asignación de las ventas de acuerdo a la localización de los clientes al momento en que se celebra el contrato de compraventa, sin importar el país donde se haya celebrado éste. Esto coincide normalmente con el lugar en que se presta el servicio o se provee finalmente el producto. De este modo, contratos celebrados en Chile con el objeto final de abastecer de productos o proveer servicios a clientes localizados fuera del país, no deben ser contabilizados. Por el contrario, aquellos contratos celebrados en el extranjero con el propósito final de abastecer productos o prestar servicios a clientes localizados en Chile, sí deben ser consideradas para determinar el traspaso de los umbrales definidos por la Fiscalía.”

69. Ver párrafo 24 de la referida guía.

En el caso de servicios, la Comunicación de la CE subdivide la casuística en (i) aquella en la que se desplaza el proveedor, (ii) aquella en la que se desplaza el cliente y (iii) aquella en la que no se requiere el desplace del proveedor ni del cliente. En los dos primeros casos, se imputa el volumen de negocios del lugar de destino de quien se desplaza y, en el tercer caso, se toma en cuenta el volumen de negocio del lugar en donde se encuentre el cliente, esto es, la fuerza de la demanda.

V. NOTA FINAL

El presente trabajo busca examinar, desde su

teoría y práctica, uno de los elementos centrales para la aplicación del nuevo marco legal sobre control de concentraciones empresariales en nuestro país; esto es, los umbrales de notificación. Hemos tratado de ofrecer una visión panorámica sobre esta materia y de fijar los ejes centrales para una aproximación académica, pero también práctica. Es evidente que lo desarrollado en estas páginas no agota la discusión sobre los umbrales y su aplicación, y está bien que así sea. Esta es una historia que recién empieza y se espera que este trabajo sirva como catalizador para una mayor discusión sobre este tema.

Las medidas correctivas en los procedimientos administrativos sancionadores de las municipalidades. Un ajuste necesario de legalidad



JORGE MANUEL PANDO VILCHEZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Maestría en Derecho Constitucional por la Universidad de Lima.
Ex Viceministro de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
Ex jefe del Gabinete de Asesores del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
Ex jefe del Gabinete de Asesores de la Presidencia del Consejo de Ministros.
Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 16 de diciembre de 2020 y fue aceptado con fecha 18 de julio de 2021.



SUMARIO:

- I. A modo de introducción.
- II. La medida correctiva en la Ley del Procedimiento Administrativo General.
- III. La Regulación Municipal sobre medidas correctivas. Ejemplos.
 1. Municipalidad Provincial de Lima Metropolitana.
 2. Municipalidad Provincial del Callao.
 3. Municipalidad Distrital de Ancón.
 4. Municipalidad Distrital de Laredo.
- IV. Conclusiones.

RESUMEN:

El presente artículo analiza la regulación que las medidas correctivas tienen en los procedimientos administrativos sancionadores de las municipalidades, tomando como referencia diversas Ordenanzas municipales sobre el particular. Se identifica cómo dicho tipo de medidas se encuentran enmarcadas o no en la regulación general del procedimiento administrativo sancionador establecido por la Ley del Procedimiento Administrativo General o en la Ley Orgánica de Municipalidades y qué debe corregirse o no sobre el particular en la regulación vigente sobre municipalidades.

Palabras clave: Administrativo, fiscalización, infracción, medida correctiva, municipalidad, Procedimiento Administrativo Sancionador, Reglamento Administrativo Sancionador; Cuadro Único de Infracciones y Sanciones; procedimiento sancionador.

ABSTRACT:

This article analyzes the regulation that corrective measures have in the administrative sanctioning procedures of municipalities, by taking as a reference diverse municipal ordinances on the matter. The author identifies how those measures are framed or not in the general regulation of the administrative sanctioning procedure established by the Peruvian Law of the General Administrative Procedure or the Organic Municipality Law and what shall be corrected or not on the matter in current municipality regulation.

Keywords: Administrative law, auditing, infraction, corrective measure, municipality, Administrative Sanctioning Procedure, Administrative Sanctioning Regulation, Sanctioning Procedure.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Cuando se revisan las ordenanzas de las municipalidades relacionadas con los procedimientos administrativos sancionadores que aplican en sus respectivas jurisdicciones, se encuentra con frecuencia muchas semejanzas con la norma general pero también algunas regulaciones disímiles y en algunos casos hasta contrarias a la Ley y a los principios que inspiran el procedimiento administrativo sancionador en tutela del administrado.

Es importante que en los procedimientos administrativos sancionadores no se pierda de vista el enunciado-mandato constitucional sobre la presunción de inocencia, que resulta de plena aplicación no solo en el ámbito penal sino también en el ámbito administrativo. En esa medida, la administración debe tener claro que es ella la que debe acreditar la infracción antes de sancionar y que el administrado tiene siempre el derecho irrenunciable de realizar su defensa y descargos correspondientes de manera oportuna, antes de ser objeto de una sanción o medida de gravamen que lo afecte.

Lamentablemente, a veces se constata en los

hechos que algunas autoridades administrativas aplican el principio opuesto al enunciado en la Constitución: la presunción de culpabilidad y bajo esa premisa desarrollan sus procedimientos administrativos y la forma de aplicar tales procedimientos, afectando los derechos de los administrados, a quienes en muchos casos no les queda más que aceptar lo decidido por la administración.

Intentaremos en estas líneas analizar una medida administrativa aplicable en los procedimientos administrativos sancionadores, como es la medida correctiva y la forma en que ella es regulada en diversas ordenanzas municipales, confrontando si dicha regulación se ajusta o no a lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General, norma que es de obligatorio cumplimiento para las Municipalidades, en este caso.

II. LA MEDIDA CORRECTIVA EN LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

La Ley del Procedimiento Administrativo General es en nuestro ordenamiento jurídico el régimen legal general para los procedimientos sancionadores administrativos y para la aplicación de san-

ciones¹; norma que conforme al artículo I de su Título Preliminar es aplicable a todas las entidades de la administración pública, tanto del ámbito nacional como subnacional, entre las cuales se encuentran expresamente comprendidas las Municipalidades —gobiernos locales— del país.

Por tal razón, corresponde analizar en primer lugar, cuál es el tratamiento de las medidas correctivas desde la perspectiva de las normas establecidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Si revisamos el articulado de la Ley del Procedimiento Administrativo General en lo que se refiere a la materia sancionadora que nos interesa, nos encontraremos con referencias a las medidas correctivas en los artículos 245.1, numeral 5; 246 y 251.

El artículo 245.1 numeral 5, referido a la conclusión de la actividad de fiscalización administrativa, señala que dicha actividad puede concluir con la adopción de medidas correctivas, sin definir éstas ni establecer tipos de medidas correctivas a aplicar.

Es en el artículo 246 en el que se establece tres requisitos para la aplicación de las medidas correctivas:

- a) Que dichas medidas estén habilitadas por Ley o Decreto Legislativo,
- b) Que la decisión para adoptar dicha medida esté debidamente motivada, y
- c) Que se observe el Principio de Proporcionalidad²

Es decir, que, en relación con la actividad de

fiscalización, no basta la referencia que realiza la Ley del Procedimiento Administrativo General sobre la posibilidad de adoptar medidas correctivas, sino que además se exige una reserva de Ley, para que mediante Ley o Decreto Legislativo se establezca dicha facultad a la autoridad administrativa respectiva o entidad correspondiente.

No debe perderse de vista que el legislador ha sido muy explícito al indicar cuál es la fuente normativa habilitadora: Ley o Decreto Legislativo. Por lo tanto, están excluidas como normas habilitadoras los Decretos de Urgencia y las propias Ordenanzas Municipales. El legislador a querido limitar dicha potestad a una habilitación de ley en sentido formal y no solamente material.

Es recién en el artículo 251 de la Ley del Procedimiento Administrativo General en el que se vislumbra un alcance conceptual de lo que significa una medida correctiva. En efecto, el referido artículo 251.1 dispone lo siguiente:

“251.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, las que son determinadas en el proceso judicial correspondiente. Las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto” —el subrayado es nuestro— [...].³

1. Cualquier referencia realizada en el presente artículo al articulado de la Ley del Procedimiento Administrativo General o Ley 27444, debe entenderse realizada el Texto Único Ordenado de dicha Ley 27444, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, que recoge las modificaciones introducidas por los Decretos Legislativos 1272 y 1452, del 21/12/2016 y 16/09/2018, respectivamente.

2. Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, artículo 246.

3. Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, artículo 251.

Como puede apreciarse, la norma establece que el objetivo de la medida correctiva es buscar la reposición o la reparación de la situación alterada con la comisión de la infracción. En otras palabras, volver al estado de cosas anterior al momento en que el administrado cometió la conducta tipificada como infracción, es decir, corregir la deficiencia generada por la infracción.

Pero, además, se dispone que dicha medida correctiva es compatible con la imposición de la sanción administrativa que corresponda, ello en la medida que la sanción tiene una finalidad distinta y la medida correctiva no tiene por finalidad sancionar.

Morón Urbina nos recuerda que las medidas correctivas están calificadas por el propósito que persiguen y no por su contenido que hace a su objeto. Medidas como el comiso de bienes, la clausura de instalaciones o establecimientos, la suspensión de actividades, pueden ser aplicadas sobre un administrado como una sanción, como una medida correctiva o como una medida provisional. Para encontrar la diferencia debemos analizar el contexto y finalidad perseguida por la autoridad al momento de aplicar la respectiva medida.⁴

Ello genera por lo tanto una confusión, fomentada por los propios ordenamientos jurídicos que en determinados casos dan finalidad de sanción a medidas correctivas, o utilizan indistintamente las denominaciones para referirse a la misma consecuencia jurídica.⁵

Marina Jalvo afirmará que las medidas correctivas tienen por objeto proporcionar una respuesta rápida a una situación específica y al

daño o peligro que ésta pueda significar para determinados bienes e intereses. En tal sentido, su adopción persigue el restablecimiento del orden jurídico alterado.⁶

Según lo expuesto hasta el momento, podemos afirmar que la imposición de una medida correctiva implica la emisión de un acto administrativo de gravamen por la autoridad administrativa a cargo de la fiscalización, inspección o supervisión.

En ese sentido:

*“las medidas correctivas para su validez deben cumplir con las exigencias legales de todo acto administrativo: ser emitido por una autoridad con competencia asignada para ello, tener un objeto o contenido lícito, preciso y posible, satisfacer una finalidad pública, estar debida y adecuadamente motivado y surgir luego de haber seguido un procedimiento previo y con las garantías debidas”.*⁷

No debemos perder de vista tampoco la exigencia de reserva de ley de nuestra legislación respecto de las medidas correctivas específicas que pueden ser utilizadas y que como señala Morón Urbina solo son de tres tipos:

- a) Medidas de Reposición, mediante las cuales se busca retornar o restituir las cosas al estado inmediatamente anterior a la comisión de la infracción,
- b) Medidas resarcitorias, mediante las cuales se busca recuperar un costo para la administración pública, por ejemplo, aquello no pagado o percibido indebidamente. No incluye el concepto de indemnización.

4. Morón Urbina, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (Lima: Gaceta Jurídica, 2019) 366, tomo 2.

5. *Ibid*, página 367

6. Marina Jalvo, Belén, *Medidas provisionales en la actividad administrativa* (Madrid: Lex Nova, 2007) 50

7. Morón Urbina, Juan Carlos, *Op.Cit* 370

- c) Medidas de coacción o de forzamiento de ejecución administrativa, mediante las cuales se busca que el administrado cumpla con un deber a su cargo y respecto del cual se resiste. Para ello están por ejemplo las multas coercitivas o la compulsión sobre las personas.⁸

Esto nos lleva a revisar algunas ordenanzas municipales en relación con las medidas que pueden aplicarse en el marco de la fiscalización y en específico sobre las medidas correctivas, que son a las que se refiere la Ley del Procedimiento Administrativo General.

III. LA REGULACIÓN MUNICIPAL SOBRE MEDIDAS CORRECTIVAS. EJEMPLOS

Un aspecto previo que es importante tener en consideración es que la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972 —LOM—, no contiene ninguna referencia a la facultad que tendrían las municipalidades para aplicar medidas correctivas. La única referencia que existe en dicha ley sobre el procedimiento administrativo sancionador de las municipalidades está referido a la facultad de éstas para aplicar sanciones por infracciones administrativas.⁹

En ese sentido, resulta como referente fundamental la Ley del Procedimiento Administrativo General, a la que la propia LOM alude indirectamente en su Título Preliminar al establecer que “[...] *La autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico*” —el subrayado es nuestro—. ¹⁰

En otras palabras, las municipalidades tienen como referente obligatorio para sus procedimientos administrativos sancionadores y fiscalizaciones a la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Como hemos señalado resulta importante dar una mirada a algunas de las regulaciones municipales aprobadas mediante ordenanza, a efectos de poder identificar qué tratamiento se da en estas normas a las medidas correctivas y como ello cumple o no con el ordenamiento jurídico vigente establecido por la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Para tal fin hemos tomado como referencia algunas regulaciones Municipales que han sido actualizadas en virtud de las modificaciones sufridas por la Ley del Procedimiento Administrativo General mediante los Decretos Legislativos 1272 y 1452, del 21 de diciembre de 2016 y 16 de setiembre de 2018, respectivamente. Cabe asimismo precisar que no todas las Municipalidades han actualizados sus procedimientos administrativos a dichas modificaciones, por lo cual las municipalidades que mencionamos son solo como ejemplos para extrapolar a las demás, ya que existe la tendencia entre los gobiernos locales de replicar las regulaciones que otras municipalidades emiten en materia administrativa.

Hemos elegido 4 municipalidades que corresponden en lo posible a alguno de los tipos de clasificación de las mismas según sus dimensiones territoriales —Tipos: A, B, C y D—, realizada por el Ministerio de Economía y Finanzas.¹¹ Sin embargo, no son las únicas que

8. Morón Urbina, Juan Carlos *Op. Cit* 474-475.

9. Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, artículo 46.

10. Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, artículo II.

11. La Clasificación de las municipalidades que tomamos como referencia es la que usa el Ministerio de Economía y Finanzas para el programa de incentivos a la mejora de la Gestión Municipal. Puede visualizarse en el Decreto Supremo N° 362-2019-EF publicado el 30 de diciembre de 2019.

hemos revisado¹², pero sucede que no todas han actualizado sus ordenanzas y en otros casos no todas cumplen con tener el portal de transparencia correspondiente debidamente actualizado.

1. Municipalidad Provincial de Lima Metropolitana.¹³

El artículo 3 de la Ordenanza N° 2200, publicada el 30 de diciembre de 2019 —“Ordenanza N° 2200”— establece que es la Subgerencia de Operaciones y Fiscalización en la fase Resolutiva, la que dicta medidas provisionales y correctivas —3.3— y el Cuerpo de Vigilancia Metropolitana —órgano instructor—, supervisa y sostienen las medidas correctivas ejecutadas de manera provisional u ordinaria y dicta medidas de carácter provisional —3.3—. A su vez, el Ejecutor coactivo ejecuta medidas de correctivas de manera provisional u ordinaria —3.5—.

Como puede advertirse, hay una confusión en la regulación porque las medidas que pueden adoptarse en un procedimiento administrativo sancionador son las medidas correctivas y las medidas provisionales o cautelares. No existe la clasificación de medidas correctivas provisionales u ordinarias, en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

En el artículo 6 de la Ordenanza N° 2200, se define la medida correctiva de manera adecuada: *“6.6 Medidas Correctivas. - Son obligaciones de hacer o no hacer que tienen por finalidad impedir que la conducta infractora se siga desarrollando en perjuicio del interés colectivo y/o de lograr la reposición de las cosas al estado anterior al de su comisión.”*

Y medida de carácter provisional: *“6.7 Medidas de Carácter Provisional. - Tienen por finalidad salvaguardar de forma inmediata el interés colectivo de la sociedad, así como el de asegurar la eficacia de la resolución de sanción administrativa.”*

Ambas definiciones alineadas con la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Sin embargo, encontramos a continuación en el artículo 15, al regular la forma de conclusión de la actividad de fiscalización una regulación que es contradictoria: *“15.5. Adopción de medidas provisionales”*.

La Ley del Procedimiento Administrativo General no faculta a que en la actividad de fiscalización se adopten medidas provisionales, sino correctivas, como ya hemos resaltado.¹⁴

Posteriormente, la Ordenanza N° 2200 en el artículo 16, vuelve a generar una mezcla de conceptos al disponer que podrán adoptarse como medidas provisionales, las medidas correctivas determinadas en la ordenanza, a fin de resguardar el cumplimiento de la resolución que recaerá en el respectivo procedimiento administrativo sancionador.

Como ya identificamos y como la propia ordenanza ha definido, las medidas correctivas tienen una finalidad distinta a la de resguardar el cumplimiento de la resolución final de sanción.

Es el artículo 34 en el que detalla que medidas correctivas son las que se aplicarán: decomiso, inmovilización, retención, retiro, clausura, paralización, restitución y/o adecuación, cancelación —de espectáculos o eventos—, internamiento temporal de vehículo, demolición.

12. Otras Ordenanzas similares revisadas son las de las Municipalidades distrital de Santiago de Surco, provincial de Chiclayo, distrital de La Punta, distrital de Lince, distrital de San Juan de Miraflores, provincial de Lambayeque, distrital de Miraflores, distrital de San Isidro, distrital de Breña, provincial de Piura, distrital de Santa María, distrital de Ancón.

13. Municipalidad tipo A. Ordenanza 2200, publicada el 30 de diciembre de 2019.

14. Se puede revisar el artículo 245.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

El problema de origen de este artículo es que resulta opuesta a lo establecido en el artículo 246 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que exige, entre otros, que las entidades solo pueden dictar medidas correctivas siempre que esté habilitadas por Ley o Decreto Legislativo, habilitación que no existe para el caso de las municipalidades. La habilitación por Ordenanza es ilegal. La Ley Orgánica de Municipalidades, solo habilita a imponer sanciones¹⁵ pero no medidas correctivas.

Pero donde se produce la mayor violación del ordenamiento jurídico sancionador es cuando se revisa al detalle el Cuadro de Infracciones y Sanciones Administrativas respectivo. Es ahí donde se produce una afectación sería al principio del *Non Bis In Idem*.

En algunos casos esa violación es directa y en otras indirecta. Es directa cuando a la infracción se le aplica una multa y una medida correctiva de clausura por 3 días. Si la medida correctiva tiene por efecto restaurar la situación al momento anterior a la infracción, una medida correctiva con plazo fijo es incoherente. La medida de clausura si es correctiva, en todo caso tendría que ser hasta que se subsane la deficiencia grave cometida.

Pero indicábamos que la violación también podía ser indirecta. Ello se produce cuando se aplica una medida correctiva de forma desproporcionada, lo que origina que la medida correctiva deje de ser tal para convertirse en una sanción. Ello se evidencia cuando los cuadros de infracciones y sanciones administrativas tipifican para una infracción genérica una medida correctiva de clausura.

Por ejemplo:

La Infracción 05-0107. Por obstrucción del equipamiento de seguridad —gabinetes contra incendios, toma de agua para bomberos, extintores, etc.—. Sanción: multa 1,00 Unidad

Impositiva Tributaria—UIT; Medida correctiva: Clausura hasta que regularice la conducta infractora. Infracción Grave.

Esta es una infracción que tiene diferentes matices, dependiendo del tipo de negocio o edificación y del tipo de equipo de seguridad. No es lo mismo poner en una tienda de venta de útiles escolares delante del extintor una banca individual removible para sentarse, que haber soldado el gabinete para incendios de una galería comercial. La banca individual para sentarse puede removerse fácilmente y no tendría ningún sentido aplicar una medida correctiva, sin que ello signifique que no se ha cometido la infracción.

Pero como la propia ordenanza permite que el Fiscalizador pueda aplicar como medidas provisionales medidas correctivas para asegurar el cumplimiento de la sanción de multa, no es extraño que igual se aplique clausura del local, hasta que el titular demuestre posteriormente en sus descargos que ya quitó la banca.

Ese es el problema. Tener medidas correctivas que se aplican a un tipo infractor que contiene muchos supuestos. Generando en este caso que la medida correctiva se convierta en una sanción adicional a la multa, porque clausura significa “no ingresos” pero sí el “pago de obligaciones” y por ende afectación económica al infractor, adicional al pago de la multa.

2. Municipalidad Provincial del Callao.

Quisimos analizar la ordenanza de esta Municipalidad, también de Tipo A, pero lamentablemente su ordenanza no está actualizada a las modificaciones introducidas a la Ley del Procedimiento Administrativo General en materia de actividad fiscalizadora y otros, por lo cual toda la Ordenanza es ilegal en este momento. Nos referimos a la Ordenanza N° 010-2007 de 24 de febrero de 2007.

15. Revisar artículo 49 de la LOM

3. Municipalidad Distrital de Ancón.¹⁶

La Ordenanza N° 408-2019-MDA de fecha 19 de julio de 2019 y su Anexo publicado el 15 de agosto de 2019 — “Ordenanza N° 408-2019-MDA”— hace una definición correcta de Medida correctiva en su artículo 4.4, sin embargo, posteriormente define lo que son las medidas cautelares o provisionales y las define como “medidas correctivas de ejecución anticipada” e inmediata, para asegurar la eficacia de la Resolución de sanción —4.5—.

En su artículo 9 prevé la posibilidad de aplicar “medidas complementarias de ejecución anticipada e inmediata”. Este concepto es desarrollado parcialmente en el artículo 41 de la Ordenanza N° 408-2019-MDA:

“Artículo 41º.- MEDIDAS COMPLEMENTARIAS Son aquellas disposiciones que tienen por finalidad impedir que la conducta infractora se siga desarrollando en perjuicio del interés colectivo, pudiendo también estar orientadas a la reposición de las cosas al estado anterior al de la comisión de la infracción, según corresponda. [...]”¹⁷

La definición corresponde a la de una medida correctiva. Sin embargo, no queda claro que significa la frase adicional “de ejecución anticipada”.

La Ley del Procedimiento Administrativo General no recoge nada parecido. Lo único parecido está referido al acto administrativo cuando se le atribuye en determinados casos “eficacia anticipada”.¹⁸ Pero ello es para el acto administrativo y significa que dicho acto notificado el día de hoy reconoce un derecho desde antes incluso

de su solicitud. Pero que una medida correctiva sea de “ejecución anticipada” significaría que se ejecutó la medida antes que nadie la ordenara y eso no resulta lógico.

Pero otro aspecto que llama la atención en la ordenanza analizada es que en su artículo 39, al referirse a la naturaleza de las sanciones diferencia entre sanciones pecuniarias y sanciones no pecuniarias y afirma adicionalmente que ambas “pueden ser aplicadas en forma concurrente según lo establece el presente Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas — RASA y el Cuadro Único de Infracciones y Sanciones — CUIS”.¹⁹

Y ¿cuales son esas sanciones no pecuniarias a las que se refiere el artículo en mención? No hay ninguna referencia expresa al respecto. Es recién en el Cuadro Único de Infracciones y Sanciones aprobado por la referida ordenanza, en el que se menciona como sanción tanto la multa como la aplicación de medidas complementarias.

Por ejemplo:

Infracción 11012: Utilizar la vía pública para el desarrollo de la actividad económica sin contar con Autorización Municipal para el uso temporal de la vía pública. Multa 50% de la UIT- Medida Complementaria: Clausura Temporal y/o Retención.

En este caso, si como la misma Ordenanza define en el artículo 41 que la medida complementaria es en realidad una medida correctiva, ¿cuál es el rol que cumple en este supuesto la medida de clausura temporal, si la infracción es uso indebido de vía pública?

16. Municipalidad Tipo C. Ordenanza 408-2019-MDA de 19 de julio de 2019 y Anexo publicado el 15 de agosto de 2019

17. Ordenanza 408-2019-MDA, artículo 41

18. Ley 27444, artículo 17

19. Ordenanza 408-2019-MDA, artículo 39

Es manifiesto en este caso que la clausura temporal es en realidad la aplicación de una doble sanción por la infracción y ello afecta el principio del Non Bis In Idem.

4. Municipalidad Distrital de Laredo.²⁰

La Ordenanza N° 07-2020-CM/MDL del 2 de julio de 2020 —Ordenanza N° 07-2020-CM/MDL— de esta municipalidad también incurre en varios de los mismos errores que ya hemos mencionado en los ejemplos anteriores, aunque con algunas variantes.

En el artículo 5, referido a las definiciones, define adecuadamente el concepto de medida correctiva, pero lo circunscribe solo a la etapa resolutive del procedimiento sancionador²¹, dejando de lado lo dispuesto por el artículo 245 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que se refiere a la posibilidad de aplicar medidas correctivas en la actividad de fiscalización.

Otro error que se advierte es que cuando define las medidas provisionales, estas son asociadas únicamente a la etapa de instrucción.²²

Un tercer aspecto que llama la atención está referido a los órganos competentes para el procedimiento administrativo sancionador²³ y establece como órganos de Resolución a los órganos de nivel gerencial y como órganos de instrucción a las Subgerencias respectivas.

El tema que se repite en todas las regulaciones municipales revisadas en materia de procedimiento sancionador es considerar que la actividad de fiscalización es parte del procedimiento administrativo sancionador, etapa de instruc-

ción, lo que no es correcto. La actividad de fiscalización es la que puede dar como resultado el inicio o no de un procedimiento administrativo sancionador con sus dos etapas.

Sin embargo, en todas las ordenanzas Municipales revisadas, hemos evidenciado dicha situación. Quizá allí, podemos encontrar parte de la explicación de los errores conceptuales vinculados a medidas correctivas y medidas provisionales, entre otras.

En el artículo 27 se regula sobre las medidas provisionales o cautelares, señalándose que pueden aplicarse durante la actividad de fiscalización —lo que no está permitido por la Ley del Procedimiento Administrativo General— o iniciando el procedimiento administrativo sancionador —lo que sí sería posible—. Pero lo más extraño es que al especificar qué medidas provisionales son aplicables, se remite a la relación de medidas correctivas detalladas más adelante en el artículo 37 de la ordenanza.

Ello se hace más oscuro incluso, cuando en el referido artículo 37, que regula las medidas correctivas, se refiere a dichas medidas adicionalmente como “medidas complementarias” para luego aludirlas como “sanción” —Por ejemplo: suspensión de autorizaciones, clausura, entre otros—. Este artículo nos demuestra que no se tiene claridad en absoluto a que nos referimos cuando hablamos de medidas correctivas, que, si bien son adecuadamente definidas, luego se las regula contradictoriamente como otro tipo de medida.

Finalmente, nos interesa resaltar dos ejemplos de infracciones, que tienen diferente nivel de gravedad, pero a las que se le asigna la aplica-

20. Municipalidad Tipo D, del Departamento de la Libertad, provincia de Trujillo. Ordenanza N° 07-2020-CM/MDL del 2 de julio de 2020.

21. Ordenanza N° 07-2020-CM/MDL, artículo 5.11

22. Ibid, artículo 5.12

23. Ibid, artículo 17

ción de casi las mismas medidas correctivas y las mismas medidas provisionales.

Nos referimos a las infracciones C-101 y C-106:

C-101 Por incumplir las normas de seguridad y protección emitidas por el órgano rector en defensa civil y riesgos de desastres y/o otros organismos competentes atentando contra la vida y la salud, Multa: 90% de la UIT. Infracción Muy Grave. Medidas correctivas aplicables —las identifica adicionalmente como sanciones—: Suspensión de autorización o licencia, clausura temporal por 30 días, clausura definitiva, entre otros. Medidas de carácter provisional: Clausura inmediata, Suspensión inmediata de autorización o licencia, entre otros.

C-106 Por no contar con plan de seguridad, contingencia y/o evacuación de Defensa Civil para casos de emergencia. Multa: 10% UIT. Infracción Leve. Medidas correctivas —identificándolas también como sanción—: Suspensión de autorización o licencia, clausura temporal por 30 días, entre otros. Medidas de carácter provisional: Clausura inmediata, Suspensión inmediata de autorización o licencia, entre otros.

Estos dos ejemplos nos demuestran que el diseño de medidas correctivas es confuso y en algunos casos linda con la violación del principio del *non bis in idem*, en especial cuando la propia norma las califica como sanciones —lo que es incorrecto— pero en especial cuando se establece específicamente medidas como la clausura, no sujetándola a la subsanación de la infracción, sino como una clausura sujeta a plazo y peor aún si como medida correctiva se adopta una clausura definitiva, sin haberse determinado realmente la comisión de la infracción

Todas las Ordenanzas Municipales presentadas en el presente artículo, nos demuestran que las Ordenanzas Municipales se encuentran al margen de la Ley del Procedimiento Administrativo General y que, si bien supuestamente estas han

sido actualizadas a las modificaciones introducidas en los años 2016 y 2018, no han realizado una revisión íntegra para su adecuación.

Ello explica las graves inconsistencias y contradicciones encontradas incluso al interior de las propias ordenanzas, aspecto que redundará en consecuencias negativas y perjudiciales para los administrados, en particular aquellos microempresarios emprendedores que por una infracción que puede ser corregida en el momento de la fiscalización, son notificados con una multa y un cierre temporal como “medida provisional”.

Ello afecta económicamente y de manera indebida a dicho administrado, a quien, si bien debe sancionarse, la sanción debe ser siempre razonable, observando el Principio de Proporcionalidad y sin causar un perjuicio de difícil o imposible reparación.²⁴

IV. CONCLUSIONES

- a) Hay, en la regulación administrativa sancionadora de las municipalidades, una confusión sobre las medidas que pueden adoptarse en un procedimiento administrativo sancionador: medidas correctivas y las medidas provisionales o cautelares.
- b) No existe en nuestro ordenamiento jurídico nacional la diferenciación entre medidas correctivas provisionales y medidas correctivas ordinarias. Tampoco existen las medidas complementarias de ejecución anticipada.
- c) Las Municipalidades violan el mandato del artículo II del Título Preliminar de la LOM, sobre estar sujetas al ordenamiento jurídico, en la medida que sus ordenamientos administrativos sancionadores no cumplen con lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo General ni están actualizados en línea a sus disposiciones.

24. Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, artículo 256

- d) La tipificación indebida o la aplicación de una medida correctiva para una infracción que contiene varios supuestos convierte la referida medida en una doble sanción, afectándose el principio del *non bis in idem*.
- e) Es erróneo que las ordenanzas municipales consideren que la actividad de fiscalización es parte del procedimiento administrativo sancionador, etapa de instrucción. La actividad de fiscalización es normalmente una actividad previa al inicio o no de un procedimiento administrativo sancionador con sus dos etapas —instructiva y resolutive—.
- f) Finalmente, es necesaria una revisión urgente de la normativa sancionadora municipal y su adecuada vinculación a la Ley del Procedimiento Administrativo General, para evitar que se siga afectando el derecho de los ciudadanos.

¿Toda actividad económica debe estar regulada? (*)

HUGO GÓMEZ APAC

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
Profesor en la Maestría de Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor en la Maestría de Derecho Administrativo Económico de la Universidad del Pacífico.
Profesor en la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad San Gregorio de Portoviejo del Ecuador.
Profesor en la Escuela de Derecho de la Universidad Científica del Sur.
Ex Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia y de la Sala de Defensa de la Competencia y ex Vicepresidente de la Comisión de Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 25 de abril de 2021 y fue aceptado con fecha 18 de julio de 2021.



SUMARIO:

- I. **Introducción.**
- II. **La regulación de las actividades económicas.**
- III. **La regulación debe ser eficaz y eficiente.**
- IV. **El principio de proporcionalidad —o test de razonabilidad—.**
- V. **La ausencia de regulación como opción regulatoria.**
- VI. **Conclusiones.**

RESUMEN:

El presente ensayo reconoce la importancia de la regulación para evitar o minimizar que una actividad económica genere daños o externalidades negativas. Sin embargo, explica que instrumentos de manejo regulatorio como el régimen de eliminación de barreras burocráticas y el análisis de impacto regulatorio sostienen como una posibilidad la ausencia de regulación, lo que no significa ausencia de estado. Así, un escenario posible que los hacedores de políticas públicas deben tener presente es que, si las circunstancias lo justifican, una determinada actividad económica podría encontrarse exenta de regulación.

Palabras clave: Regulación, test de razonabilidad, externalidades negativas, barreras burocráticas, análisis de impacto regulatorio.

ABSTRACT:

This article recognizes the importance of regulation to avoid or minimize the negative externalities or damage that economic activities can generate. However, the article explains what regulatory management tools, such as the bureaucratic barriers elimination regime and the Regulatory Impact Assessment, claim as a possibility the lack of regulation, which does not mean the absence of the State. Thus, a possible scenario that public policymakers must consider is, that if the circumstances merit it, a certain economic activity could find itself exempt from regulation.

Keywords: Regulation, negative externalities, bureaucratic barriers, Regulatory Impact Assessment — RIA.

I. INTRODUCCIÓN

¿Toda actividad económica debe estar regulada? La primera respuesta que nos viene a la mente es afirmativa, que sí, pero ello deriva del sesgo cognitivo de aceptar como normal aquello a lo que ya estamos acostumbrados, y posiblemente estamos acostumbrados porque nosotros y nuestras conexiones familiares, amicales y profesionales lo consideramos razonable o correcto. Es como un círculo vicioso de auto-confirmación. Como en nuestro entorno observamos que en la práctica todas las actividades económicas están reguladas, nos parece natural que así sea y apostamos a que el sistema siga funcionando de esta manera. Sin embargo, una herramienta conceptual cada vez menos desconocida, que poco a poco se viene introduciendo en el ordenamiento jurídico peruano,¹ me refiero al Análisis de Impacto Regulatorio —en adelante, el RIA²—, cuestiona el hecho de que toda actividad tenga que estar

regulada. Según la metodología del RIA, una opción regulatoria es la ausencia de regulación.

Pues bien, el presente ensayo explica de qué manera instrumentos de mejora regulatoria reconocen que, en determinadas circunstancias, lo más beneficioso para la sociedad es que ciertas actividades económicas carezcan de regulación. Entendiendo la regulación como la decisión de la autoridad competente de establecer *ex ante*, es decir, antes de que el particular realice la actividad, cuáles son los requisitos y condiciones para que dicha actividad se desarrolle. Es necesario precisar esto porque la ausencia de regulación así entendida no significa la ausencia de intervención estatal.

Así, es factible que una determinada actividad económica no se encuentre sometida a la regulación —*ex ante*—, pero sí a otras modalidades de intervención del estado de carácter *ex post*, como la defensa de la libre y leal competencia,

1. Ver el literal c) del art. 5 del Decreto Legislativo 1448 —Decreto Legislativo que modifica el artículo 2 del Decreto Legislativo 1310, Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, y perfecciona el marco institucional y los instrumentos que rigen el proceso de mejora de calidad de regulatoria—, publicado en el diario oficial El Peruano el 16 de septiembre de 2018.

2. Por las siglas en inglés de *Regulatory Impact Assessment*.

la tutela del consumidor y la efectividad de las reglas de responsabilidad civil.

II. LA REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS

El desarrollo de una actividad económica puede generar daños, tanto al que realiza la actividad, al que contrata con este y a terceros. Una persona que pinta edificios puede matarse si no usa arnés o este está mal colocado. Un pezuquero en estado de ebriedad puede cortar la oreja a su cliente. Un taxista conduciendo a excesiva velocidad puede atropellar a personas que cruzan la calzada. Hay actividades poco peligrosas que tienen la potencialidad de generar daños mínimos, mientras que otras son más peligrosas y pueden acarrear daños significativos. El servicio que brinda un psicólogo no es algo que deba preocuparnos demasiado. Si bien no le cortará la oreja a su cliente, un consejo inadecuado podría empeorar la conducta del paciente, como ponerlo más ansioso o nervioso de lo que estaba. La extracción de minerales, en cambio, mal desarrollada puede acarrear daños considerables. Los propios trabajadores podrían morir si utilizan incorrectamente los explosivos, y si no se toman las precauciones del caso, dicha actividad podría contaminar el aire y los recursos hídricos de la zona, poniendo en peligro la vida y salud de las personas y dañar los ecosistemas aledaños de manera irreparable. Una poza de relaves que se desmorona por haber sido mal construida podría matar a los propios trabajadores de la empresa minera y a poblaciones cercanas, así como contaminar el suelo y los ríos que atraviesan la avalancha del material tóxico.

Para evitar, mitigar y reparar tales daños, la administración pública despliega una serie de potestades administrativas que, bajo el término amplio de “regulación”, regulan —valga la redundancia— el ejercicio de tales actividades, desde autorizar su inicio, establecer las reglas de su desarrollo y hasta cómo debe ser el final de la actividad. No todas las actividades reciben regulación en los tres aspectos — inicio, desarrollo y fin—, pues ello va a depender de la magnitud de los daños y externali-

dades negativas involucradas. Tratándose del servicio que brinda un psicólogo, la regulación se limita a controlar el inicio de la actividad, lo que se plasma con el título profesional a nombre de la nación que le concede la universidad en la que estudió psicología, y la licencia de funcionamiento de su consultorio que le otorga la municipalidad. Si nos aseguramos de que el psicólogo cuenta con un título profesional otorgado por una universidad licenciada, podemos confiar en que no serán tan desacertados sus consejos. Y si su consultorio cuenta con licencia de funcionamiento municipal —y autorización de defensa civil—, deberíamos confiar en que los pacientes acuden a un lugar seguro que cumple con las normas de seguridad e higiene pertinentes, así como las de zonificación y ornato de la ciudad. El desarrollo de la actividad no está sometida a regulación estatal, aunque probablemente el psicólogo deba cumplir, durante el desarrollo de su actividad, con las disposiciones de carácter ético establecidas por el Colegio de Psicólogos del Perú. En el caso de la actividad minera, debido a la posibilidad de provocar mayores y más nefastas externalidades negativas, la regulación incide en los tres aspectos. La empresa minera necesita cumplir con autorizaciones para iniciar su actividad, durante todo el desarrollo de esta debe cumplir con el estudio de impacto ambiental y las obligaciones ambientales y de seguridad establecidas en la regulación sectorial, y al terminar su actividad deberá tramitar su procedimiento de cierre de la mina a efectos de que la autoridad se asegure de que el socavón, el tajo abierto y las demás instalaciones cumplan los estándares ambientales y de seguridad correspondientes.

Los ejemplos mencionados evidencian que la regulación busca evitar, mitigar o reparar los costos que el ejercicio de una actividad económica puede producir a título de daño o externalidad. La regulación incide en tres aspectos de la actividad económica:

- a) El inicio de la actividad: la regulación se expresa en autorizaciones, licencias de funcionamiento, permisos, registros habilitantes, la prohibición de actividades, etcétera.

- b) El desarrollo de la actividad: la regulación se manifiesta en el cumplimiento permanente de las condiciones establecidas en los actos administrativos habilitantes, en las normas sectoriales y en obligaciones convencionales —*verbigracia* contratos de concesión— y legales —*verbigracia* estudios de impacto ambiental— conducentes a proteger la vida y salud de las personas, sus bienes, el ambiente —los ecosistemas, la biodiversidad, los recursos naturales—, entre otros bienes jurídicos.
- c) El final de la actividad: la regulación consiste en establecer condiciones para el cese y abandono de las operaciones. Es el caso, por ejemplo, de la autorización de cierre de una mina, de la aprobación del plan de abandono de una operación de extracción de hidrocarburos, etcétera.

III. LA REGULACIÓN DEBE SER EFICAZ Y EFICIENTE

Los ejemplos mencionados en el acápite anterior evidencian cómo la regulación establece los requisitos y condiciones para que una actividad económica se inicie, se desarrolle y culmine. Habrá casos en los que bastará regular el inicio de la actividad y en otras, en los que la potencialidad de que se generen externalidades negativas es mayor, también habrá que regular la culminación de la actividad.

Los ejemplos descritos también demuestran, en principio, que la regulación aparece como necesaria para evitar que el desarrollo de una actividad económica genere daños o externalidades negativas. Sin embargo, hay un asunto implícito que no se ha dicho, que es que la regulación tiene un costo. No solo el costo que significa para los privados “cumplir” los requisitos y condiciones, sino también el costo que implica que la administración pública haga “cumplir” la regulación. El *enforcement* de la regulación tiene siempre un costo alto. Decenas o centenas de burócratas tramitando permisos y procedimientos, realizando inspecciones y fiscalizaciones, imponiendo sanciones, etc.

Es fácil decir “regulemos la actividad”, lo que ya no es tan fácil es diseñar una buena regulación. Dado que la regulación tiene un costo, lo mínimo a exigir es que este costo sea menor al beneficio que la regulación producirá en la sociedad. El remedio no puede ser peor que la enfermedad

La regulación debe ser eficaz, es decir, debe cumplir el propósito buscado. Por ejemplo, si la autoridad municipal detectara que ciertos establecimientos comerciales —como bares, licorerías y discotecas— están vendiendo bebidas alcohólicas a menores de edad, ¿qué regulación debería implementar para evitar estas ventas ilícitas? Asumamos que a la municipalidad se le ocurre restringir el horario de funcionamiento de tales establecimientos comerciales. Mediante ordenanza municipal prohíbe el funcionamiento de dichos establecimientos entre las 11:00pm y las 6:00am. ¿Esta regulación sería eficaz? ¿Al restringirse el horario de funcionamiento de los bares, licorerías y discotecas se lograría impedir la venta de bebidas alcohólicas a los menores de edad? Es evidente que no. Los empresarios inescrupulosos seguirían vendiendo licor a los menores de edad, no entre las 11:00pm y las 6:00am, sino antes de las 11:00pm. Podrían hacerlo a las 7:00pm, a las 9:00pm o a las 10:45pm. Es un claro ejemplo de una regulación no idónea. El objetivo perseguido, que es evitar la venta de licores a los menores, no se cumpliría. Lo peor es que “justos pagarían por pecadores”, pues los establecimientos que no venden licor a los menores, es decir, que respetan la ley, se verían perjudicados al tener que cerrar a partir de las 11:00pm. Una respuesta administrativa diferente consiste en clausurar los establecimientos que violan la ley. Si la municipalidad implementara acciones de fiscalización y procediera a cerrar los locales que venden licor a menores de edad, el objetivo perseguido se cumpliría, sin afectar a los establecimientos que cumplen la ley. ¿Por qué una municipalidad escogería la primera opción, absolutamente ineficaz, y no la segunda? Por el costo que involucra implementar cada una de ellas. La primera es una prohibición generalizada, cuya implementación tiene un costo bajo: todos los negocios a partir de una determina-

da hora deben estar cerrados. La segunda, en cambio, implica desarrollar un sistema de fiscalización focalizada que tenga por objeto atrapar a los infractores. Su implementación tiene un costo mayor, que probablemente implique usar a menores de edad como carnada, o incrementar las acciones de fiscalización por establecimiento por establecimiento.

La regulación también debe ser eficiente. Y esto implica dos cosas. Primero, que la medida contenida en la regulación debe ser la opción menos gravosa de entre otras medidas igualmente idóneas; esto es, que de varias opciones, es la que impone menos costos a los administrados, o es la que restringe en menor medida la libertad económica. Segundo, que los beneficios de la regulación tienen que ser mayores a sus costos.

Asumamos que el Ministro de Transportes y Comunicaciones está cansado de que le reprochen todos los días por los muertos y heridos originados por los accidentes de tránsito. Como solución presenta un proyecto de ley que prohíbe la circulación de vehículos automotores en todo el territorio nacional. La propuesta prohíbe utilizar automóviles, camiones, buses, trenes, etcétera. La población tendría que caminar o usar bicicletas, caballos o carretas jaladas por caballos o burros. ¡Sí, una auténtica locura! Un retroceso de siglos. ¿La medida sería eficaz? Sí, en la medida que el objetivo es disminuir drásticamente el número de accidentes de tránsito, esto se va a cumplir. Al no haber vehículos, posiblemente el número de fallecidos baje de 3.000 al año a 30 o menos. Los pocos accidentes consistirán en ser pisoteado por un caballo o que dos carretas se choquen entre sí. La medida parece idónea para cumplir el objetivo perseguido, pero claramente resulta desproporcionada. ¿Hay una alternativa menos gravosa? Por supuesto, una auténtica fiscalización y sanciones ejemplares. Si cada vez que se detecta a un conductor en estado de ebriedad, conduciendo a excesiva velocidad, manejando un vehículo que no cumple las condiciones mínimas de seguridad, etcétera, se suspendiera su licencia de conducir y su vehículo fuera decomisado, las personas enmendarían su conducta

y disminuirían los accidentes de tránsito. Esta segunda alternativa, qué duda cabe, constituye una opción menos gravosa. La primera opción, la prohibición absoluta de vehículos automotores, sería excesivamente costosa para la economía del país.

Finalmente, los costos de la regulación deben ser menores a sus beneficios. En el análisis costo-beneficio se debe sopesar todos los costos y beneficios, directos e indirectos, cuantitativos y cualitativos, y de corto, mediano y largo plazo. Asumamos que el Ministro de Salud desea promover el consumo de comida saludable y para tal efecto presenta al parlamento un proyecto de ley que no solo prohíbe la venta de comida con exceso de grasa, azúcar y sal en establecimientos abiertos al público, sino también prohíbe que dicha comida sea consumida en los hogares. Así es, estaría prohibido comer dentro de las casas hamburguesas, chicharrones, anticuchos, pizzas, embutidos, mantequilla, pasteles, postres y similares. El proyecto legislativo prevé la creación del Organismo Regulador de la Comida Saludable —ORCS. Este organismo, con oficinas descentralizadas en todo el país, supervisaría el cumplimiento de la ley. ¡Sí, otra auténtica locura! Todas las familias deberían informar al ORCS el último día del mes, por correo electrónico, llenando un formato aprobado por dicha entidad, lo que van a comer en el desayuno, almuerzo y cena de todos los días del mes siguiente. El ORCS tendría que contratar a miles de servidores públicos para que revisen y registren los millones de formatos que se recibirían mensualmente, para procesarlos, registrarlos y obtener estadísticas, y a otros miles de fiscalizadores para que verifiquen *in situ* los hogares a efectos de cerciorarse de que lo que van a comer las personas guarde correspondencia con lo declarado en los formatos previamente entregados. Un ejército de decenas de miles de burócratas para cumplir el sueño del Ministro de Salud. Este alegrará que, con el tiempo, disminuirá el sobrepeso, la hipertensión, las enfermedades cardiovasculares y hasta el cáncer, lo que podría medirse cualitativamente a través del menor número de atenciones médicas en los hospitales públicos y en el Seguro Social de Salud del Perú—EsSalud. La mejora de la

salud de la población peruana es un beneficio que nadie dudaría en promover; sin embargo, habría que preguntarse sobre el costo de tan excéntrica medida. El costo que significaría el cierre de miles de restaurantes y cadenas de comida rápida, el costo de tiempo para todas las familias peruanas que tendrían que planificar e informar sobre lo que van a comer mes a mes, y el enorme impacto fiscal que significaría poner en funcionamiento el ORCS. Decenas de miles de millones de dólares en costos directos e indirectos. Una alternativa más razonable podría consistir en realizar campañas de educación conducentes a demostrar los beneficios de comer alimentos bajos en grasa, sal y azúcar.

¿Los ejemplos mencionados son estrambóticos, demasiado irreales? Lo cierto es que la realidad no se aleja mucho de ellos. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual—INDECOPI, ha declarado fundadas diversas denuncias presentadas contra municipalidades por la imposición de barreras burocráticas materializadas en la restricción del horario de funcionamiento

de locales comerciales.³ A pesar de que hasta la fecha no se ha comprobado científicamente que los organismos vivos genéticamente modificados —OVM— sean dañinos para la biodiversidad, desde hace años están prohibidos en el Perú.

Mediante Ley 29811⁴ de diciembre de 2011 se estableció una moratoria de 10 años con el objeto de impedir el ingreso y producción en el territorio nacional de OVM con fines de cultivo o crianza, incluidos los acuáticos, a ser liberados en el ambiente. Dicha moratoria —que tiene por finalidad fortalecer las capacidades nacionales, desarrollar la infraestructura y general las líneas de base respecto de la biodiversidad nativa, que permitiera una adecuada evaluación de las actividades de liberación al ambiente de OVM— ha sido ampliada hasta finales del 2035 por la Ley 31111.⁵ ¡Estamos hablando de una prohibición de más de 24 años!⁶ Y en lo que se refiere a una propuesta cuyos costos serían mayores a sus beneficios, resulta pertinente traer a colación el Proyecto de Ley 123/2016-CR⁷ que, entre otros, propuso modificar el artículo 152 del Código de

-
3. A modo de ejemplo, mediante Resolución N° 1511-2009/SC1-INDECOPI de fecha 17 de diciembre de 2009 —Expediente 000173-2008/CEB—, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi confirmó que la restricción de horarios en el distrito de Barranco constituía una barrera burocrática irrazonable debido a que limitaba no solo una zona específica de generación de ruidos molestos por aglomeración de locales de diversión, sino la totalidad del distrito.
 4. Ley que establece la moratoria al ingreso y producción de organismos vivos modificados al territorio nacional por un periodo de 10 años, publicada en el diario oficial El Peruano el 9 de diciembre de 2011.
 5. Ley que modifica la Ley 29811, Ley que establece la moratoria al ingreso y producción de organismos vivos modificados al territorio nacional por un periodo de 15 años, a fin de establecer la moratoria hasta el 31 de diciembre de 2035, publicada en el diario oficial El Peruano el 6 de enero de 2021. Llama la atención que la Ley 31111 no fue promulgada por el Presidente de la República Francisco Rafael Sagástegui Hochhausler, sino por la Presidenta interina del Congreso de la República Mirtha Esther Vásquez Chuquilin.
 6. Entendemos que, en aplicación del principio precautorio y ante la falta de certeza científica respecto del presunto daño que los OVM podrían generar sobre la biodiversidad, se justificaba una moratoria conducente a fortalecer las capacidades nacionales, desarrollar la infraestructura y generar las líneas de base respecto de la biodiversidad nativa, con el objeto de permitir una adecuada evaluación de las actividades de liberación al ambiente de OVM; sin embargo, una prohibición de más de 24 años revela una gestión pública con dificultades para determinar de una vez por todas si los OVM son susceptibles o no de dañar la biodiversidad. En todo caso, nada impide que las autoridades nacionales competentes aceleren los estudios e investigaciones a su cargo a efectos de encontrar cuanto antes una respuesta a la interrogante.
 7. Presentado el 24 de agosto de 2016.

Protección y Defensa del Consumidor⁸ a efectos de que en el plazo de 72 horas todas las quejas o reclamos consignados en el libro de reclamaciones⁹ sean remitidos al INDECOPI. Según el texto vigente de dicho artículo, dichas quejas o reclamos son puestos a conocimiento del INDECOPI en dos circunstancias: (i) cuando el INDECOPI los requiera de oficio; y, (ii) cuando el consumidor ha presentado una denuncia, y en el procedimiento sancionador correspondiente el proveedor denunciado remite la copia de la queja o reclamo consignado en el libro de reclamaciones junto con sus descargos.¹⁰

Lo que el mencionado proyecto de ley olvida es que no todo reclamo o queja amerita el inicio de un procedimiento sancionador, pues ello depende principalmente de la voluntad del consumidor. Si, por ejemplo, un consumidor anota en el libro de reclamaciones que la sopa servida en el restaurante estaba muy fría, podría contentarse con la disculpa ofrecida por el conductor del negocio, quien seguramente tendrá en cuenta la queja para mejorar su servicio. Y así como la sopa fría deben haber miles y hasta decenas de miles de reclamos por situaciones incómodas pero insignificantes. Es el consumidor el que decide si encontrar un pelo o una mosca en la ensalada amerita o no pagar la tasa administrativa para la interposición de una denuncia formal contra el proveedor, sin perjuicio de su derecho a anotar su disconformidad en el libro de reclamaciones, y sin perjuicio de la potestad del INDECOPI de exigir a cualquier

proveedor que le remita copia del contenido del mencionado libro. Como puede apreciarse, no todo reclamo o queja consignado en el libro de reclamaciones conlleva un análisis por parte del INDECOPI.

Sin embargo, el proyecto de ley lo que plantea era que todos los establecimientos comerciales tenían la obligación de remitir al Indecopi la documentación correspondiente al libro de reclamaciones en el término de 72 horas de formulada la queja o reclamo, y que el INDECOPI podía iniciar un procedimiento sancionador comunicando a las partes su decisión. Según la propuesta legislativa, las decenas de miles de quejas o reclamos consignados en los libros de reclamaciones deberían ser puestos en conocimiento del INDECOPI. Un costo para todos los establecimientos comerciales, quienes tendrían que informar a la autoridad de protección al consumidor de todas las quejas recibidas, incluyendo aquellas que no revisten mayor interés para el consumidor. No solo eso, 72 horas constituiría un plazo insuficiente para resolver de *motu proprio* los reclamos de carácter complejo.¹¹ Pero el costo mayor sería para la autoridad. El INDECOPI tendría que evaluar decenas de miles de quejas, sin más fundamento que lo consignado en el libro de reclamaciones, para determinar si existen o no indicios razonables que justifiquen el inicio de un procedimiento sancionador. Absolutamente desproporcionado. Es manifiestamente evidente que los costos serían mayores a los beneficios.

-
8. Aprobado por Ley 29571, publicado en el diario oficial El Peruano el 2 de septiembre de 2010.
 9. Según los artículos 150 y 151 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, todos los establecimientos comerciales deben contar con un libro de reclamaciones, en forma física o virtual, y lo deben exhibir en un lugar visible y fácilmente accesible al público, así como exhibir un aviso que indique la existencia del referido libro y el derecho que tienen los consumidores de solicitarlo cuando lo estimen conveniente.
 10. Código de Protección y Defensa del Consumidor:
*“Artículo 152.- Entrega del libro de reclamaciones
Los consumidores pueden exigir la entrega del libro de reclamaciones para formular su queja o reclamo respecto de los productos o servicios ofertados. Los establecimientos comerciales tienen la obligación de remitir al Indecopi la documentación correspondiente al libro de reclamaciones cuando éste le sea requerido. En los procedimientos sancionadores, el proveedor denunciado debe remitir la copia de la queja o reclamo correspondiente junto con sus descargos.”*
 11. Por ejemplo, la compra de un automóvil.

La norma vigente, en cambio, resulta más razonable. Es el consumidor el que mide su insatisfacción personal y elige si denuncia o no, caso en el cual presentará una copia del reclamo consignado en el libro —pues tiene derecho a que se lo entreguen—, o será el proveedor denunciado quien presente dicha copia al presentar sus descargos en el procedimiento sancionador —pues así lo ordena el artículo 152 del Código de Protección y Defensa del Consumidor—, sin perjuicio de que, a través de una acción de fiscalización de oficio, el Indecopi exija a cualquier proveedor la entrega de una copia del libro de reclamaciones. Para beneficio de proveedores e Indecopi, el Proyecto de Ley 123/2016-CR no ha sido aprobado hasta la fecha.

IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD —O TEST DE RAZONABILIDAD—

En la sección precedente se ha señalado que la regulación debe ser eficaz, esto es, “idónea” para el propósito buscado, y además eficiente, es decir, “ser la opción menos gravosa” entre otras alternativas igualmente idóneas y tener “más beneficios que costos”. Estas exigencias, que son de sentido común, son las previstas en el principio de proporcionalidad, el cual, en palabras de Ramsis Ghazzaoui, constituye la condición de validez de las normas limitadoras de derechos fundamentales.¹² Como bien lo explica este autor, cualquier medida estatal que pretenda limitar derechos constitucionales —y la regulación lo que limita son los derechos fun-

damentales de la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, que en conjunto podemos llamar “libertad económica”— debe cumplir los siguientes tres sub-principios del principio de proporcionalidad:¹³

- a) Juicio de adecuación o idoneidad: La medida debe tener la aptitud de cumplir la finalidad¹⁴ perseguida. Debe existir un nexo causal que dirija la acción de la medida restrictiva hacia la consecución de la finalidad buscada.¹⁵
- b) Juicio de necesidad o la medida menos restrictiva: No existe una alternativa menos lesiva pero igualmente eficaz. No es admisible la restricción del derecho a menos que sea estrictamente indispensable o necesario, en el sentido de que no existen otras medidas alternativas igualmente idóneas que, sin comprometer ese fin inicialmente previsto, afecten en menor grado el derecho cuya restricción se pretende.¹⁶
- c) La proporcionalidad en sentido estricto o balance costo-beneficio: La medida restrictiva del derecho fundamental debe ser proporcional con la finalidad perseguida. Este sub-principio es el componente más exigente y comprensivo del juicio de la prohibición de exceso.¹⁷ Los beneficios deben ser mayores a los costos.

El principio de proporcionalidad —o test de

12. Ramsis Ghazzaoui, *Propiedad y Expropiación. Un estudio comparado entre los ordenamientos de España y Venezuela*, Tirant lo Blanch. (Valencia, 2020) P. 63.

13. *Ibid*, pp. 63-73.

14. Un elemento intrínseco al primer sub-principio es que la medida limitadora del derecho fundamental debe tener una finalidad acorde con el ordenamiento constitucional.

15. Ghazzaoui, *Propiedad y Expropiación...* p. 68.

16. *Ibid*, p. 69.

17. *Ibid*, p. 71.

razonabilidad— ha sido ampliamente aplicado por el Tribunal Constitucional.¹⁸ Luis Castillo-Córdova explica que este principio tiene una lógica interna en la determinación de la existencia de esa adecuada relación entre lo sacrificado y la finalidad del sacrificio que exige someter la medida —o acto— que restringe el derecho a un triple juicio:¹⁹

“...Juicio de idoneidad

El juicio de idoneidad tiene una doble exigencia. En primer lugar requiere que la medida o acto de limitación del derecho constitucional tenga un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante; y en segundo lugar exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin...

...Juicio de necesidad

Si la medida que afecta un derecho fundamental ha superado el juicio de idoneidad no por ello es necesariamente una medida que se ajuste al principio de proporcionalidad, sino que ha de superar —como siguiente paso— el juicio de necesidad. Este juicio, también llamado juicio de indispensabili-

dad, consiste en examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental que otras medidas igualmente eficaces...

...El principio de proporcionalidad en sentido estricto

A) *Relación razonable*

Si la medida que afecta el derecho fundamental supera el juicio de idoneidad y el juicio de necesidad, no significa con ello que se esté delante de una medida proporcional. Esa medida debe aprobar un juicio más, el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Este juicio exige que la medida cuestionada guarde una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar. Generalmente se admite que se está frente a una relación razonable cuando existe un equilibrio entre las ventajas o beneficios y entre las desventajas o los costos de adoptar la medida enjuiciada.

(...)

B) *Juicio complementario: el contenido constitucional de los derechos fundamentales*

18. Así, por ejemplo, en la Sentencia de fecha 3 de junio de 2005, recaída en los Expedientes acumulados 050-2004-AI/TC y otros —Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley 20530—, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente en el fundamento 109.

“El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran. De acuerdo con el principio de idoneidad o adecuación, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida sub examine. El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental. Por último, de acuerdo con el principio de proporcionalidad en strictu sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.”

19. Luis Castillo-Córdova. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, en *Revista Peruana de Derecho Público (Administrativo y Constitucional)*, (Lima: Editora Jurídica Grijley, Año 6, núm. 11, julio-diciembre de 2005) P. 137.

Definida como se ha hecho la relación razonable debe llegarse a admitir que a mayor beneficio se permitirá un mayor costo. Es decir, este juicio permite concluir que una medida es razonable si se produce una afectación del derecho fundamental en un grado similar al grado de beneficio que se obtiene con la consecución de la finalidad. Pero la aplicación estricta de esta concepción costo-beneficio corre el riesgo de que con su ejecución se termine vulnerando derechos fundamentales... (...)

Este riesgo, sin embargo, puede ser controlado si al principio de razonabilidad o proporcionalidad se le añade un último juicio: el del contenido esencial de los derechos fundamentales. Este juicio afirma que todo derecho fundamental cuenta con un contenido constitucional, el cual es único, limitado, ilimitable y delimitable. En ningún caso, por tanto, podrá justificarse un beneficio que afecte al derecho constitucional en su contenido esencial...²⁰

¿Qué sucede si una medida limitadora o restrictiva de un derecho constitucional no supera el test de razonabilidad —o principio de proporcionalidad—? La respuesta es que dicha medida resulta inconstitucional por violar el principio de proporcionalidad.

El mencionado test de razonabilidad ha sido incorporado dentro del análisis de razonabilidad que debe efectuar la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi al momento de examinar la barrera burocrática²¹ denunciada, tal como se aprecia del artículo 18 de

la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas,²² que se cita a continuación:

“Artículo 18.- Análisis de razonabilidad

18.1. Una vez que la Comisión o la Sala, de ser el caso, considera que han sido presentados indicios suficientes sobre la presunta carencia de razonabilidad de la barrera burocrática cuestionada, analiza la razonabilidad de la medida, verificando el cumplimiento de los siguientes elementos:

- a. *Que la medida no es arbitraria, lo que implica que la entidad acredite:*
 - 1. *La existencia del interés público que sustentó la medida cuestionada. El interés público alegado debe encontrarse dentro del ámbito de atribuciones legales de la entidad.*
 - 2. *La existencia del problema que se pretendía solucionar con la medida cuestionada.*
 - 3. *Que la medida cuestionada resulta idónea o adecuada para lograr la solución del problema y/o para alcanzar el objetivo de la medida.*

- b. *Que la medida es proporcional a sus fines, lo que implica que la entidad acredite:*
 - 1. *Una evaluación de los beneficios y/o el impacto positivo que generaría la medida y de los costos y/o el impacto negativo de la misma para los agentes económicos obligados a cumplirla, así como para otros agentes afectados y/o para la competencia en el mercado.*

20. *Ibid*, pp. 137-142.

21. El artículo 3 de la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas define a la “barrera burocrática” como toda exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa. La sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad.

22. Aprobada por Decreto Legislativo 1256, publicado en el diario oficial El Peruano el 8 de diciembre de 2016.

2. *Que la referida evaluación permite concluir que la medida genera mayores beneficios que costos.*
3. *Que otras medidas alternativas no resultarían menos costosas o no serían igualmente efectivas. Dentro de estas medidas alternativas debe considerarse la posibilidad de no emitir una nueva regulación.*

18.2. *En caso de que la entidad no acredite alguno de los elementos indicados en los literales precedentes, la Comisión o la Sala, de ser el caso, declara la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática.” (Subrayado añadido)*

En el test de razonabilidad previsto en el artículo 18 de la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas aparecen los juicios de idoneidad y de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto —el análisis costo-beneficio—, aunque no en el orden explicado por Ramsis Ghazzaoui, Luis Castillo-Córdova y el Tribunal Constitucional. Los tres sub-principios del principio de proporcionalidad se encuentran presentes en el contexto de un análisis más integral y exigente, y desde un enfoque que complementa lo jurídico con lo económico, lo que resulta más apropiado para el análisis de la regulación administrativa, es decir, las barreras burocráticas establecidas por los órganos u organismos de la administración pública.

V. LA AUSENCIA DE REGULACIÓN COMO OPCIÓN REGULATORIA

En el numeral 3 del literal b) del numeral 18.1 del artículo 18 de la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, citado en el acápite precedente, y en lo referido al juicio

de necesidad —que tiene por objeto indagar si hay otras medidas menos gravosas o costosas pero igualmente efectivas —idóneas— para cumplir la finalidad de la medida restrictiva del derecho—, se menciona claramente que dentro de estas medidas alternativas debe considerarse la posibilidad de no emitir una nueva regulación.

Como puede apreciarse, una norma con rango de ley —Decreto Legislativo 1256— reconoce de manera expresa como una posibilidad, en manos de los hacedores de la regulación, el no emitir una nueva regulación, lo que significa que la actividad económica que se encontraba sometida a una regulación deje de estarlo. Una opción de la autoridad administrativa es no regular una determinada actividad económica. Este escenario no debe espantarnos. Todo lo contrario. Es preferible que una actividad no esté regulada a que se expida una regulación ineficaz o ineficiente. No debe perderse de vista que la ausencia de regulación no significa la ausencia de intervención estatal. Una actividad económica podría encontrarse libre de regulación, pero sometida a un control *ex post* por parte de las normas de defensa de la libre y leal competencia²³ y de protección al consumidor y las reglas de responsabilidad civil.²⁴

Otra norma con rango de ley que debe ser tenida en consideración es el Decreto Legislativo 1448 de septiembre de 2018, cuyo artículo 5 señala que uno de los instrumentos para la mejora de la calidad regulatoria es el análisis de impacto regulatorio —identificado como RIA en la introducción del presente documento— *ex ante* y *ex post*.²⁵ El RIA es una herramienta usada para examinar y medir los probables efectos, costos y beneficios de una nueva o ya existente regu-

23. Y también sometida a la fiscalización del dumping y los subsidios, etcétera.

24. Sin perjuicio de respetar las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico.

25. Decreto legislativo que modifica el artículo 2 del Decreto Legislativo 1310 —que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa—, y perfecciona el marco institucional y los instrumentos que rigen el proceso de mejora de calidad regulatoria, publicado en el diario oficial El Peruano el 16 de septiembre de 2018.

lación.²⁶ Es un proceso que permite identificar y evaluar sistemáticamente los efectos esperados de una propuesta regulatoria, utilizando un método analítico consistente, como es el análisis costo-beneficio —ACB—. Es un instrumento que ayuda a asegurar que la regulación sea tan eficiente y efectiva como sea posible. Una regulación es efectiva —o idónea— si logra el objetivo de política que motivó su elaboración; y es eficiente si logra dicho objetivo al menor costo total para todos los miembros de la sociedad.²⁷

Según el RIA, es aconsejable no emprender acción alguna —es decir, no regular— si el problema detectado es tan pequeño que no justifica los costos de la acción gubernamental, o cuando es bastante probable que ninguna regulación factible, u otra política pública, abordará el problema de manera efectiva y a un costo razonable en relación con el beneficio esperado de la regulación.²⁸ Por tanto, una opción válida es no regular. Si cualquier opción regulatoria implica mayores costos que beneficios, lo mejor es abstenerse de regular.²⁹ Mantener el *statu quo* es un escenario posible. No introducir medida regulatoria alguna es equivalente a dejar que siga funcionando el mecanismo de mercado, lo que significa que es preferible un mercado imperfecto —con las fallas que se hayan podido identificar— en lugar de

una regulación imperfecta —con las ineficiencias o distorsiones que puede ocasionar—.³⁰ Si es más costoso para la sociedad una regulación imperfecta que un mercado imperfecto, debería escogerse esto último. En consecuencia, no debe descartarse la alternativa “no hacer nada”, considerando que muchas veces la solución estatal —la regulación— no es razonable, sea por generar mayores costos que beneficios, sea por no tener los efectos esperados, por lo que dejar que el mercado se corrija a sí mismo o soportar la falla del mercado es, a veces, una alternativa más razonable.³¹

En algunos casos, en lugar de una regulación directa de tipo comando y control, lo mejor es implementar otro tipo de acciones, como establecer campañas de información pública para educar y advertir a la población sobre el problema, proveer información específica a los consumidores que permita a estos cuidar de sus propios intereses, requerir a los proveedores de bienes o servicios dar información a los consumidores antes de que compren dichos bienes y servicios, imponer un impuesto que desincentive una determinada actividad, aplicar subsidios para incentivar más el desarrollo de una conducta en particular, promover el desarrollo de esquemas de “auto regulación” dentro de una industria o grupo,³² entre otros.

-
26. Organisation for Economic Co-operation and Development (Regulatory Policy Division – Directorate for Public Governance and Territorial Development), *Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA). Guidance for Policy Makers*, OECD, versión 1.1, 2008, p. 7.
27. Organisation for Economic Co-operation and Development, *Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)*, OECD, versión 1.0, octubre 2008, pp. 3 y 4.
28. *Ibid*, p. 5.
29. Hugo Gómez Apac, *Reflexiones sobre el Análisis de Impacto Regulatorio*, en AA.VV. (Rubén Méndez Reátegui, Editor), *Reflexiones Jurídicas*. Vol. IV. Facultad de Jurisprudencia. (Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2018) P. 823.
30. Eduardo Quintana Sánchez, *Análisis de Impacto Regulatorio en la Regulación Peruana de Servicios Públicos*, en *Revista Derecho & Sociedad*, Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 36, Lima, 2011, pp. 17 y 18.
31. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Guía sobre el análisis de impacto regulatorio: Introducción a la evaluación post regulatoria*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima, 2017, p. 30.
32. Organisation for Economic Co-operation and Development, *Introductory Handbook...*, p. 9.

VI. CONCLUSIONES

La regulación es una tarea inherente al estado que tiene por objeto evitar o minimizar que el inicio, desarrollo o cese de una actividad económica genere daños o externalidades negativas. Pero no se trata de regular por regular. La regulación debe ser eficaz y eficiente. Eficaz porque debe ser idónea para resolver el problema planteado. Eficiente porque debe ser la opción menos gravosa y debe tener más beneficios que costos.

Si no es posible implementar una regulación eficaz y eficiente, debe evaluarse la posibilidad de no regular la actividad. No debemos tener miedo al vacío regulatorio. La ausencia de regulación no significa ausencia de estado. Una actividad puede no estar regulada —*ex ante*—, pero el estado puede desplegar sobre ella otros tipos de intervención *ex post*, como sancionar

las conductas anticompetitivas, los actos de competencia desleal y las infracciones a las normas de protección al consumidor, así como dotar de efectividad a las reglas de responsabilidad civil.³³

Instrumentos que nos ayudan a mejorar los esquemas regulatorios son el test de razonabilidad, el régimen de eliminación de barreras burocráticas y el análisis de impacto regulatorio, y estos dos últimos instrumentos aceptan como una alternativa de parte del hacedor de políticas públicas el no regular una determinada actividad económica. Es preferible que no haya regulación a que esta tenga más costos que beneficios.

A la pregunta de si toda actividad económica debe estar regulada, la respuesta concedida en el presente ensayo es que no, que es factible sostener que algunas actividades económicas podrían estar exentas de regulación.

33. Para que, por ejemplo, las personas en su condición de víctimas sean auténticamente resarcidas por la ocurrencia de accidentes, por la compra de productos defectuosos, por el daño proveniente de la contaminación, etc.

La transparencia en la gestión de los recursos naturales. Una mirada regional para transformar la riqueza en desarrollo y evitar la corrupción



MARIO HUAPAYA NAVA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Maestría en Derecho Empresarial por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Administración Pública por la Universidad de Syracuse.
LL.M por la Universidad Americana.
Ex Secretario Técnico del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 17 de agosto de 2021 y fue aceptado con fecha 18 de octubre de 2021.



SUMARIO:

- I. **Introducción y contexto.**
- II. **Contexto e importancia económica del Sector Extractivo en LAC.**
- III. **¿Qué factores hacen vulnerable al SE frente a la corrupción y qué actividades de su cadena de valor puede alojarse?**
- IV. **Recomendaciones.**
 1. **Más transparencia y sistemas de rendición de cuentas y menos corrupción.**
 2. **Los principios de Gobierno Corporativo vinculadas a la integridad y sistemas anticorrupción en las empresas del Estado.**

RESUMEN:

Las empresas extractivas —y la gestión de sus ingresos— están particularmente expuestas a actos de corrupción. Los desafíos para que esta industria deje de ser solo una fuente de ingresos económicos para convertirse en generador de desarrollo son enormes, pero no imposibles. Es indispensable que los gobiernos trabajen en proteger y promover su desarrollo de un modo sostenible —y sin corrupción—, para eso la comunidad internacional coincide en que el camino es mejorar las instituciones públicas y fortalecer las relaciones y la confianza de los actores que gobiernan y/o interactúan en el sector. Este documento aborda dos planos de recomendación para ello: la transparencia efectiva de la información, y mejores y más transparentes empresas del Estado del Sector Extractivo.

Palabras clave: Sector extractivo, corrupción, transparencia, gestión de recursos naturales, Latinoamérica y el Caribe

ABSTRACT:

Extractive companies, and their revenue management, are particularly exposed to acts of corruption. The challenges for this industry to become a generator of development are enormous but not impossible. Governments must work to protect and promote the development of extractive companies in a sustainable way, without corruption. To achieve that, the international community agrees that improving public institutions and strengthening relationships and trust of the actors that govern and interact in the sector is essential. This paper addresses two recommendations for that goal: information transparency and better and more transparent state companies in the Extractive Sector.

Keywords: Extractive sector, corruption, transparency, natural resource management, Latin America and the Caribbean

I. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO

No es extraño que los escándalos de corrupción que han sacudido la región en la última década se hayan originado en una empresa de hidrocarburos mayoritariamente estatal —PETROBRAS—. Tampoco que el uso ilegal de fondos producto de la industria minera haya alcanzado a países como Chile, segundo país menos corrupto de la región,¹ por ejemplo, con el caso conocido como Milicogate.² Las empresas extractivas —y la gestión de sus ingresos— están particularmente expuestas a actos de corrupción.

Un estudio publicado por la OCDE³ respecto a la corrupción en las empresas internacionales,

especialmente sobre cohecho —soborno— —427 casos— reveló que el 19% de los casos sancionados por casos de soborno corresponde a las industrias extractivas, siendo éste el sector más vulnerable a tales hechos, seguido por construcción —15%—, transporte y almacenamiento —15%— e información y comunicación —10%—. Por otro lado, y refiriéndose específicamente al sub-sector hidrocarburos un estudio de Transparencia Internacional,⁴ en el 2014 identificaba como altamente vulnerable a soborno y otros actos ilegales.

También organismos internacionales de gran influencia como el Fondo Monetario Internacional se han referido al fenómeno y a su pe-

1. "CPI 2020: Américas - News." 2021. Transparency.org. Enero 28, 2021. <https://www.transparency.org/es/news/cpi-2020-americas>
2. Mauricio Weibel Barahona. 2015. "Milicogate: El Gran Robo Del Fondo Reservado Del Cobre." The Clinic - Reportajes, Columnas, Entrevistas Y Humor. The Clinic - Reportajes, columnas, entrevistas y humor. August 13, 2015. <https://www.theclinic.cl/2015/08/13/milicogate-el-gran-robo-del-fondo-reservado-del-cobre/>
3. OCDE, Foreign Bribery Report *An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials* (2015) https://read.oecd-ilibrary.org/governance/informe-de-la-ocde-sobre-el-soborno-internacional_9789264226654-es#page1
4. Transparencia Internacional, *Bribe Payers Index* (2011)

ligroso efecto y envergadura en materia fiscal. Basta revisar la inclusión como tema de riesgo en su Informe de Monitoreo Fiscal de abril 2019⁵ y su calificación como el cuarto pilar de análisis en el Código de Transparencia Fiscal,⁶ bajo el concepto de *Resource Revenue Managment*. Para este organismo —como para otros que analizaremos más adelante— la propia naturaleza multinacional y traslado de grandes sumas de dinero e influencias, así como la dependencia de nuestros países, hacen de esta industria especialmente proclive a la corrupción.

Por otro lado, sumado a las posibles y enormes desviaciones ilegales de recursos públicos, y a pesar del gran progreso que han tenido las industrias extractivas en materia de mejores prácticas de participación ciudadana y transparencia, por ejemplo adhiriéndose al Estándar Global para la Transparencia en las Industrias Extractivas —EITI, —y en general mejoras en la gobernanza del sector—, aún persisten en la región índices muy altos de desconfianza entre los actores, misma que en su mayoría viene precedida en muchos casos por una ineficiencia tanto pública como privada a lo largo de toda la cadena de valor de la industria. A saber, en 2017, la región recibió una calificación de 58 puntos sobre 100 del Índice de Gobernanza de los Recursos

Naturales⁷ del Instituto de Gobernanza de los Recursos Naturales —NRGI, que evalúa la gestión de las industrias extractivas en países ricos en recursos naturales. Esta calificación es indicativa de una “débil gobernabilidad de los recursos naturales”.⁸ En el 2021⁹ este índice ha evolucionado hacia informes por país; los países de la región analizados Colombia, Guyana, Perú y México, tampoco alcanzaron buenos resultados. Las calificaciones de Perú por ejemplo en materia del estado de derecho y control de la corrupción tienen calificaciones en promedio de 57/100.

A su vez, la falta de confianza agrava la diferencia de intereses y los torna en conflictos y empeora los ya de por sí inevitables efectos sociales y ambientales negativos de la industria. Se puede citar por ejemplo que el Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina —OCMAL,¹⁰ identifica actualmente 284 conflictos relacionados con la minería, mientras que la Defensoría del Pueblo del Perú¹¹ encuentra en este país a agosto de 2021, 198 conflictos socioambientales se relacionan con el Sector Extractivo —SE.

En este contexto, los desafíos para que una industria tan importante para la región deje de ser solo una fuente de ingresos económicos para convertirse en generador de desarrollo son enor-

-
5. “Fiscal Monitor: Curbing Corruption.” 2021. IMF. 2021. <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2019/03/18/fiscal-monitor-april-2019>.
 6. “El Código De Transparencia Fiscal” IMF. <https://www.imf.org/external/np/fad/trans/Code2019.pdf>
 7. “Índice de La Gobernanza de Los Recursos Naturales 2017.” 2017. Natural Resource Governance Institute. July 13, 2017. <https://resourcegovernance.org/analysis-tools/publications/indice-de-la-gobernanza-de-los-recursos-naturales-2017>.
 8. NRGI 2017a; para una revisión de los marcos institucionales de la minería ver Vio y Walter 2016.
 9. “Announcing the 2021 Resource Governance Index: Assessments of Oil, Gas and Mining Governance in 18 Countries.” 2021. Natural Resource Governance Institute. Junio 14, 2021. <https://resourcegovernance.org/blog/2021-resource-governance-index-assessments-oil-gas-mining-governance-in-18-countries>.
 10. Latina. 2021. “Conflictos Mineros En América Latina.” Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina, OCMAL. 2021. https://mapa.conflictosmineros.net/ocmal_db-v2/.
 11. “195 Conflictos Sociales Esperan Ser Atendidos Por El Gobierno de Pedro Castillo.” 2021. Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina. August 16, 2021. <https://www.ocmal.org/195-conflictos-sociales-esperan-ser-atendidos-por-el-gobierno-de-pedro-castillo/>.

mes, pero afortunadamente no imposibles. Un recuento interesante de países que lo lograron son Australia, Botswana y Canadá, quienes fortaleciendo sus instituciones han vencido la paradoja de la “maldición de los recursos” o “enfermedad holandesa” —Sachs y Warner, 2001. Lane y Tornell 1999—, revertiendo eventualmente sus índices de pobreza, corrupción y conflictos.

En buena cuenta, siendo el SE tan importante para el desarrollo de la región es indispensable que los gobiernos trabajen en protegerlo y promover su desarrollo de un modo sostenible —y sin corrupción—. Para eso la comunidad internacional coincide en que el camino es mejorar las instituciones públicas y fortalecer las relaciones y la confianza de los actores que gobiernan y/o interactúan en el sector.

Este documento aborda dos planos de recomendación, mismos que son validados por múltiples organizaciones y estándares internacionales y que pueden derivar en acciones concretas de políticas públicas en nuestros países:

- a) La transparencia efectiva de la información, misma que, una vez adoptada como requisito inicial de las políticas públicas debe tener un rol cada vez más activo, coherente y consustancial a otras políticas públicas. Esta sección incluye una referencia a la necesidad de fortalecer la comunicación constructiva entre los stakeholders del SE y proyectarla a mejorar la rendición de cuentas y la participación y;
- b) Mejores y más transparentes empresas del Estado del Sector Extractivo, bajo principios de Gobierno Corporativo y especialmente en el caso de las empresas petroleras estatales y semi estatales.

II. CONTEXTO E IMPORTANCIA ECONÓMICA DEL SECTOR EXTRACTIVO EN LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE

Para entender la importancia y necesidad de

profundizar en las reformas y prácticas de fortalecimiento institucional que aseguren la sostenibilidad del SE en LAC, es necesario repasar su importancia económica actual y potencial, así como su evolución y los distintos escenarios de desarrollo de la industria en los próximos años.

Siendo el SE altamente dependiente de la fluctuación de los precios, es posible identificar hasta tres grandes momentos o contextos económicos en las últimas dos décadas, en todas ellas el impacto de las SE en las economías nacionales es crucial:

- a) Una primera etapa entre el 2003 y 2014 marcada por el alto precio de los metales, llamada comúnmente como del “boom de los commodities”. En esta etapa, para los países de la región, las rentas del SE representaron entre el 4% y el 7% del PBI e impulsaron la generación de empleo, inversiones públicas y sociales. Según los indicadores de desarrollo del Banco Mundial, en este periodo el SE ayudó efectiva y objetivamente a reducir la pobreza;
- b) Una segunda etapa que empezó entre el 2013 y 2014 marcada por el retroceso de los precios y por tanto recorte en los presupuestos y contribuciones de las empresas extractivas, con el consecuente impacto negativo en toda la economía; y
- c) Una última etapa —actual— cuyo inicio podría encontrarse en el 2016 donde los precios han empezado a recuperarse, dando oportunidad a los países a volver a impulsar sus economías. Según el BID¹², citando los datos del “S&P Global Market Intelligence”, en minería se reportan una recuperación de la inversión a partir de 2016 y 2017 por ejemplo a partir del crecimiento de la exploración de metales no ferrosos en 15%. Por otro lado, en materia de hidrocarburos a partir de 2016, el BID citando a la International Energy Agency indica que la inversión en exploración y producción también empezó a dar señales de recupe-

12. Vieyra, Aamot & otros. *Gobernanza con transparencia en tiempos de incertidumbre*. BID, 2019

ración, con un crecimiento global de 4% en 2017 hasta alcanzar USD 450.000 millones, y de 5% en 2018.

Finalmente, entre el año 2020 y 2021 parece haberse consolidado una franca recuperación de precios tanto de los metales como del petróleo, hasta niveles superiores al boom del numeral (a) anterior. La evidencia más objetiva sería por ejemplo la cotización del cobre que se ha venido recuperando significativamente desde enero del 2016 —1.94 dólares la libra—, y ahora el precio del metal rojo se sitúa en 3.18 dólares la libra, en los mercados internacionales.¹³

Para capitalizar el momento los países que cuentan con reservas probadas de recursos deben elevar su producción. Por ejemplo, en Venezuela, donde la relación reservas-producción es superior a 100 años, o considerando proyectos como la mina Chuquicamata en el norte de Chile —la mina de cobre a cielo abierto más grande del mundo— o el campo Cantarell en México—con más de 35 billones de barriles en reservas. Por otro lado, en países donde ya la producción es de nivel mundial, asegurar las inversiones y garantizar el desarrollo de todo su potencial. A saber, entre Perú y Chile acumulan el 43% de la producción mundial de cobre, Chile y Argentina están entre los tres primeros productores de Litio en todo el mundo y en conjunto los países de Latinoamérica y el Caribe — LAC, contribuyen al 9% de la producción mundial de petróleo y al 6% de gas natural.

III. ¿QUÉ FACTORES HACEN VULNERABLE AL SE FRENTE A LA CORRUPCIÓN Y QUÉ ACTIVIDADES DE SU CADENA DE VALOR PUEDE ALOJARSE?

La corrupción como en las otras industrias, se comporta como un lastre para la actividad económica, no permitiendo su evolución natural y encareciendo la inversión. La corrupción eleva artificialmente los costos y altera la distribución de los recursos y de las ganancias que estos producen, es decir asigna la riqueza de manera inequitativa e irracional. Desde el punto de vista social y político debilita el sistema y la confianza entre los actores y hace cada vez más difícil la implementación exitosa de políticas públicas.

Luchar contra la corrupción requiere conocerla y tipificarla y para ello es necesario conocer profundamente el sector y cada una de sus intervenciones en la vida económica de los países. El estudio de Mayorga publicado por el Banco Mundial —2009—¹⁴ sobre la cadena de valor de la industria extractiva, así como los estudios metodológicos de OCDE y el EITI,¹⁵ reconocen 6 fases consecutivas del SE empezando por (a) la decisión de extraer el recurso (b) la entrega de contratos y licencias (c) la producción del recurso —regulada y monitoreada— (d) la recaudación de ingresos —impuestos y regalías— (e) la gestión de los ingresos y la asignación de la renta y (f) la inversión o gasto social de los ingresos fiscales.

Los estudios de Transparencia Internacional¹⁶ y OCDE¹⁷ coinciden en que existen factores de

13. FMI Perú regresa a niveles del boom de precios de los metales, acceso el 24 de septiembre de 2021. <https://iimp.org.pe/raiz/fmi-peru-regresa-a-niveles-del-boom-de-precios-de-los-metales>
14. Mayorga, Eleodoro Extractive Industries Value Chain, World Bank 2009. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/18400/484240NWP0Box31ei1for1development13.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
15. “La Cadena de Valor Del EITI.” 2021. Extractive Industries Transparency Initiative. 2021. <https://eiti.org/es/cadena-valor-del-eiti>.
16. “Combatting Corruption in Mining Approvals: Assessing the Risks in 18...” 2017. Transparency.org. December 5, 2017. <https://www.transparency.org/en/publications/combatting-corruption-in-mining-approvals>.
17. “CORRUPTION in the EXTRACTIVE VALUE CHAIN: TYPOLOGY of RISKS, MITIGATION MEASURES and INCENTIVES.” n.d. Accessed October 24, 2021. <https://www.oecd.org/dev/Corruption-in-the-extractive-value-chain.pdf>.

riesgo de corrupción en cada una de las fases de la cadena de valor, exacerbados principalmente por factores como los siguientes:

- a) Existe debilidad en los sistemas anticorrupción vinculada a los bajos índices de estado de derecho y escasa capacidad institucional para detectar, prevenir y sancionar efectivamente los actos ilícitos. Esta debilidad viene precedida por insuficientes fuentes de información exacta y actualizada sobre reservas, permisos y resultados de la explotación.
- b) Excesiva discrecionalidad entre los oficiales públicos que deciden incorporar zonas de exploración o explotación, así como facultades amplias para decidir los procesos de licenciamiento.
- c) Exposición de los oficiales a influencias políticas, económicas, posible captura por parte de intereses privados y rotaciones público-privadas —puerta giratoria—. Situación que se agrava al incluir en la esfera de decisión a gobiernos subnacionales, bajo cuya jurisdicción pueden encontrarse las minas y/o yacimientos.
- d) Considerando la alta tecnificación y los lugares remotos de muchos de los procesos extractivos, existe una fuerte dependencia pública y privada de profesionales expertos disponibles, cuya oferta en el mercado es limitada.
- e) En el caso de las empresas privadas, débiles o extemporáneas políticas de *due diligence* y exámenes de integridad de sus cuerpos gerenciales. En el caso particular de las empresas de petróleo E&Y menciona la alta dependencia al pago en efectivo de servicios y proveedores.

Por su parte el Instituto de Gobernanza de los Recursos Naturales,¹⁸ refiriéndose al más delica-

do de los pasos en la cadena de valor, como es la entrega de licencias y contratos, ha llamado la atención sobre 12 situaciones que deberían disparar las alertas en la sociedad civil y el Gobierno, estas incluyen: permitir participar en procesos competitivos a empresas poco calificadas, no considerar los antecedentes criminales de empresas en competencia o relación con personas políticamente expuestas —PEP, intervención de oficiales relacionados a las empresas en competencia, posibilidad de sobornos, conflicto de intereses, y la posibilidad de que las empresas adjudicatarias vendan los proyectos sin cumplir sus compromisos de inversión.

Finalmente, y considerando todo lo anterior existen para LAC recomendaciones específicas a partir del Informe del Grupo Asesor de Expertos en anticorrupción transparencia e integridad de América Latina y el Caribe¹⁹ del BID en el sentido en que una correcta gestión —sin corrupción— de los recursos naturales requiere de parte de los Estados:

- a) Empezar por un planeamiento estratégico con un enfoque de gobernanza territorial sostenible que permita la gestión organizada de los Recursos naturales a mediano plazo, fortalecimiento de las instituciones públicas responsables y diversificación económica.
- b) Evaluación sistemática de las vulnerabilidades de gobernanza y corrupción en toda la cadena de decisión del sector extractivo.
- c) Reforma de las empresas del Estado para la implementación de mecanismos efectivos de integridad, mejores competencias y despolitización de las decisiones. En un apartado posterior se indican cuales son esas medidas concretas a partir de los principios de Gobierno Corporativo.
- d) Fortalecimiento de instituciones a nivel

18. Sayne, Aaron, Alexandra Gillies, and Andrew Watkins. 2017. "Twelve Red Flags: Corruption Risks in the Award of Extractive Sector Licenses and Contracts." <https://resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/corruption-risks-in-the-award-of-extractive-sector-licenses-and-contracts.pdf>.

19. Informe del Grupo Asesor de Expertos en anticorrupción transparencia e integridad de América Latina y el Caribe, BID 2018. En su sección referida a Gobernanza de los Recursos Naturales. P.14

subnacional y estándares ambientales y sociales. Instituciones de gobierno, pero también de interrelación con las comunidades para desarrollar juntos planes sobre la base del costo beneficio, y conciliación de intereses, incluyendo el análisis y reducción de conflictos.

- e) Mejora de la transparencia y rendición de cuentas en el sector de las industrias extractivas, que se desarrolla en un numeral posterior de este mismo documento
- f) Mejora de la gobernanza y eficacia de los fondos soberanos, incluidos los fondos de estabilización y desarrollo intergeneracional, por ejemplo, adoptando estándares internacionales como los Principios de Santiago. Estas soluciones institucionales mejoran por lo general con mejores estructuras de gobierno independientes y controles cruzados entre las autoridades con poder de decisión.
- g) Mejores recursos para el monitoreo de contrataciones públicas y transparencia financiera, además de complementar la regulación del sector por ejemplo con la de los beneficiarios reales o finales.

Seguidamente este documento desarrolla dos de estas estas recomendaciones, la relacionada con la transparencia y la que pone como objetivo a las empresas estatales y semiestatales del SE.

IV. RECOMENDACIONES

1. Más transparencia y sistemas de rendición de cuentas y menos corrupción.

La transparencia es un factor clave en el establecimiento de las condiciones sistémicas que favorecen la buena gobernanza en el SE. La transparencia, que en muchos casos viene aparejada en LAC por leyes de acceso a la información, encuentra su correlato en instrumentos internacionales aprobados como el caso del Acuerdo de Escazú²⁰ —aunque no ratificado

en todos los países de la región—, además de salvaguardas de instituciones como el Banco Mundial y el BID.

La transparencia fomenta la confianza entre las empresas, los actores de la sociedad civil, los ciudadanos y los gobiernos. Es un factor central en la rendición de cuentas que permite la identificación de brechas de eficiencia en el uso y asignación de los recursos públicos —Kahn, Baron y Vieyra 2018—.

La transparencia no es un fin en sí mismo, y aunque muchos países han establecido obligaciones legales y se han adherido a estándares internacionales como el EITI no ha sido suficiente para vencer las barreras de la desconfianza, promover un planeamiento territorial participativo y evitar los conflictos socio ambientales.

Para trabajar en soluciones los países deben concentrar sus esfuerzos en mejorar e integrar sus sistemas de información para que esta sea oportuna, de libre acceso y exacta, para esto se sugiere la incorporación de procesos de conciliación multisectorial y la incorporación de soluciones tecnológicas como las propuestas por el BID, el EITI, y otras organizaciones.

Bajo las consideraciones anteriores, la transparencia que necesitan nuestros países sigue y debe seguir “dando la batalla”, su potencialidad va más allá de una buena práctica que reciba elogios o certificaciones internacionales. Ser transparente es el punto de partida para identificar las reformas necesarias en el sector público, promoviendo su eficiencia y gatillando el acercamiento entre todas las partes.

La transparencia en las industrias extractivas está, por tanto, en un momento crucial, en el que todos creen y confían en ella y ella debe ofrecer resultados concretos y efectivos y así, legitimarse entre todos los actores. Para eso hace falta concebirla en sus dinámicas públicas

20. Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe – Marzo 2019, Costa Rica

e impulsarla coordinadamente en los siguientes roles:

a) Transformadora desde y hacia lo subnacional

Seguir transparentando información sectorial pero sólo para —y desde— las capitales de nuestros países y con la complejidad que solo pueda ser útil para miembros de la industria o ciudadanos medianamente entrenados, es un ejercicio anodino y hasta ocioso. Peor aún acrecienta la desconfianza y hace tristemente evidente las ya existentes brechas de desarrollo y capacidad institucional entre las administraciones centrales y las de niveles subnacionales.

La transparencia que transforma es la que permite a personas que no tenían información, tener acceso a la misma, entenderla, apropiársela y usarla constructivamente. En la región tal condición de ausencia de esta información se verifica mayoritariamente en las regiones, provincias y localidades, donde justamente se desarrolla las industrias extractivas. Es claro que la “maldición de los recursos” es mucho más profunda en los niveles subnacionales.

Los esfuerzos para revertir esta situación han empezado y aunque parciales son positivos, por un lado, el EITI inició en Perú —el país pionero en la aplicación del estándar— los reportes a nivel Regional con Moquegua, Piura y Arequipa. Por otro lado, el BID apoyó los estudios que se llevaron a cabo en Argentina para lanzar una primera plataforma de información minera que incluye información provincial —Centro de Información Minera Argentina —CIMA—. ²¹ A esto habría que sumarle que también el BID ha incorporado en el Plan para la Segunda Fase de su Plataforma *MAPA INVERSIONES Perúpaísmine-*

*ro*²² módulos en quechua y aimara, además de hipervínculos a explicaciones auditivas, conscientes de la tradición oral de tales lenguas.

b) Articulada y de adaptación inteligente a cada contexto

Al ser la transparencia en el sector extractivo una condición, la estrategia para que esa condición sea adecuadamente impuesta empieza por un análisis de la situación de cada país y sobre todo por identificar que quieren lograr sus stakeholders en materia de gobernanza en el corto, mediano y largo plazo.

Solo así, los esfuerzos serán adecuadamente administrados y las conquistas serán sólidas y sostenibles. Para poner un ejemplo, no fue ni será lo mismo implementar y perseverar en iniciativas EITI en Perú o Colombia que en Guatemala o Argentina. Del mismo modo adaptarse al tiempo de cada país en materia extractiva; no es igual de urgente la transparencia en Guyana hoy que antes del descubrimiento de sus reservas de petróleo.

Igual de compleja pero necesaria, es la adaptación que debe exhibir la transparencia para incluir en su ámbito a otro tipo de información no necesariamente extractiva. La transparencia, para ser efectiva, tiene que ser multisectorial, así como lo son los efectos de la industria. Esto requiere de ejercicios de coordinación y alianza estratégica con otros sectores, como los ministerios de economía, ambiente, de prestaciones sociales, empleo y otros.

En este aspecto también se han iniciado ya los cambios estratégicos. El EITI por ejemplo ya contempla en el estándar del 2016 la llamada “implementación adaptada²³” que justamente reconoce que no todos los países candidatos

21. Véase en: <http://cima.minem.gob.ar/dataset/420>

22. “Consulta Los Proyectos Y Recursos En Mapa Inversiones.” 2012. Minem.gob.pe. 2012. <https://mapainversiones.minem.gob.pe/#/proyectos>.

23. “The EITI Standard 2016.” 2016. Extractive Industries Transparency Initiative. March 2, 2016. <https://eiti.org/document/eiti-standard-2016#r8>.

son iguales. Por parte del BID y su ya citada plataforma *MAPA INVERSIONES Perúpaísminero*,²⁴ ya incluye información sobre el empleo generado por la minería y en sus fases siguientes se espera colocar compromisos ambientales y sociales. La idea de fondo es que la transparencia sea una herramienta adaptada y útil y no solo una lista de información disponible.

c) **De vanguardia tecnológica y con proyección a la sociedad civil**

Relacionada, pero distinta a la necesidad de adaptación, es la manera en que la información es puesta a consideración de los ciudadanos. Aplicar tecnología para este propósito implica decidir el mejor conjunto de instrumentos, recursos técnicos y procedimientos para que la información realmente comunique.

En el caso de las industrias extractivas, como en muchos otros campos, claramente el espacio está ocupado por la información entregada a demanda y permanentemente en línea y actualizada. Por eso el EITI ha pasado de informes físicos a información online —portales de transparencia— y los gobiernos optan por fortalecer sus gobiernos abiertos y digitalizados.

Sin embargo y aunque necesariamente tecnológica la transparencia requiere considerar las condiciones de los receptores de la información, incluyendo su acceso a la internet, el idioma, el nivel y su capacidad de entender e interpretar los datos. El horizonte es claramente cerrar las brechas en el mediano plazo y volcarse a una participación activa de la sociedad civil en sus desarrollos territoriales. Claro ejemplo de esa visión se recoge en la recientemente lanzada *Visión de la Minería al 2030*²⁵ en el Perú que propugna una minería inclusiva e integrada social y territorialmente.

d) **Fomentar la Transparencia en materia de beneficiarios finales**

Uno de los temas de mayor relevancia en el SE y vinculado íntimamente con la transparencia, es el relacionado con la prevención y el control de la corrupción vía el registro y divulgación de los beneficiarios finales, definidas como aquellas personas naturales que ejercen control efectivo o detentan la posesión sobre un cliente en cuyo nombre se realiza una transacción, o que ejercen el control efectivo final sobre una persona jurídica u otra estructura jurídica —GAFI, 2012—.

La identificación de los beneficiarios finales es un instrumento fundamental para mitigar riesgos de corrupción en el SE, permitiendo levantar el velo de anonimato e identificar a los beneficiarios finales de una empresa o de una licencia de explotación de un recurso minero o hidrocarburíferos —BID 2018—.

En el sector extractivo es importante identificar los riesgos asociados a los beneficiarios reales a lo largo de la vida de un proyecto, por ejemplo: (i) al asignar derechos la participación oculta de personas expuestas políticamente puede elevar el riesgo de corrupción en la licitación y la contratación; (ii) en la fase operativa, se limita la rendición de cuentas por impactos ambientales o sociales negativos, o debilitar las políticas existentes para promover la creación de valor local; y (iii) en la administración de ingresos, las compañías pueden usar transacciones entre entidades relacionadas —vía precios de transferencia— para evadir impuestos.

2. **Los principios de Gobierno Corporativo vinculados a la integridad y sistemas anticorrupción en las empresas del Estado.**

Aunque existen múltiples mandatos para que las empresas de propiedad del Estado de LAC

24. "Consulta Los Proyectos Y Recursos En Mapa Inversiones." 2012. Minem.gob.pe. 2012. <https://mapainversiones.minem.gob.pe/#/proyectos>.

25. "Rimay Culmina La Elaboración de Documento: 'Visión de La Minería al 2030.'" 2019. www.gob.pe. 2019. <https://www.gob.pe/institucion/minem/noticias/25008-rimay-culmina-la-elaboracion-de-documento-vision-de-la-mineria-al-2030>.

se acojan a los principios internacionales de Gobierno Corporativo, por ejemplo, los impulsado por la OCDE —2015—²⁶, muchos de ellos no han desarrollado mecanismos específicos y efectivos que les permita autoevaluarse y fijarse metas en cuanto a la transparencia, control y rendición de cuentas. Como consecuencia y sujetas a grandes presiones, se han verificado en ellas problemas graves de corrupción, a lo largo de la vida económica de las empresas.

En base a los estudios de E&Y y OCDE los principales factores de corrupción se concentran en este tipo de empresas considerando factores como (i) sus operaciones comerciales implican grandes sumas de dinero, lo cual hace atractivo intereses de toda índole —y expuestas a corrupción— sus operaciones de compra y adquisiciones, acuerdos asociativos, y cadena de proveedores; (ii) las actividades petroleras se desarrollan en zonas generalmente apartadas y de difícil acceso, lo cual dificulta la supervisión y control (iii) los controles de las empresas muchas veces se agotan en revisión formal de documentos y no en control de gestión o de transacciones comerciales y (iv) pueden existir influencias políticas en las decisiones empresariales, incluyendo las decisiones de contratación de gerentes y el diseño de pesos y contrapesos de los órganos de control de las empresas.

Respecto a las recomendaciones para este tipo de empresas, además de los principios de transparencia existen otras fuentes como, por ejemplo: Los 10 principios Anti-Corrupción para empresas públicas —2017— de Transparencia Internacional, la Guía sobre transparencia de las empresas extractivas de propiedad estatal —2018 —NRGI— y las Reglas para la publicación de información relacionada a pagos realizados por las industrias extractivas —2013 — Unión Europea—.

Entre las recomendaciones referidas a la necesidad de divulgar información y potenciar su utilización, una rendición de cuentas rigurosa y

establecer la integridad se encuentran:

- a) Impulsar la accesibilidad a información de manera oportuna, clara y abierta, tratando por ejemplo de alcanzar los estándares de las empresas que cotizan en el mercado de capitales. Para completar esta recomendación es necesario que la información se disponga en formatos que permitan la inteligencia de datos y los reportes a cada tipo de *stakeholders* de las compañías.
- b) La información debe ser completa y exacta respecto al comportamiento económico y de decisiones de la empresa. Los órganos de gobierno de la sociedad deben ser responsables de la misma y supervisar su producción. Las excepciones deben ser justificadas y aprobadas por el órgano más alto de la empresa.
- c) La información debe contener una necesaria referencia a cómo está organizada y gobernada la empresa, así como sus relaciones con empresas subsidiarias, filiales y en *Joint Venture* a todo nivel —incluyendo especialmente la existencia de subsidios—. Si se trata de empresas mixtas es relevante que la transparencia alcance a que se conozcan los reales propietarios o beneficiarios reales.
- d) Los procesos de adquisiciones de bienes y contratación de servicios deben anunciarse, así como las reglas de competencia y evaluación de los candidatos.
- e) La rendición de cuentas a los stakeholders debe ser oportuna, regular y relevante. Este ejercicio no solo debería incluir los reportes financieros obligatorios sino todos a los que se comprometa como parte de una gestión constructiva y transparente de la empresa.
- f) Se deben establecer mecanismos de divulgación de los resultados de los ejercicios de compliance legal, ambiental, social, etcétera, que permitan tanto a las autoridades de la empresa como a los Estados conocer el verdadero estado de los casos y las auditorías que se realicen.

26. Directrices sobre el Gobierno Corporativo en las Empresas Públicas, publicadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE



¿Las Asociaciones Público-Privadas en el Perú se alinean a los estándares internacionales?

Reflexiones a propósito de las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre las Alianzas Público-Privadas



CLAUDIA ARMÉSTAR ALZAMORA

Abogada por la Universidad del Pacífico.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 31 de enero de 2021 y fue aceptado con fecha 18 de julio de 2021.



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. ¿Qué se necesita para ejecutar una Asociación Público Privada con éxito?
- III. Principios generales de las Asociaciones Público Privadas.
- IV. Planificación y preparación de proyectos.
- V. Adjudicación de proyectos.
- VI. Contenido y ejecución del contrato de Asociación Pública Privada.
- VII. Duración, prórroga y rescisión del contrato de Asociación Pública Privada.
- VIII. Conclusiones.

RESUMEN:

Hoy en día, la importancia de la infraestructura y la prestación de servicios públicos es innegable. Contar con Asociaciones Público Privadas exitosas es un recurso indispensable para el Perú. Recientemente, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional emitió las Disposiciones Legales sobre las Alianzas Público-Privadas, que recogen los estándares y las prácticas internacionales para el desarrollo de Asociaciones Público Privadas. En el presente artículo, la autora comenta las principales recomendaciones que proponen las referidas Disposiciones Legales y los impactos que podrían generar en el desarrollo de proyectos en el Perú.

Palabras clave: Brecha de infraestructura, Asociaciones Público-Privadas, Disposiciones Legales Modelo, CNUDMI, Proyectos.

ABSTRACT:

Presently, the importance of infrastructure and the provision of public services is undeniable. Having successful private-public partnerships is a crucial resource for Peru. Recently, the United Nations Commission on International Trade Law issued the Model Legislative Provisions on Public-Private Partnerships, which gathers the standards and international practices for the public-private partnership development. In this article the author comments on the main recommendations proposed by the mentioned provisions and the impact they could have in project development in Peru.

Keywords: Infrastructure gap, Public-Private Partnership, Model Legislative Provisions, UNCITRAL, Projects.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad existe un consenso sobre los efectos que ejercen la disposición y la calidad de la infraestructura y los servicios derivados, sobre el crecimiento económico de un país.¹ El Perú presenta un desafío importante respecto a la provisión de infraestructura, que suele conocerse como la brecha de infraestructura.²

En el plano internacional, se han realizado importantes reportes que estudian la brecha de infraestructura. Así, el Foro Económico Mundial —WEF, por sus siglas en inglés— publicó el Reporte Global de Competitividad 2019-2020³, en el que realiza un análisis comparativo de 141 economías a nivel mundial con respecto a los principales pilares que sustentan su posicionamiento en la generación de desarrollo econó-

mico y la atracción para las inversiones. En lo que respecta a la calidad global de infraestructura, el Perú se encuentra en el puesto 88.⁴

En el plano nacional, la brecha de infraestructura ha sido motivo de emisión de diferentes planes y normas que persiguen acortarla. Este, por ejemplo, ha sido el caso del Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad —PNIC—.

Teniendo en cuenta este contexto, las Asociaciones o Alianzas Público-Privadas cumplen un rol fundamental en el desarrollo de la infraestructura y la promoción de la inversión privada de un país. Este tipo de acuerdos han sido impulsados por las limitaciones de los fondos públicos para cubrir las necesidades de inversión, pero también por los esfuerzos para au-

-
1. Daniel Perroti y Ricardo Sánchez, *La brecha de infraestructura en América Latina y el Caribe* (Chile: CEPAL/División de Recursos Naturales e Infraestructura, 2011), p. 9.
 2. *Ibid.*
 3. Disponible en: <https://es.weforum.org/>
 4. Deloitte, *Reporte Global de Competitividad 2019: Datos clave del sector infraestructura*. Reporte preparado por Financiamiento y Asesoría - Infraestructura & Capital Projects (I&CP) Centroamérica, 2019.

mentar la calidad y la eficiencia de los servicios públicos.⁵

Debido a la importancia de esta figura legal, el pasado mes de setiembre del 2020, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional —en adelante, "CNUDMI"— publicó las nuevas Disposiciones Legales Modelo sobre las Alianzas Público-Privadas —en adelante, las "Disposiciones Legales Modelo"—, las cuales buscan contribuir con el establecimiento de un marco legislativo favorable para las Asociaciones o Alianzas Público-Privadas —en adelante, "APP"—. ⁶ Estas Disposiciones Legales Modelo fueron emitidas siguiendo las notas de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Alianzas Público-Privadas, que fueron aprobadas en julio de 2019.⁷ Así, las Disposiciones Legales Modelo traducen, en lenguaje legislativo, aquellas recomendaciones previamente plasmadas en la referida Guía Legislativa.⁸

Las Disposiciones Legales Modelo reconocen la importancia de las APP para el suministro de la infraestructura y los servicios públicos. Surgen como respuesta a las deficiencias del marco jurídico y la falta de transparencia, que pueden adolecer algunas legislaciones, lo que desalienta la inversión en infraestructura y servicios públicos; y genera un mayor riesgo de corrupción y mala administración de fondos públicos.⁹

Si consideramos que, la brecha de infraestructura y la necesidad de inversión privada para acotarla, es un desafío que ha estado presente a largo de los años en el Perú, la reciente publicación de las Disposiciones Legales Modelo

puede generar un impacto en la legislación peruana.

No olvidemos que el Perú es un país que, para determinadas materias como es el caso de la legislación arbitral, se ha acogido a las disposiciones modelo emitidas por la CNUDMI. Esto debido a que, finalmente, dichas disposiciones son reconocidas como las prácticas internacionales de cada materia. Siendo ello así, no resultaría extraño que, en el ámbito nacional, las Disposiciones Legales Modelo generen alguna modificación o novedad normativa.

Por ello, a lo largo del presente artículo comentaremos las principales propuestas que se plasman en las Disposiciones Legales Modelo, resaltando cuál podría ser el impacto práctico en el desarrollo de las APP en el Perú.

Nuestra estructura será la siguiente: iniciaremos comentando qué es lo que se necesita para ejecutar una APP con éxito; luego, explicaremos cuáles son los principios generales que rigen la ejecución de una APP; tras ello, desarrollaremos los criterios para la planeamiento y preparación de un proyecto; y, posteriormente, comentaremos los pilares de la adjudicación de proyectos. Seguidamente, explicaremos la ejecución de una APP resaltando los elementos contractuales principales; y, finalizaremos con nuestras conclusiones.

II. ¿QUÉ SE NECESITA PARA EJECUTAR UNA APP CON ÉXITO?

Las APP son acuerdos entre el sector público —entidad contratante— y el sector privado —socio privado— con el fin de realizar

6. Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre las Alianzas Público - Privadas de setiembre de 2020.

7. Guía legislativa de la CNUDMI sobre las Alianzas Público - Privadas de julio de 2019.

8. Cabe mencionar que, las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre las Alianzas Público - Privadas de setiembre de 2020, actualizan, amplían y sustituyen dos textos anteriores elaborados por la CNUDMI que son la Guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada —julio de 2000— y las Disposiciones Legales Modelo sobre proyectos de infraestructura con financiación privada —julio 2003—.

9. Resolución 74/183 probada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2019.

un proyecto o servicio que tradicionalmente es prestado por el sector público¹⁰, pero que será suministrado por el sector privado bajo una asignación de riesgos determinada.¹¹ De acuerdo al artículo 29 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362:

"Las APP constituyen una de las modalidades de participación de la inversión privada en la que se distribuyen de manera adecuada los riesgos del proyecto y se destinan recursos, preferentemente del sector privado, para la implementación de proyectos en los que se garanticen Niveles de Servicios óptimos para los usuarios. Esta modalidad se implementa mediante Contratos de largo plazo, en los que la titularidad de las inversiones desarrolladas puede mantenerse, revertirse o ser transferidas al Estado, según la naturaleza y alcances del proyecto y a lo dispuesto en el respectivo Contrato."¹²

Tal como comentamos anteriormente, la brecha de infraestructura es un desafío permanente en el Perú. La ejecución de las APP resulta indispensable para poder enfrentar dicho desafío. Así, la pregunta que surge inmediatamente es: ¿cómo ejecutar una APP con éxito?

Las Disposiciones Legales Modelo responde esta interrogante indicando lo siguiente:

"(..), para implementar con éxito las APP, suelen ser necesarias varias medidas que van más allá de la creación de un marco legislativo apropiado, como dotarse de estructuras y prácticas administrativas adecuadas, desarrollar capacidad organizativa, albergar conocimientos técnicos, contar con recursos humanos y financieros apropiados y mante-

ner la estabilidad económica". —El subrayado es nuestro—

Esta respuesta resulta interesante. No basta con crear un marco legislativo apropiado a las APP que reconozca, respete e incentive la inversión privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos; sino que también es muy importante contar con la estructura y la práctica administrativa adecuada. Ello quiere decir que, no basta con tener una normativa en blanco y negro, sino que esta normativa debe ser aplicada de manera correcta y teniendo en cuenta el objetivo de la misma.

Las instituciones que apliquen el marco normativo de las APP deben dotarse de conocimientos técnicos y financieros, recursos humanos capacitados, que sean suficientes para entender la lógica de este tipo de proyectos. Esto es indispensable para el desarrollo de las APP, pues si bien el marco legislativo juega un rol fundamental en el desarrollo de los proyectos, las normas finalmente son aplicadas por personas o instituciones que deben tener la capacidad y el criterio suficiente para mantener la estabilidad económica y, por el contrario, no entorpecerla.

En el derecho todo evoluciona. Si bien para determinadas acciones o aprobaciones puede ser necesario partir de un marco legislativo —sobre todo cuando hay recursos públicos de por medio y funcionarios públicos que se rigen por el principio de legalidad—, no se puede dejar de lado el contexto en el que estas normas son aplicadas. Las APP se nutren de prácticas de la industria, que no necesariamente están tipificadas en un marco normativo, sino que nacen de la práctica habitual de este tipo de proyectos.

10. Comisión Europea del Banco Mundial, *Guidelines for successful Public - Private Partnerships*, Regional Policy. (2003), p. 16.

11. Definición encontrada en: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/definicion>

12. Decreto Supremo N° 240-2018-EF que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos.

Como bien reconoce la Resolución 84/183 que aprueba las Disposiciones Legales Modelo, se requieren "procedimientos eficientes y transparentes" y que se "eliminen las restricciones indeseables a la participación del sector privado en el desarrollo y funcionamiento de la infraestructura y los servicios públicos". Es importante interiorizar estos dos preceptos, pues para que las APP logren un desarrollo eficiente y positivo en la ejecución de proyectos de infraestructura, es indispensable que la actuación de sus participantes no sea excesivamente rígida, burocrática y que pierda de vista lo que sucede en la práctica.

Un país en desarrollo como el Perú necesita de un marco normativo que incentive la inversión privada, que asegure la transparencia del uso de recursos públicos, pero, además, que sea aplicada por personas que conozcan la industria y el contexto en el que se desarrolla el proyecto en cuestión. Esta posición se resalta en las Disposiciones Legales Modelo.

III. PRINCIPIOS GENERALES DE LAS APP

En la Disposición Modelo 1 referida a los principios rectores de las APP se proponen dos opciones. La Opción I reconoce como principios: la transparencia, la equidad, la estabilidad y la previsibilidad, promover la buena gestión, la integridad, la competencia y la económica; y garantizar la sostenibilidad a largo plazo. Por su parte, la Opción II resalta la importancia de los procedimientos necesarios para la aprobación, adjudicación y ejecución de proyectos de APP; y, recoge como principios: la transparencia, la equidad, la estabilidad, la buena gestión, la integridad, la finalización, la económica y sostenibilidad a largo plazo.

Ambas opciones cuentan con aspectos positivos, pero teniendo en cuenta cómo se ha de-

sarrollado el marco normativo peruano y los principios que reconoce¹³, la Opción I podría ser la más adecuada para el Perú.

En la Disposición Modelo 2 se incluyen las definiciones. Así, en la definición de "alianza público - privada" se señala lo siguiente:

"Se entenderá por "alianza público - privada" (APP) un acuerdo entre la autoridad contratante y una entidad privada para la ejecución de un proyecto, a cambio de pagos que serán efectuados por la autoridad contratante o los usuarios de la infraestructura, incluidos tanto los proyectos que entrañan una transferencia del riesgo de demanda al socio privado ("alianzas público-Privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión") como los tipos de APP que no entrañan esa transferencia del riesgo ("alianzas público-privadas que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión")."

De esta definición se desprende que, las APP pueden financiarse con los propios flujos del proyecto, lo que bajo el marco normativo peruano se conoce como proyectos autofinanciados, o pueden financiarse a través de pagos que serán efectuados por la autoridad contratante, lo que bajo el marco normativo peruano se conoce como proyectos cofinanciados.¹⁴

La definición que se propone es completa, pero también es amplia. Debemos recordar que en el Perú existen diversos tipos de contratos con el Estado. En ese sentido, una definición amplia podría confundir a los administrados, ya que podría incluir a aquellos contratos que se celebren bajo la Ley de Contrataciones del Estado. Por ello, la propuesta para el marco normativo peruano debería incluir una definición que permita diferenciar dichos contratos de las APP.

13. Principalmente, el Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

14. Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, artículo 22.

Otra definición que resalta de la Disposición Modelo 2 es la de "proyecto de infraestructura", pues se reconoce como *"la concepción, la construcción, el desarrollo y la explotación de nuevas obras de infraestructura o la rehabilitación, modernización, expansión o explotación de obras de infraestructura ya existentes"*. Esta definición incluye la mayoría de las actividades que usualmente se ejecutan en un proyecto de infraestructura. Por lo tanto, sin perjuicio de que cada contrato definirá el alcance del trabajo que realizará el inversionista privado, la definición propuesta es completa.

En línea con lo anterior, una tercera definición que salta a la luz de la Disposición Modelo 2 es la de "socio privado", que es *"la entidad privada contratada por la autoridad contratante para llevar a cabo un proyecto en el marco de un contrato de participación público - privada"*. Esta definición llama especial atención, pues reconoce al inversionista privado como una persona asociada a la autoridad contratante para un fin, que es la ejecución de un proyecto de infraestructura bajo la modalidad de APP.

El inversionista privado que celebra un contrato de APP es un socio privado, no es solo un contratista. Es importante resaltarlo, pues en este tipo de contratos, como su propio nombre lo indica, se ejecutan "asociaciones" entre una autoridad contratante y un socio privado. No se trata de relaciones con el Estado donde la entidad pública ocupa un lugar soberano o autoritario frente al administrado. Sin duda, la autoridad contratante tendrá ciertas facultades frente al socio privado, pero ello no significa que deba aplicar su soberanía frente a este.

Por último, resalta otra definición de la Disposición Modelo 2 que es la de "propuesta no solicitada", que involucra *"toda propuesta relativa a la ejecución de un proyecto de infraestructura que no se presente a raíz de una solicitud o de una convocatoria realizada por la autoridad contratante en el contexto de un proceso de selección"*. Así pues, esta propuesta no solicitada sería el equivalente a una iniciativa privada bajo el marco normativo peruano. Las disposiciones particulares para este tipo de propuestas se en-

cuentran en un capítulo independiente que va desde la Disposición Modelo 25 hasta la Disposición Modelo 28.

Una particularidad de las propuestas no solicitadas es lo que indica la nota al pie 24. Esta nota establece que algunos Estados podrían asignar la revisión de dichas propuestas a un órgano distinto de la autoridad contratante, para así determinar, por ejemplo, si éstas revisten interés público. Ello quiere decir que una propuesta no solicitada debería perseguir un interés público para ser aprobada, el cual puede materializarse en posibles beneficios del proyecto para el público o su relación con la política pública. Conforme establece la nota al pie 25, el Estado puede regular los criterios específicos sobre los cuales se apruebe las propuestas no solicitadas.

Las Disposiciones Legales Modelo reconocen la necesidad de establecer mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas. Esto es importante en el Perú, pues en este país contamos con diferentes entidades públicas encargadas de permisos, licencias, aprobaciones, opiniones, etcétera. Por lo tanto, contar con un sistema de coordinación interestatal es fundamental para un desarrollo eficiente de un proyecto de APP. La importancia de esta coordinación interestatal se resalta en la Disposición Modelo 7, que exhorta a los Estados a aplicar mecanismos institucionales de coordinación de las autoridades públicas que tienen a su cargo aprobación, licencias, permisos o autorizaciones que sean necesarias durante la ejecución del proyecto.

Además, la nota al pie 4 señala que los países pueden prever *"formas específicas de respaldo público a los proyectos de participación público-privada"*. Así, no basta que la autoridad contratante realice una declaración de mejores esfuerzos o de colaboración con el socio privado, sino que sería ideal que se establezca en los contratos de APP qué tipo de respaldo puede prestar la autoridad contratante. De lo contrario, este respaldo sería un compromiso genérico complicado de delimitar en la práctica. Esta disposición debería reforzarse en la práctica de las APP en el Perú. Si bien es cierto, sería complicado —y costoso—

regular todas las situaciones que podrían presentarse durante la ejecución de una APP que requieran de respaldo público; lo cierto es que, se debería "aterrizar" a la práctica el compromiso de colaboración del Estado con el socio privado. Con ello, se podrá contar con mayor predictibilidad respecto a la interpretación del deber de colaboración que prestará la autoridad contratante al socio privado.

IV. PLANIFICACIÓN Y PREPARACIÓN DE PROYECTOS

La Disposición Modelo 5 establece los criterios para que las autoridades contratantes prevean la ejecución de proyectos de APP. Es interesante la propuesta de que estos criterios estén incluidos en el mismo marco normativo que regula la ejecución de los contratos de APP. En el Perú, este marco normativo no necesariamente es el mismo.

Por un lado, contamos con la normativa de Invierte.pe que regula las fases del ciclo de inversión, incluyendo los criterios y los estudios necesarios para que las entidades públicas formulen y evalúen los proyectos que pueden ejecutarse vía APP.¹⁵ Por otro lado, contamos con el Decreto Legislativo 1362 y su Reglamento, que es el marco que regula la adjudicación, celebración y ejecución de los proyectos de APP.

Teniendo en cuenta ello, resulta interesante cómo es que las Disposiciones Legales Modelo proponen recoger en una misma norma los criterios principales para que las entidades públicas estructuren proyectos de APP; y, los criterios que guían la ejecución del contrato de APP propiamente dicho. Contar con ambas regulaciones en un mismo marco normativo permite un entendimiento integral de cómo es el sistema de APP en un determinado país. Ello, no impide que existan otras normas que

reglamenten cada una de las actuaciones de las dependencias públicas; pero, la propuesta de contar con un marco normativo integral puede generar efectos positivos para la inversión privada en el Perú.

Por otro lado, llama la atención el segundo párrafo de la Disposición Modelo 6 que establece que cada Estado indicará que un determinado órgano será el encargado de: examinar las propuestas de proyectos de APP y los estudios de viabilidad presentados por la autoridad competente; elaborar directrices relativas a APP; asesorar a las autoridades contratantes sobre la metodología para la realización de estudios de viabilidad y otros estudios; preparar los documentos estándar de licitación y contratación para uso de las autoridades contratantes; prestar asesoramiento en relación con la ejecución de los proyectos de APP; entre otros. De esta manera, las Disposiciones Legales Modelo proponen centralizar dichas actividades en un solo órgano competente distinto a la autoridad contratante del proyecto.

En el Perú, las actividades antes mencionadas no son realizadas por un solo órgano; sino que, se reparten entre diferentes entidades dependiendo del tipo de proyecto. Dependiendo de si es un proyecto nacional o local, autofinanciado o cofinanciado, si involucra diferentes sectores o no, entre otras características, determinadas funciones las asume, por ejemplo, la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada de cada entidad, el Ministerio de Economía y Finanzas, la Contraloría General de la República, PROINVERSIÓN, entre otros.

Por ejemplo, las directrices relativas a APP son emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas. Esta entidad ha emitido los Lineamientos para la asignación de riesgos en los contratos de Asociación Público-Privada¹⁶, los Lineamien-

15. Decreto Legislativo 1 252, Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 284-2018-EF.

16. Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15 que aprueba los Lineamientos para la asignación de riesgos en los contratos de Asociación Público-Privada.

tos para el diseño de contratos de Asociación Público-Privada¹⁷; y, los recientes Lineamientos para la respuesta del Estado frente a los potenciales impactos generados por la pandemia del COVID-19 en proyectos de Asociación Público-Privada.¹⁸

Al respecto, considerando el principio de autonomía política, económica y administrativa de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales¹⁹, en el Perú sería complicado que un solo órgano se encargue de todas las funciones listadas en las Disposiciones Legales Modelo. No obstante, lo que podría ser una propuesta interesante es centralizar aquellas funciones transversales en un solo organismo. Dichas actividades pueden ser, por ejemplo, la elaboración de las directrices relativas a APP; el asesoramiento en relación a proyectos de APP; el asesoramiento a las autoridades contratantes sobre la metodología para la realización de estudios de viabilidad; etcétera. Dicho organismo debería contar con los conocimientos técnicos, económicos, legales y de la industria, que sean suficientes para cumplir sus respectivas funciones.

V. ADJUDICACIÓN DE PROYECTOS

Las Disposiciones Legales Modelo desarrollan una serie de recomendaciones para regular los procedimientos de selección del licitante que ejecutará el proyecto de APP. Nuestra intención no es ahondar en estos procedimientos, pero resaltaremos aquellos criterios y pilares que rigen la adjudicación de proyectos.

En primer lugar, resalta lo indicado en la nota al pie 7 que señala que si bien existen elementos de los métodos de contratación tradicionales que se pueden utilizar de manera provechosa, se recomienda hacer ajustes de acuerdo a las

necesidades especiales de los proyectos de APP. Esta recomendación es valiosa para el Perú.

Si bien, en el contexto nacional existen diversos contratos que se celebran con entidades públicas, dependiendo del tipo de proyecto, la modalidad de contratación puede presentar diferencias importantes. Recordemos que, los proyectos de APP se diferencian de otros tipos de contratación estatal en, por ejemplo, la asignación de riesgos, la duración del contrato, el financiamiento del proyecto, el retorno de la inversión, etcétera. Por ello, dichas características pueden generar ajustes en los métodos de contratación.

En segundo lugar, las Disposiciones Legales Modelo resaltan la capacidad de negociación que se requiere para la ejecución de proyectos de APP; e, incluso, proponen un segundo tipo de procedimiento —el primer tipo es un proceso de licitación de dos etapas— que reconoce expresamente una etapa de diálogo —Disposición Modelo 18—. Es interesante el énfasis en la necesidad de contar con un margen de negociación entre la autoridad contratante y los licitantes; y, posteriormente, entre la autoridad contratante y el socio privado.

Así pues, la Disposición Modelo 14 señala que como parte del contenido de la solicitud de propuestas que debe emitir la autoridad contratante se encuentran: "*c) las cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante, incluida una indicación de las que se consideren no negociables*".

De lo anterior se advierte que, el modelo de contrato de APP incluirá cláusulas que no sean negociables y, a contrario, cláusulas que sí lo sean. Es decir, no se trata de un contrato modelo que sea no negociable y sobre el cual el

17. Resolución Directoral N° 001-2019-EF/68.0 que aprueba los Lineamientos para el diseño de contratos de Asociación Público-Privada.

18. Resolución Directoral N° 003-2020-EF/68.01 que aprueba Lineamientos para la respuesta del Estado frente a los potenciales impactos generados por la pandemia del COVID-19 en proyectos de Asociación Público-Privada.

19. Constitución Política del Perú, artículos 191 y 194.

postor ganador deba adherirse, sino que se trata de un modelo de contrato que cuenta con cláusulas que pueden negociarse.

Si bien en el Perú, luego de la selección del postor ganador hay un espacio de definición de las cláusulas contractuales, lo cierto es que no hay un reconocimiento de un margen de negociación como tal. El postor ganador no cuenta con una disposición legal expresa para poder negociar determinadas cláusulas contractuales. De hecho, en la práctica, muchas veces el postor ganador no cuenta con un margen para definir las cláusulas contractuales con la autoridad contratante, sino que termina adhiriéndose al contrato que la entidad pública proponga.

Por su parte, la Disposición Modelo 22 señala en el numeral 1.a) lo siguiente:

"La autoridad contratante clasificará todas las propuestas que haya declarado conformes sobre la base de los criterios de evaluación e invitará al licitante que haya obtenido mejor puntuación a una negociación final del contrato de participación público - privada. La negociación final no se referirá a aquellas cláusulas contractuales que, en su caso, hayan sido declaradas no negociables en la solicitud de propuestas definitiva;". —El subrayado es nuestro—

Dicha disposición incluso regula qué es lo que sucedería si tras la negociación final entre la autoridad contratante y el postor ganador, no se llegará a obtener la celebración del contrato. Así, establece lo siguiente:

"b) Si a la autoridad contratante le resulta evidente que las negociaciones con el licitante convocado no culminarán en la celebración de un contrato, informará al licitante que ha decidido dar por terminadas las negociaciones y le dará un plazo razonable para que presente su mejor oferta final;

c) Si la autoridad contratante no considera aceptable la oferta, la rechazará e invitará a negociar a los demás licitantes, por orden de clasificación, hasta concluir un contrato de participación público - privada o rechazar todas las propuestas restantes;" —El subrayado es nuestro—

El margen de negociación cumple un rol importante en el desarrollo de una APP, puesto que finalmente la autoridad contratante celebrará un pacto contractual a largo plazo con su socio privado, quien va a asumir el riesgo de diseñar, financiar, ejecutar y operar el proyecto. Si ambas partes pueden negociar y definir las cláusulas contractuales se podría, por ejemplo, reducir el riesgo de errores técnicos y/o financieros en el contrato y, consecuentemente, reducir el número de modificaciones contractuales que intenten subsanar dichos errores.

Además, contar con un margen de negociación demostraría que la participación de la autoridad contratante es, como su propio nombre lo indica, como contratante y no como soberano. A pesar de ser una entidad pública que representa al Estado quien suscribe el contrato de APP, esta entidad no puede perder de vista que dicha actuación no se da en ejecución de su *ius imperium*, sino que se da como contraparte contractual de un inversionista privado.

En tercer lugar, las Disposiciones Legales Modelo resaltan la importancia de una competencia real en la preselección y selección de los licitantes. Incluso, la Disposición Modelo 9 en el numeral 4.c) establece que, si la autoridad contratante decide limitar el número máximo de licitantes, dicho número deberá asegurar que exista una competencia real.

Estas disposiciones van en el línea con lo que establece el marco normativo peruano, pues éste también incorpora como uno de los principios rectores de la ejecución de una APP al principio de competencia.²⁰

20. Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, artículo 4.1.1.

En cuarto lugar, resaltan los criterios de preselección indicados en la Disposición Modelo 10. Particularmente, el literal g) que establece lo siguiente:

"No haber sido condenados, así como tampoco sus directores o gestores, por algún delito relacionado con su conducta profesional o la formulación de declaraciones falsas acerca de sus calificaciones para celebrar un contrato público en... años [el Estado promulgante especificará el número de años] que antecedan al comienzo del proceso de adjudicación del contrato, ni haber sido tampoco objeto de inhabilitación o suspensión profesional a raíz de algún proceso administrativo".

Esta disposición plasma la restricción de participar como postor para ejecutar proyectos de APP en caso de haber sido condenado. En los últimos años, esta restricción ha sido objeto de constantes comentarios y críticas, como consecuencia de los últimos acontecimientos relacionados a casos de corrupción. Incluir una restricción de este tipo en el marco normativo que rige a las APP ha sido prioritario para la continuidad de los proyectos de APP. La recomendación que proponen las Disposiciones Legales Modelo nos parece adecuada, pues evita que la restricción sea excesivamente amplia y genérica; y, por el contrario, acota los efectos a determinadas personas y delitos.

En quinto lugar, la Disposición Modelo 23 reconoce que existen determinadas circunstancias en las que la autoridad contratante está facultada para negociar un contrato de APP de manera directa sin recurrir a un procedimiento.

Al respecto, considerando que los proyectos de APP en el Perú suelen ser de gran envergadura, contar con una contratación directa sin competencia real podría ser complicado. Esto, por ejemplo, se diferencia de otros tipos de contratación pública, donde puede haber proyectos en los que sí sea viable aplicar la contratación directa.

En todo caso, si hubiese la necesidad de realizar

una adjudicación directa, por ejemplo, por la necesidad urgente de garantizar la continuidad del servicio, podría gatillarse la opción que se propone en la nota al pie 19 de las Disposiciones Legales Modelo. Es decir, podría supeditarse la adjudicación directa del contrato de APP a la aprobación de una autoridad superior con objeto de que la autoridad contratante solo recurra a esta posibilidad en casos excepcionales.

En sexto lugar, la Disposición Modelo 29 establece que las propuestas presentadas por los licitantes serán tratadas de manera confidencial por parte de la autoridad contratante. Incluso, señala que:

"Toda conversación, comunicación y negociación entre la autoridad contratante y un licitante (...), será confidencial. Salvo que lo requiera la ley o una orden judicial, ninguna de las partes en las negociaciones revelará a un tercero el precio o cualquier dato técnico o de otra índole que guarde relación con las conversaciones, comunicaciones y negociaciones llevadas a cabo (...)".

A primera vista, dicha disposición puede sonar extraña. Normalmente, en procedimientos con entidades públicas se suele evitar utilizar el término "confidencial" y, por el contrario, se usa frecuentemente el término "transparencia". Sin embargo, la disposición anterior no es contraria a la transparencia que se requiere en las contrataciones públicas, pues lo que propone es que mientras dure el procedimiento de selección, se mantenga la confidencialidad respecto al contenido de las propuestas presentadas por los licitantes. Dicha confidencialidad puede resultar importante por razones comerciales y/o técnicas.

De todos modos, tal como establece la Disposición Modelo 31, la autoridad contratante contará con un expediente que incluye la información relativa al proceso de selección y adjudicación del proyecto. En el Perú, este expediente sería el equivalente al Libro Blanco del proyecto que tiene en su poder la autoridad contratante. Incluso, en el Perú, en caso algún administrado quisiera acceder a algún documento en parti-

cular del proceso de selección, puede solicitarlo a través del acceso a la información pública.

VI. CONTENIDO Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE APP

Las Disposiciones Legales Modelo reconocen dos tipos principales de contratos de APP. Por un lado, aquel proyecto cuya remuneración del socio privado consiste en ingresos de explotación, como el cobro de tarifas y derechos por concepto de utilización de la infraestructura o de prestación de servicios. Y, por otro lado, aquel cuya remuneración del socio privado consiste en pagos efectuados por la autoridad contratante —Disposición Modelo 33, literales f) y g)—.

Dentro del marco normativo peruano, también se puede identificar dos tipos de proyectos de APP. Por un lado, un proyecto autofinanciado cuando cuenta con la capacidad propia de generación de ingresos, que no requieren cofinanciamiento y cumplen con determinadas condiciones legales. Por otro lado, un proyecto cofinanciado cuando requiere cofinanciamiento, u otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tienen probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento.²¹ Dependiendo del tipo de proyecto, cada contrato incluye la regulación específica que corresponda.

Ahora bien, las Disposiciones Legales Modelo también reconocen la figura del "Organismo Regulador". Así, la Disposición Modelo 33 literal j) establece lo siguiente respecto a la función del organismo regulador:

"el derecho de la autoridad contratante o de otra autoridad pública a supervisar las obras que deba realizar y los servicios que deba prestar el socio privado y las condiciones y el margen de que dispondrá la autoridad contratante o un organismo regulador para or-

denar que se introduzcan variaciones en las obras y las condiciones de servicio o adoptar otras medidas razonables que considere apropiadas para que la infraestructura se explote debidamente y los servicios se presten de conformidad con los requisitos legales y contractuales aplicables;".

Como se advierte, no solo se reconoce la figura del organismo regulador, sino que incluso se le dota de un margen para ordenar variaciones en las obras y las condiciones de servicio. Esta recomendación supera las facultades que en el marco normativo peruano se le reconocen a los organismos reguladores.

Por ejemplo, OSITRAN, OSINERGMIN o INVERMET, no cuentan con facultades para ordenar modificaciones contractuales de un proyecto de APP. Jurídicamente solo las partes de un contrato pueden solicitar que se modifiquen las obras a ejecutar o el alcance contractual. Salvo que, en el propio contrato las partes decidan reconocer dicha facultad al organismo regulador —lo cual no suele ocurrir—, éste no está facultado para modificar el contrato. Por ello, sorprende la recomendación de las Disposiciones Legales Modelo respecto a que un organismo regular pueda *"ordenar que se introduzcan variaciones en las obras y las condiciones de servicio."*

Por otro lado, la Disposición Modelo 37 regula la adquisición de derechos relativos a terrenos. El párrafo 2 indica expresamente que el encargado de realizar la adquisición forzosa de terrenos es la entidad pública, no el inversionista privado.

Esta idea suele reconocerse durante la ejecución de una APP en el Perú, pero contar con una disposición legal expresa sería positivo. Sobre todo, si consideramos que, en la práctica peruana, durante el desarrollo de los proyectos de APP suelen presentarse retrasos o dificultades por la demora o falta de adquisición de te-

21. Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, artículo 22.

renos por parte de la entidad pública. Así, con una disposición legal como la propuesta, quedaría claro que el responsable de tales retrasos o dificultades en la ejecución de la APP sería la entidad pública y no el inversionista privado. No solo se trataría de una obligación contractual, sino también de una obligación legal de la entidad pública, lo que puede generar efectos positivos en el mercado peruano.

Por otro lado, las Disposiciones Legales Modelo regulan las garantías reales —directamente vinculadas al financiamiento del proyecto—, la posibilidad de realizar la cesión del contrato de APP, el traspaso de control de la sociedad del socio privado, la modificación del contrato de APP, etcétera. No ahondaremos en estas disposiciones, pero sugerimos revisarlas.

Ahora bien, la Disposición Modelo 44 regula una indemnización por cambios legislativos a favor del socio privado, siempre que dichos cambios generen que el costo que le exija el cumplimiento del contrato haya aumentado sustancialmente o el beneficio que debe obtener el inversionista por dicho cumplimiento haya disminuido sustancialmente.

En el Perú, esta indemnización suele recogerse dentro del denominado "*restablecimiento del equilibrio económico financiero*". Típicamente, los contratos de APP contienen una sección que regula los mecanismos para restablecer al socio privado en caso se hayan presentado cambios normativos que impacten en los costos o ingresos que éste tenía previsto asumir o recibir, respectivamente. Esta sección ha cobrado especial relevancia a partir de la ocurrencia de la pandemia mundial COVID-19 e incluso ha sido parte del objeto de análisis del Ministerio de Economía y Finanzas para emitir los recientes "Lineamientos para la respuesta del Estado frente a los potenciales impactos generados por la pandemia del COVID-19 en proyectos de Asociación Público-Privada."²²

Finalmente, pero no menos importante, resalta la perspectiva financiera que recogen estas Disposiciones Legales Modelo. Así, por ejemplo, la nota al pie 34 indica expresamente que las tarifas pueden ser la principal fuente de ingresos, o incluso la única, que permite al socio privado amortizar las inversiones realizadas en el proyecto cuando la autoridad pública no aporte subvenciones o pagos específicos.

Esta recomendación es importante. Aun cuando parezca evidente que, en este tipo de proyectos, las tarifas cumplen un rol principal, contar con una disposición legal expresa que reconozca el vínculo directo entre el pago de tarifas y la recuperación de la inversión del socio privado es fundamental.

Si tenemos en cuenta los últimos acontecimientos en el Perú; en específico, si consideramos que durante el 2020 el Congreso de la República ordenó suspender el pago de las tarifas del peaje por un determinado periodo de tiempo, la recomendación de las Disposiciones Legales Modelo cobra un rol importante. Si bien cierto, posteriormente el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional tal medida, lo cierto es que con una disposición legal expresa que reconozca la importancia del pago de la tarifa en un contrato de APP, habría mayor seguridad de que las entidades públicas no atenten contra la lógica económica financiera del contrato.

VII. DURACIÓN, PRÓRROGA Y RESCISIÓN DEL CONTRATO DE APP

En las últimas secciones, las Disposiciones Legales Modelo describen los elementos principales del contrato de APP. Para culminar el presente artículo, comentaremos puntalmente algunos de dichos elementos.

En primer lugar, se regulan las causales y las consecuencias de la rescisión del contrato de APP. Por ejemplo, en caso la autoridad contra-

22. Resolución Directoral N° 003-2020-EF/68.01 que aprueba Lineamientos para la respuesta del Estado frente a los potenciales impactos generados por la pandemia del COVID-19 en proyectos de Asociación Público-Privada.

tante rescinda el contrato por razones de interés público, la Disposición Modelo 50 reconoce que se reconocerá una indemnización al socio privado cuyas condiciones se deberán establecer en el contrato.

En segundo lugar, respecto a la rescisión del contrato APP, la Disposición Modelo 52 incorpora la posibilidad de terminar el contrato por mutuo acuerdo de las partes. Esta opción es útil, pues finalmente el contrato es una regulación con efectos *inter-partes* y son ellas quienes deberían contar con la opción de rescindir el contrato, en caso hayan llegado a un mutuo acuerdo. No necesariamente deben ocurrir incumplimientos contractuales o razones de interés público para rescindir un contrato, sino que también podría suceder que las circunstancias, que escapen del control de las partes, hagan el negocio inviable. Si ello es así, permitir que las partes acuerden terminar la relación contractual es lo más lógico.

Por último, resalta la Disposición Modelo 53 que establece que el socio privado tiene derecho a una indemnización tras la rescisión y expresamente establece que dentro de tal indemnización se incluirán *"los gastos realizados o las pérdidas sufridas por cualquiera de las partes, incluido, en su caso, el lucro cesante."* Esta recomendación ayuda a que haya más predictibilidad respecto a que se puede o no reconocer dentro de la indemnización.

VIII. CONCLUSIONES

Las Disposiciones Legales Modelo generarán, sin duda, efectos en nuestra legislación. Sin embargo, más allá de los cambios o novedades que se vayan a emitir en nuestra normativa nacional, debemos resaltar una de las recomendaciones que nos da la CNUDMI para ejecutar un proyecto de APP con éxito: contar con instituciones capaces, fuertes y eficientes.

Ello quiere decir que, además de contar con un marco normativo sólido que reconozca la importancia de la inversión privada, es indispensable contar con recursos que apliquen dichas normas, considerando la industria en la que se desarrolla el proyecto. Las instituciones deben contar con los conocimientos técnicos, económicos y jurídicos suficientes para poder aplicar las normas sin perder de vista los efectos de la misma y el contexto en el que se aplican.

Las Disposiciones Legales Modelo ratifican la importancia de la transparencia en la estructuración, adjudicación y ejecución de proyectos de APP. Además, reconocen la importancia de contar con un margen de negociación entre la autoridad contratante y el socio privado. En el Perú, debemos interiorizar esta idea. Quizás, esta sea una de las recomendaciones más valiosas de las Disposiciones Legales Modelo.

Por último, las Disposiciones Legales Modelo recomiendan incluir en el marco normativo una disposición que brinde mayor predictibilidad respecto a la indemnización que se puede gatillar a favor del socio privado, bajo determinadas circunstancias. Esta disposición puede resultar útil, sobre todo si consideramos los últimos cambios normativos que se han emitido en el Perú a raíz de la ocurrencia de la pandemia del COVID-19, que pueden gatillar una situación que amerite ser indemnizada a favor del socio privado.

En el derecho todo evoluciona. Por ello es necesario que la normativa peruana se alinee a los estándares y las prácticas internacionales. Con ello, no solo se generan efectos positivos para los inversionistas nacionales, sino que también permite incentivar las inversiones extranjeras. Esperemos que los cambios que se generen a raíz de las Disposiciones Legales Modelo sean positivos para la infraestructura y los servicios públicos que se prestan en el Perú.

El impulso de los programas de cumplimiento normativo: entre la promoción y la imposición

MICHAEL LUYO CASTAÑEDA^(*)

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Maestría en Derecho Administrativo Económico en la
Universidad del Pacífico.
Diplomado en Libre Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez, Chile.
Docente en la Escuela Nacional de Defensa de la Competencia y
de la Protección del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y
de la Protección de la Propiedad Intelectual.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La promoción de los programas de cumplimiento normativo.
 1. La naturaleza voluntaria de los programas de cumplimiento normativo.
 2. La promoción de los programas de cumplimiento normativo en el derecho comparado.
 - 2.1. La apatía de la Unión Europea respecto de los programas de cumplimiento normativo.
 - 2.2. La relevancia de los programas de cumplimiento normativo para el Departamento de Justicia de los Estados Unidos.
 - 2.3. La visión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile sobre la importancia de los programas de cumplimiento normativo.
 3. La promoción de los programas de cumplimiento normativo como un atenuante en la graduación de sanciones.
- III. La imposición de los programas de cumplimiento normativo.
 1. Las medidas correctivas ordenadas por entidades de la Administración Pública.
 2. El camino para la correcta imposición de los programas de cumplimiento normativo como medidas correctivas.
- IV. Comentarios finales.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 26 de mayo de 2021 y fue aceptado con fecha 18 de julio de 2021.



(*) Dedicado a mis amados padres Alejandro y Lucy, con mucho cariño y admiración a ambos.

RESUMEN:

En el presente artículo, el autor explora las formas en que la Administración Pública ha venido impulsando la implementación de programas de cumplimiento normativo en materia de libre competencia y protección al consumidor. Así, toma como referencia el carácter inicialmente voluntario de estos programas, para luego analizar el tratamiento normativo y jurisprudencial en la Unión Europea, Estados Unidos, Perú y Chile. Finalmente, adopta una postura crítica frente a la imposición de aquellos programas como medidas correctivas, formulando una serie de recomendaciones para una mejor actuación de la Administración Pública.

Palabras clave: Compliance, cumplimiento normativo, Administración Pública, impulso, imposición, INDECOPI.

ABSTRACT:

In this article, the author explores the ways in which the Public Administration has been promoting the implementation of regulatory compliance programs in the area of free competition and consumer protection. Thus, he takes as a reference the initially voluntary nature of these programs, and then analyzes the regulatory and jurisprudential treatment in the European Union, the United States, Peru and Chile. Finally, he adopts a critical stance against the imposition of these programs as corrective measures, formulating a series of recommendations for a better performance of the Public Administration.

Keywords: Compliance, regulatory compliance, Public Administration, promotion, imposition, INDECOPI.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, en nuestro país se ha impulsado el cumplimiento de las normas por parte de los agentes económicos mediante la implementación de programas de cumplimiento normativo al interior de las empresas. En particular, en las materias de libre y leal competencia, así como en protección al consumidor, se destaca la importancia de tales programas, así como los incentivos que tienen los mencionados agentes para su implementación.

Siendo ello así, resulta necesario explorar las formas cómo las entidades de la Administración Pública están impulsando la implementación de los programas de cumplimiento normativo. En particular, se han observado dos tipos de métodos: el primero, a través del método “zanahoria” —en términos más técnicos, se informa a las empresas de las ventajas y beneficios que tendrían tras la implementación de estos programas, a efectos que las mismas opten por su implementación de manera voluntaria—; y, segundo, mediante el método “garrote”, por el

cual se impone la implementación a través de mandatos de medidas correctivas.

Al respecto, procuraremos comprender ambos métodos que tienen las entidades de la Administración Pública para impulsar la implementación de los programas de cumplimiento normativo, conociendo su progreso en nuestro sistema jurídico, prestando especial atención a la normativa en materia de libre competencia, protección al consumidor, así como leal competencia y publicidad.

II. LA PROMOCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO

1. La naturaleza voluntaria de los programas de cumplimiento normativo.

Los programas de cumplimiento normativo pueden ser genéricamente definidos como aquellos cuerpos normativos en los que se recogen sistemas empresariales internos de gestión de riesgos dirigidos a la minimización de las infracciones normativas en el seno de la empresa.¹

1. Ivó Coca Vila, “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Dir. Jesús-Maria Silva Sánchez, Coord. Raquel Montaner Fernández, (Barcelona: Atelier, 2013), 43-76.

En particular, tales programas son un mecanismo de autorregulación, los cuales consisten en directrices autonómicas que buscan asegurar que las empresas planifiquen el cumplimiento de los deberes y obligaciones que el ordenamiento jurídico establece, a fin de que cumplan efectivamente con las mismas y monitoreen el resultado de tal cumplimiento, retroalimentando información en aras de la consolidación de procesos de mejora continua y sostenible.²

De este modo, los programas de cumplimiento normativo son un mecanismo de autorregulación de la persona jurídica que implica la adopción sistemática, organizada y sostenible de medidas y procesos internos con la finalidad de que la empresa cumpla con el marco jurídico vigente y, de este modo, prevenir y mitigar razonablemente la comisión ilícitos penales o administrativos.³

El esquema autorregulatorio de tales programas evidencia su naturaleza esencialmente voluntaria. Ello, considerando que la autorregulación en sentido estricto hace referencia a aquellos supuestos en los que es el propio agente económico el que se dota de un sistema de regulación interno, absolutamente al margen de los poderes públicos; esto es, sin que exista intervención pública alguna dirigida a fomentar, imponer o completar —directa o indirectamente— la autorregulación interna.⁴

De esta manera, los programas de cumplimiento normativo son sumamente beneficiosos para las empresas, pues tienen amplias ventajas para ellas, tales como la prevención de incumplimientos a deberes y obligaciones que el ordenamiento jurídico establece y los costos que estos generan, la mejora reputacional y, de ser el caso, la reducción de las multas.

2. La promoción de los programas de cumplimiento normativo en el derecho comparado.

A nivel comparado la promoción de los programas de cumplimiento resulta variado. Si bien se resalta su importancia, no significa que por su implementación se debe dar un trato especial a las empresas que a pesar de su implementación, han incumplido las normas.⁵

2.1. La apatía de la Unión Europea respecto a los programas de cumplimiento normativo.

La guía “La importancia de cumplir” —“*Compliance Matters*”— tiene como finalidad ayudar a las empresas de la Unión Europea para que eviten problemas y permitan garantizar el cumplimiento de las normas de competencia. En dicho documento se destaca que la mera existencia de los programas de cumplimiento normativo no implica la existencia de una circunstancia atenuante o una justificación de la reducción de la sanción impuesta al agente infractor a la normativa.⁶

-
2. Javier Pazos Hayashida y Andrea Vega Talledo, “Autorregulación y programas de cumplimiento empresarial en materia de publicidad comercial y protección al consumidor”, *Derecho PUCP* 85 (2020): 175-202.
 3. Giuliana Zúñiga Díaz y Luis Enrique Vilca Ravelo, “La Implementación de un Programa de Cumplimiento Efectivo como Eximente o Atenuante de Responsabilidad por Infracciones Administrativas”, *Derecho & Sociedad* 54 (2020): 397-412.
 4. Carlos Alza Barco, “Autorregulación. Apuntes Conceptuales”, *Derecho & Sociedad* 36 (2011): 74-78.
 5. Para efectos del presente artículo, daremos principal énfasis a aquellas experiencias relacionadas al derecho de la competencia, dado que existe un mayor desarrollo en dicha materia.
 6. Dirección General para la Competencia de la Comisión Europea, *La importancia de cumplir. Qué pueden hacer las compañías para respetar mejor las normas de competencia de la UE* (Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2012), 19.

(Continúa en siguiente página)

De hecho, a nivel empírico, se destacó que no se tiene una idea clara de la frecuencia con la que los programas de cumplimiento normativo previenen las infracciones en materia de libre competencia en la Unión Europea.⁷

En ese sentido, si bien existen quienes respaldan la necesidad de brindar una recompensa a las empresas por la implementación de los programas de cumplimiento,⁸ lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo considera que tales programas no deben ser tomados en cuenta al momento de determinar la sanción a aplicar a los agentes económicos infractores.⁹

De esta manera, resulta claro que a nivel de la Unión Europea se considera a los programas de cumplimiento normativo como mecanismos de autorregulación, los cuales si bien deben ser

promovidos, no son suficientes para reducir las sanciones administrativas por el incumplimiento normativo.

2.2. La relevancia de los programas de cumplimiento normativo para el Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

En la guía denominada *Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations* de la División Antitrust del Departamento de Justicia de los Estados Unidos se reconoce la importancia de los programas de cumplimiento normativo para prevenir y detectar las infracciones en materia de libre competencia.¹⁰

En dicha guía se destaca que cuando se toma la decisión de acusar a una empresa, los fiscales de la División Antitrust del Departamento de Justicia

En dicho documento se señala expresamente lo siguiente:

“Al fijar el nivel de las multas, se tiene debidamente en cuenta la situación específica de una compañía. Pero la mera existencia de un programa de cumplimiento no se considerará circunstancia atenuante. Tampoco la implantación de un programa de cumplimiento se considerará argumento válido para justificar una reducción de la multa tras la investigación de una infracción. Debe, no obstante, ser fomentada por las autoridades de competencia como medio preventivo para evitar que se produzca o pueda repetirse el comportamiento ilegal” —el subrayado es nuestro—.

7. Wouter P. J. Wils, “Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement”, *Journal of Antitrust Enforcement* 1(1), (2013): 52-81. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2176309>
8. Damien Geradin, “Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement: A Reply to Wouter Wils”, *Journal of Antitrust Enforcement* 1(2), (2013). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2241452>
9. Sentencia del Tribunal General —Sala Octava— de 13 de julio de 2011. Schindler Holding Ltd y otros contra Comisión Europea. “282. Por lo que respecta al fundamento del enfoque de la Comisión, ya se ha declarado que la adopción de un programa de adecuación por parte de la empresa interesada no obliga a la Comisión a conceder una reducción en atención a dicha circunstancia (sentencia BASF y UCB/Comisión, citada en el apartado 143 supra, apartado 52). Además, aunque es sin duda importante que una empresa tome medidas para impedir que los miembros de su personal cometan en el futuro nuevas infracciones del Derecho de la competencia de la Unión, la adopción de tales medidas en nada cambia la realidad de la infracción probada. La Comisión no está, pues, obligada a calificar ese elemento como una circunstancia atenuante, (...)” —el subrayado es nuestro—.
10. Departamento de Justicia — División de Libre Competencia de los Estados Unidos, *Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigation* (Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, 2019), 1, acceso el 18 de julio de 2021, <https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download>. En dicho documento se destaca lo siguiente: “Antitrust compliance programs promote vigorous competition in a free market economy by creating a culture of good corporate citizenship within a company that seeks to prevent antitrust violations. Although an antitrust compliance program may not prevent every violation, an effective compliance program should be able to detect and address potential antitrust violations. (...) Indeed, a truly effective antitrust compliance program gives a company the best chance to obtain the significant benefits available under the Division’s Corporate Leniency program.”

(Continúa en siguiente página)

deben evaluar si corresponde recomendar una reducción de la sanción basada en la existencia de un programa de cumplimiento efectivo.

De hecho, la guía desarrolla los aspectos contenidos en las *Sentencing Guidelines* —reglas del Poder Judicial de determinación de la pena— para que un programa de cumplimiento efectivo puede ser considerado relevante al momento de recomendar una reducción de la sanción.¹¹

2.3. La visión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile sobre la importancia de los programas de cumplimiento normativo.

Ahora bien, cabe mencionar que, a nivel de derecho comparado, no solo se ha reconocido a los programas de cumplimiento como una circunstancia atenuante, sino como un eximente de responsabilidad.

En efecto, en la Sentencia N° 167/2019 del 28 de febrero de 2019, el Tribunal de Defensa de

la Libre Competencia —TDLC, de Chile señaló que un programa de cumplimiento normativo cuya elaboración y ejecución reúne ciertas características mínimas, las cuales permiten calificar la ocurrencia de conductas ilícitas como hechos imposibles de haber sido prevenidas por el agente económico o evitar con la debida diligencia y, por consiguiente, constitutivos de una causal eximente de responsabilidad.¹²

La promoción de los programas de cumplimiento por parte del TDLC ha llegado a tal nivel que acepta la opción de considerarlo como un eximente de responsabilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Suprema de Chile ha discrepado de lo afirmado por el TDLC respecto del rol que cumplen los programas de cumplimiento en materia de libre competencia, en el sentido que estos no constituyen eximentes de responsabilidad, pues para ser considerados como eximentes los mismos deben encontrarse expresamente regulados en la ley, cuestión que no ocurre con los programas de cumplimiento.¹³

Traducción libre del Editor:

“Los programas de cumplimiento de normas de libre competencia promueven la competencia vigorosa en una economía de libre mercado al crear una cultura de buena ciudadanía corporativa dentro de una compañía que busca prevenir violaciones de la normativa de libre competencia. A pesar de que un programa de cumplimiento de normas de libre competencia podría no prevenir todas las violaciones, un programa efectivo debería poder ser capaz de detectar y abordar posibles violaciones de la normativa de libre competencia. (...) En efecto, un programa de cumplimiento de normas de libre competencia verdaderamente eficaz otorga a la compañía la mejor oportunidad de obtener los sustantivos beneficios disponibles al amparo del programa de lenidad corporativa de la División.”

11. Belén Tomic, “La valoración de los programas de compliance en el derecho comparado”, *Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez*, 23 de junio de 2020, <https://centrocompetencia.com/la-valoracion-de-los-programas-de-compliance-en-el-derecho-comparado/>.
12. Sentencia n° 167/2019 del 28 de febrero de 2019.
“Que en el derecho de la libre competencia, el diseño y aplicación de programas de cumplimiento y ética, con las características que se indicarán, puede ser prueba manifiesta de aquel cuidado que permite al agente económico eximirse de responsabilidad por conductas anticompetitivas de sus trabajadores. En efecto, un programa cuya elaboración y ejecución reúne ciertos atributos mínimos permite calificar la ocurrencia de conductas ilícitas como hechos imposibles de haber podido prevenir o evitar con la debida diligencia y, por consiguiente, constitutivos de una causal eximente de responsabilidad; (...)” —el subrayado es nuestro—.
13. Belén Tomic, “Compliance en Latinoamérica: de dulce y agraz”, *Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez*, 19 de agosto de 2020, <https://centrocompetencia.com/compliance-en-latinoamerica-de-dulce-y-agraz/>.

3. La promoción de los programas de cumplimiento normativo como un atenuante en la graduación de sanciones.

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual —INDECOPI, a través de sus órganos funcionales, tiene la competencia para sancionar las siguientes conductas:

- a) Infracciones administrativas en materia de protección al consumidor, conforme a lo establecido en la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Al respecto, existen dos tipos de procedimientos: (i) el procedimiento sumarísimo bajo la competencia del Órgano de Procedimientos Sumarísimos en primera instancia y la Comisión de Protección al Consumidor en segunda instancia; y, (ii) el procedimiento ordinario bajo la competencia de la Comisión de Protección al Consumidor en primera instancia y la Sala Especializada en Protección al Consumidor en segunda instancia.¹⁴
- b) Infracciones administrativas en materia de leal competencia y publicidad, contenidas

en el Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal. Al respecto, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal es la autoridad competente en primera instancia y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia es la autoridad competente en segunda instancia.¹⁵

- c) Infracciones administrativas en materia de libre competencia, contenidas en el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Al respecto, la Comisión de la Libre Competencia es la autoridad competente en primera instancia y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia es la autoridad competente en segunda instancia.¹⁶

Las autoridades competentes están promoviendo la implementación de los programas de cumplimiento normativo a través de la reducción de sanciones administrativas. En particular, se observa una clara tendencia a considerar la implementación de tales programas como posibles atenuantes cuando se realiza la graduación de las sanciones. Ello ha sido reconocido en diversas maneras, conforme se aprecia a continuación:

14. Ley 29571, Código De Protección y Defensa del Consumidor:
"Artículo 105.- Autoridad competente.

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el presente Código, así como para imponer las sanciones y medidas correctivas establecidas en el presente capítulo, conforme al Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi. Dicha competencia solo puede ser negada cuando ella haya sido asignada o se asigne a favor de otro organismo por norma expresa con rango de ley. (...)"

15. Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal:
"Artículo 6.- Cláusula general.

6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten. (...)"

"Artículo 24.- Las autoridades.

24.1.- En primera instancia administrativa la autoridad es la Comisión, entendiendo por ésta a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y a las Comisiones de las Oficinas Regionales del INDECOPI en las que se desconcentren las funciones de aquélla, según la competencia territorial que sea determinada.

Las Comisiones de las Oficinas Regionales serán competentes únicamente respecto de actos que se originen y tengan efectos, reales o potenciales, exclusivamente dentro de su respectiva circunscripción de competencia territorial.

24.2.- En segunda instancia administrativa la autoridad es el Tribunal, entendiendo por éste al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI. (...)"

16. Decreto Supremo N° 030-2019-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas:

(Continúa en siguiente página)

Cuadro 1

Materia	Reconocimiento	Supuesto	Efecto
Protección al Consumidor	El artículo 112 de Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor ¹⁷	Programa efectivo para el cumplimiento de la normativa en materia de protección al consumidor.	Circunstancia atenuante para la graduación de la sanción.
Publicidad Comercial	El artículo 12 del Reglamento que Promueve y Regula la Implementación Voluntaria de Programas de Cumplimiento Normativo en Materia de Protección al Consumidor y Publicidad Comercial, aprobado por Decreto Supremo N° 185-2019-PCM ¹⁸	Programa efectivo para el cumplimiento de la normativa de publicidad comercial.	Circunstancia atenuante para la graduación de la sanción.
Libre Competencia	Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia, aprobado por Resolución N° 006-2020/CLC-INDECOPI ¹⁹	Programa efectivo para el cumplimiento de la normativa de libre competencia.	Circunstancia atenuante para la graduación de la sanción.

Fuente: Elaboración propia

“Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.”

“Artículo 13.- Las autoridades de competencia

13.1. En primera instancia administrativa la autoridad de competencia es la Comisión, entendiéndose por ésta a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI.

13.2. En segunda instancia administrativa la autoridad de competencia es el Tribunal, entendiéndose por éste al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.”

17. Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor:

“Artículo 112.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas.

Se consideran circunstancias atenuantes especiales, las siguientes:

(...)

4. Cuando el proveedor acredite que cuenta con un programa efectivo para el cumplimiento de la regulación contenida en el presente Código, para lo cual se toma en cuenta lo siguiente:

a. El involucramiento y respaldo de parte de los principales directivos de la empresa a dicho programa.

b. Que el programa cuenta con una política y procedimientos destinados al cumplimiento de las estipulaciones contenidas en el Código.

c. Que existen mecanismos internos para el entrenamiento y educación de su personal en el cumplimiento del Código.

d. Que el programa cuenta con mecanismos para su monitoreo, auditoría y para el reporte de eventuales incumplimientos.

(Continúa en siguiente página)

Lo anterior evidencia que se ha reconocido la importancia de la implementación de los programas de cumplimiento normativo, promoviéndolos a través de la reducción de sanciones administrativas.

En relación con lo anterior, no resulta claro aún el nivel de relevancia que tendrían tales programas para reducir efectivamente las posibles conductas infractoras como para incentivar su implementación. De hecho, a nivel comparado no existe consenso sobre la necesidad de promover tales programas a través de la reducción de sanciones, conforme se explicó previamente.

Frente a ello, al haber elegido este esquema de promoción para la implementación de programas de cumplimiento, resulta necesario que se tengan claras las reglas y los incentivos que permitan atraer realmente a los agentes económicos, los cuales conocen que tales programas, como la propia humanidad, son falibles.

De hecho, en materia de libre competencia,

una empresa que cumpla satisfactoriamente con los criterios establecidos en la Guía de Programas de Cumplimiento, la autoridad competente podrá otorgarle una reducción del 5% al 10% de la multa, lo cual resulta un incentivo importante que podría ampliarse, como ocurre en otros países que también lo promueven.²⁰

De hecho, tal experiencia evidencia que en materias de protección al consumidor y publicidad no resultan claras las reglas y el nivel de beneficios económicos, lo cual podría generar una situación de incertidumbre para que los agentes económicos implementen voluntariamente los programas de cumplimiento normativo en tales materias.

III. LA IMPOSICIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO

1. Las medidas correctivas ordenadas por las entidades de la Administración Pública.

La potestad sancionadora de las entidades de la Administración Pública se encuentra estre-

-
- e. Que cuenta con mecanismos para disciplinar internamente los eventuales incumplimientos al Código.
 - f. Que los eventuales incumplimientos son aislados y no obedecen a una conducta reiterada."

18. Decreto Supremo N° 185-2019-PCM, Reglamento que Promueve y Regula la Implementación Voluntaria de Programas de Cumplimiento Normativo en Materia de Protección al Consumidor y Publicidad Comercial:

"Artículo 12. De la extensión de los programas de cumplimiento a la normativa de publicidad comercial
Los proveedores pueden implementar programas de cumplimiento respecto de la normativa de publicidad comercial establecida en el Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, los cuales consideran lo señalado en el presente reglamento, en lo que resulte aplicable. La existencia de programas de cumplimiento podrá constituir una circunstancia atenuante para la graduación de la sanción derivada de las eventuales infracciones al Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal."
19. Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia:

"7.3. Graduación en el cálculo de la multa
A nivel comparado, se advierte la posibilidad de que la autoridad de competencia considere el hecho de que la empresa infractora haya desarrollado un Programa de Cumplimiento efectivo en su organización de manera previa a la ocurrencia de una infracción, como un factor para la graduación de la multa aplicable.
 (...)
 De manera similar, el hecho de que la empresa haya contado con un Programa de Cumplimiento efectivo cuando se cometió la infracción será valorado como un factor de graduación de la multa a imponer.
 (...)
 Bajo estas premisas, cuando el Programa de Cumplimiento de una empresa cumpla satisfactoriamente con los tres criterios antes establecidos, la Comisión podrá otorgarle una reducción del 5% al 10% de la multa que le hubiese resultado aplicable. Dicho porcentaje variará en función a la oportunidad en la que la empresa reportó la infracción a la autoridad y a la efectividad de las acciones adoptadas en el marco de su Programa de Cumplimiento."
20. Por ejemplo, en Chile, el TDLC aplicó respecto de una empresa infractora una rebaja prudencial a la multa base ascendente a un 15%, en la Sentencia N° 167/2019 del 28 de febrero de 2019.

chamente ligada con los principios de legalidad y tipicidad recogidos en el artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Las entidades deben guiar su actuación considerando tales principios.²¹

De manera complementaria, en los procedimientos sancionadores se evalúa si los agentes económicos han infringido deberes jurídicos preexistentes, para lo cual las entidades de la Administración Pública requieren realizar una acusación en contra de tales agentes para que puedan ejercer su derecho de defensa.²²

Lo anterior resulta relevante, pues se ha recogido expresamente en la Ley del Procedimiento Administrativo General que los administrados cuentan con el derecho de ser notificados de los

hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer.²³

De esta manera, resulta claro que los investigados deben defenderse de una imputación específica en su contra. En el supuesto que se determine la responsabilidad administrativa de tales sujetos, se debe sancionar únicamente la conducta investigada, así como adoptar las medidas correctivas en relación con tal conducta.

En este punto, cabe mencionar que las medidas correctivas se caracterizan por ser actos de gravamen y autónomos que están sujetos al principio de legalidad, dictadas por las entidades de la Administración Pública ante la comisión de algún ilícito, para, independientemente

-
21. Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General:
“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.
(...)
4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. (...)”
22. Al respecto, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 03987-2010-PHC/TC, el Tribunal Constitucional ha destacado lo siguiente:
“La trascendencia constitucional del derecho a ser informado de la imputación reside en que su configuración y existencia posibilita el ejercicio real y efectivo del derecho de defensa, entendido como el derecho a contradecir los cargos, ofrecer pruebas de descargo y de alegar lo que se crea conveniente en defensa de sus intereses. Si no existe imputación o si existiendo no se le informa a la persona acerca del cargo (hecho, calificación jurídica y evidencia) que pesa en su contra, simplemente el ejercicio de derecho de defensa será estéril y su valor ridículo desde la perspectiva legal y constitucional, pues no se sabrá nunca a ciencia cierta acerca del contenido, núcleo o límites de lo que la persona deberá conocer para luego refutar” —el subrayado es nuestro—.
23. Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General:
“Artículo 254.- Caracteres del procedimiento sancionador
254.1 Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:
(...)
3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.”

de la sanción que corresponda, reestablecer al estado anterior las cosas o reparar la legalidad afectada mediante la cancelación o reversión de los efectos externos producidos.²⁴

Finalmente, cabe recordar que las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas en una norma con rango de ley, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto, de acuerdo con los artículos 246 y 251 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.²⁵

2. El camino para la correcta imposición de los programas de cumplimiento normativo como medidas correctivas.

Desde hace algunos años se ha impuesto la implementación de programas de cumplimiento normativo como una medida correctiva frente a la infracción de normas. Si bien en materia de libre competencia se ha visto dicha tendencia, las materias de protección al consumidor y leal competencia podrían verse también influenciadas por ella. Por lo que resulta necesario conocer el camino que se ha transitado para andar bien.

En materia de libre competencia, a partir del 2016, la Comisión ha dictado numerosas medidas correctivas consistentes en la implementación de programas de cumplimiento para las empresas involucradas en cárteles, conforme se observa a continuación:

Cuadro 2

Conducta infractora	Resolución
Fijación concertada de precios de productos farmacéuticos y afines.	078-2016/CLC-INDECOPI del 12 de octubre de 2016 ²⁶
Fijación concertada de precios y otras condiciones comerciales del papel higiénico y del papel tissue.	010-2017/CLC-INDECOPI del 22 de marzo de 2017 ²⁷
Fijación concertada del precio de venta del GLP vehicular.	099-2017/CLC-INDECOPI del 7 de diciembre de 2017 ²⁸
Fijación concertada de precio del balón de gas.	100-2017/CLC-INDECOPI del 18 de diciembre de 2017 ²⁹
Fijación concertada del precio de venta del GLP vehicular.	101-2017/CLC-INDECOPI del 18 de diciembre de 2017 ³⁰
Fijación concertada del precio de venta del diésel y gasoholes.	049-2018/CLC-INDECOPI del 3 de setiembre de 2018 ³¹

Fuente: Indecopi

24. Juan Carlos Morón Urbina, "Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración", *Revista de Derecho Administrativo* 9 (2010): 157.

25. Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General:

(Continúa en siguiente página)

La posibilidad de ordenar medidas correctivas para la implementación de programas de cumplimiento no se encontraba recogida originalmente en el Decreto Legislativo 1034. Por tal motivo, resulta posible intuir que su imposición no cumplía con lo dispuesto en los artículos 246 y 251 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, los cuales establecen que una medida correctiva requiere encontrarse en una norma con rango de ley para su imposición al infractor. Sin embargo, el 7 de setiembre de 2018 se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" el Decreto Legislativo 1396, por el cual se modificó la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, introduciendo en la normativa de libre competencia la facultad de la Comisión de imponer como medida correctiva el desarrollo de

programas de capacitación y de eliminación de riesgos de incumplimiento de la normativa sobre libre competencia.

En este punto, es importante mencionar que la sola posibilidad de ordenar la implementación de programas de cumplimiento no resulta suficiente para que se pueda ordenar tal medida, pues como se ha mencionado resulta necesario que el mandato de medida correctiva sea razonable y ajustado a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del bien jurídico tutelado que se pretende garantizar.

Siendo ello así, la autoridad, de ser el caso, requiere motivar el mandato de medida correctiva, observando el principio de razonabilidad,³¹ a fin de que la implementación de programas

"Artículo 246.- Medidas cautelares y correctivas

Las entidades solo podrán dictar medidas cautelares y correctivas siempre que estén habilitadas por Ley o Decreto Legislativo y mediante decisión debidamente motivada y observando el Principio de Proporcionalidad."

"Artículo 251.- Determinación de la responsabilidad

251.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, las que son determinadas en el proceso judicial correspondiente. Las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto.

(...) —el subrayado es nuestro—.

26. Acto administrativo confirmado por Resolución N° 0738-2017/SDC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2017.
27. Acto administrativo confirmado por Resolución N° 0190-2018/SDC-INDECOPI del 4 de setiembre de 2018.
28. Acto administrativo confirmado por Resolución N° 0225-2019/SDC-INDECOPI del 10 de diciembre de 2019.
29. Acto administrativo confirmado por Resolución N° 0157-2019/SDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2019.
30. Acto administrativo confirmado por Resolución N° 0171-2019/SDC-INDECOPI del 12 de setiembre de 2019.
31. Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General:
Título Preliminar
"Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo
1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
(...)
1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.
(...)"

de cumplimiento responda a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Especialmente, la medida correctiva debe ser proporcional a la infracción que ha sido objeto de la acusación al agente económico, pues es tal acusación la cual ha sido objeto de defensa. Siendo ello así, ordenar la implementación de un programa de cumplimiento deberá considerar necesariamente las características del caso concreto y, en particular, la posibilidad de repetición de la conducta investigada y sancionada en el futuro si es que no se toma esta medida correctiva de naturaleza preventiva.³²

IV. COMENTARIOS FINALES

De acuerdo con lo antes expuesto, actualmente existen dos métodos para impulsar los programas de cumplimiento normativo: (i) la promoción, que se caracteriza por ser principalmente voluntario, que implica que se busquen incentivos atractivos a los agentes económicos para la implementación de tales programas como la reducción de multas; y, (ii) la imposición, que se destaca por ser obligatorio y forzoso para los agentes económicos que han infringido las normas.

Por una parte, para la promoción de los programas de cumplimiento normativo resulta necesaria la existencia de reglas claras y beneficios económicos definidos para incentivar a los agentes económicos para que voluntariamente opten por implementar tales programas. Ello, conociendo que su implementación no garantiza la imposibilidad de cometer una infracción.

Así, es prioritario que en materia de protección al consumidor y publicidad se conozca a

nivel público las reglas aplicables para acogerse a un atenuante, así como el valor de los porcentajes que podrían reducirse de una eventual multa. Y, en materia de libre competencia, se podría evaluar la posibilidad de ampliar el valor de porcentaje de reducción de la multa. Ello, en tanto la promoción requiere la existencia de incentivos atractivos para los agentes económicos.

De otra parte, para la imposición de los programas de cumplimiento normativo a través de medidas correctivas, resulta necesaria una habilitación legal, así como la motivación necesaria que justifique que resulta ser la medida idónea para evitar que la conducta infractora ocurra en el futuro. En particular, dada su naturaleza de mandato, implica que sea razonable y ajustada a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del bien jurídico tutelado.

De este modo, resulta claro que debido a que en materia de protección al consumidor y publicidad no existe una habilitación legal para su imposición como mandato de medida correctiva, sería necesaria una reforma normativa como aquella ocurrida en materia de libre competencia.

Finalmente, entre la promoción y la imposición de los programas de cumplimiento normativo, aquel que resulta más fiel a la naturaleza de tales programas ciertamente es a través de su fomento voluntario. Por ello, las entidades de la Administración Pública deberán redoblar esfuerzos para conseguirlo y no recurrir a métodos impositivos, los cuales se ordenan cuando se ha fracasado en promover el cumplimiento voluntario de las normas.

32. Por ejemplo, existen supuestos en que los agentes económicos son amenazados por sus competidores para participar en un cartel. En tales casos, podría considerarse que no resulta necesaria la implementación de los programas de cumplimiento normativo.

Intereses convencionales, precio del dinero, tasas máximas y anatocismo: sobre el anteproyecto de reforma del Código Civil*

EDUARDO DANIEL JIMÉNEZ JIMÉNEZ

Abogado y sociólogo por la Universidad de San Martín de Porres.
Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Federico Villarreal.
Ex Presidente de la Comisión Consultiva de Derecho Civil del Colegio de Abogados de Lima.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Los intereses.
 1. Definición de interés.
 2. Los intereses como frutos civiles.
 3. Interés y Política Monetaria.
- III. Los intereses en el ordenamiento civil.
 1. Los intereses convencionales.
 - 1.1 Los intereses compensatorios.
 - 1.2 Los intereses moratorios.
 2. Los intereses legales.
- IV. Las tasas máximas de interés.
- V. La capitalización de los intereses.
 1. Grados de anatocismo.
- VI. La sistemática de los intereses en el Código Civil peruano.
- VII. La propuesta del Anteproyecto.
 1. La propuesta del Anteproyecto en cuanto a los intereses convencionales.
 2. La propuesta del anatocismo absoluto en el Anteproyecto.
- VIII. En conclusión.



(*) Con algunas modificaciones, el presente artículo es parte de mi tesis doctoral aprobada en sustentación pública en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

RESUMEN:

El autor realiza un análisis crítico desde la economía y el derecho en torno al Anteproyecto de Reforma del Código Civil en lo concerniente al capítulo sobre pago de intereses, proponiendo algunas sugerencias sobre el tema. Asimismo, plantea que es necesario estudiar la naturaleza de los intereses enlazando lo jurídico con lo económico, en un enfoque multidisciplinario.

Palabras clave: Intereses compensatorios, intereses moratorios, tasas máximas de interés, precio del dinero, capitalización de intereses, Derecho y Economía.

ABSTRACT:

The author carries out a critical analysis from an economy and a legal perspective regarding the Draft Reform of the Civil Code, specifically on the chapter on interest payment, proposing some suggestions on the subject. Likewise, he suggests that it is necessary to study the nature of the interests linking the legal with the economic, in a multidisciplinary approach.

Keywords: Compensatory interest, default interest, maximum interest rates, price of money, capitalization of interest, Law and Economics.

I. INTRODUCCIÓN

De las distintas ramas del derecho civil, quizás el derecho de obligaciones sea el más cercano al mundo de la Economía.

Normas abstractas y genéricas, bastante escasas, casi son sentencias lacónicas, lo que ha posibilitado su “adecuación” a los diferentes cambios que a lo largo de la historia han sufrido los sistemas económicos. No digo que las normas sean las mismas que se aplicaban en la antigua Roma, pero mientras, por ejemplo, exista un “doy para que des” o un “doy para que hagas” los sustratos esenciales del derecho obligacional se han mantenido incólumes.

Y el pago de intereses no estuvo exento. Siempre fue preocupación de legisladores y estados. Desde su prohibición absoluta hasta la permisión total y libre del acuerdo de pago.

Generalmente los códigos civiles clásicos han tenido una visión liberal, donde las partes tenían libertad plena de pactar en un plano idílico de igualdad el pago de intereses. Visión decimonónica que obedecía a una supuesta equiparidad de “hombres libres”. Luego, esa visión se vio tamizada por criterios controlistas de parte del estado. Un ejemplo claro son las tasas máximas

de intereses. Un “techo” al precio del dinero. Las partes, en ciertos casos, no tienen esa libertad absoluta, sino que encima de ellas tienen ciertas normas imperativas que deben cumplir. Y, en el medio de ambas visiones —la liberal y la controlista—, una serie de matices y combinaciones.

Un proyecto de reforma del capítulo sobre pago de intereses usualmente o busca un control del estado en algún sentido —fue el caso del control atenuado en lo referente al pago de intereses en el Código Civil de 1984— o deja al arbitrio de las partes el pago de los intereses y su capitalización —libertad absoluta—. Paradójicamente ambas posiciones se encuentran contenidas en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano creado por Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS.¹

Pero, ¿qué son los intereses y por qué es importante regularlos?

II. LOS INTERESES

El capítulo sobre pago de intereses tiene dos fines importantísimos: regular los intereses convencionales y legales y, el otro, si se permite o no la capitalización de los intereses impagos, lo que se conoce como anatocismo. En el medio hay otros temas que pueden ser regulados

1. Para el Anteproyecto como su Exposición de Motivos se ha consultado la versión oficial publicitada en la página web del Ministerio de Justicia y DDHH: www.minjus.gob.pe

como los intereses en obligaciones no pecuniarias, intereses en títulos valores, intimación para el pago de intereses, etc. Pero los esenciales son la regulación y finalidad de los intereses convencionales y legales, y si se aplica o no su capitalización. Digamos que son los dos ejes básicos.

1. Definición de interés.

En el campo jurídico, al definir qué son los intereses, generalmente las definiciones más precisas han preferido ceder el paso a los conceptos económicos, en algunos más elaborados, en otros más llanos al hábitat natural donde se desenvuelven. Así, Busso lo define como *“la compensación dada al acreedor por la privación del uso de algo a que él tiene derecho”*.²

La definición netamente utilitarista se refiere básicamente a los intereses compensatorios, producto de una convención entre acreedor y deudor.

Ruggiero, en cambio, trata de elaborar una definición más *jurídica*, al definirlos como:

“Aquellas cantidades de cosas fungibles que el deudor debe al acreedor como compensación al disfrute de una mayor cantidad de aquéllas debidas también al acreedor; surgen o pueden surgir con respecto a una deuda cualquiera como obligación accesoria, cuyo contenido se fija con arreglo a un porcentaje sobre el capital”.³

En esta definición entra en juego el carácter accesorio de los intereses, accesorio de una obligación principal que es el capital.

Asimismo, abstrae el término interés del campo monetario a fin de determinarlo como cosas fungibles que originan una deuda.

Una definición más monetaria la ofrece Llambías, quien precisa que los intereses *“son los aumentos que las deudas pecuniarias devengan en forma paulatina durante un tiempo dado, sea como precio por el uso de un dinero ajeno o como indemnización por un retardo en el cumplimiento”*.⁴

Llambías hace alusión a los intereses convencionales, sean compensatorios o moratorios. El mérito de su definición es que *aterriza* en la parte medular de su naturaleza: su carácter monetario.

Como vemos, todas las definiciones doctrinales relacionan intereses como prestación accesorio de un capital. Para los fines prácticos tomaremos una definición económica bastante sencilla y generalmente aceptada, definir el concepto de interés como el precio que tiene el dinero, definición bastante operativa y que va directo al tema.⁵ Tengamos presente que en una economía de mercado todo tiene un precio, incluyendo el precio del dinero que usualmente denominamos como intereses.⁶

Consiguientemente para cuantificarlos entran en juego cuatro factores: capital —dinero—, plazo —horizonte temporal—, tipo de interés

2. Felipe Osterling, y Mario Castillo, *Tratado de las Obligaciones* (Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2003), Vol. XVI, T. V, 267

3. *Ibid*, 268

4. Carlos Villegas y Mario Schujman, *Intereses y tasas* (Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1990), 83

5. Se puede consultar los siguientes glosarios de términos económicos: Glosario Términos Económicos BCRP <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Glosario/Glosario-BCRP.pdf> Diccionario de Economía y Finanzas de Carlos Sabino <http://paginas.ufm.edu/Sabino/ingles/book/diccionario.pdf> Diccionario de Economía <http://www.eumed.net/diccionario/dee/dee.pdf>

6. Puede tener distintos nombres: “resarcimiento del capital”, “deudas pecuniarias”, “cosas fungibles”, “frutos civiles”, “provechos económicos”, “rendimiento de obligación de un capital”, etcétera.

y tasa aplicable, y el riesgo: si éste es mayor, la tasa a aplicar también lo será en igual proporción.

2. Los intereses como frutos civiles.

Dentro de este abanico de definiciones es de resaltar aquella que lo conceptúa como fruto civil, lo cual nos remite a los derechos reales, específicamente al artículo 891 del Código Civil, que indica como tales a *“los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica.”*

Justamente Colin y Capitant afirman que son frutos civiles *“las cantidades de dinero que no proceden directamente de la cosa misma, sino que resultan de su productividad porque son debidas por tercero en representación del disfrute de la cosa que le ha concedido el propietario”*⁷.

Lo interesante de esta definición es que los frutos civiles los cuantifican como cantidades de dinero que no nacen de la cosa en sí —el capital— sino de su uso o productividad; y, por otra parte, condicionan una relación jurídica de acreedor-deudor.

Valencia Zea le da una concepción economicista combinada con términos jurídicos al definir los frutos civiles como *“los provechos económicos que resultan de las relaciones jurídicas, en virtud de las cuales se permite a otro el uso o goce de una cosa o una suma de dinero”*⁸.

El maestro Jorge Eugenio Castañeda definía a los frutos civiles como *“los rendimientos obtenidos por el uso de la cosa fructífera por otro que no es el dueño. Así los intereses, las rentas,*

*los alquileres, las mercedes conductivas. Dichos frutos son “Non natura, sed jure praecipiantur” —no por la naturaleza, sino por el derecho se reciben—*⁹.

Para concluir, los frutos civiles se denominan pendientes mientras se deben, y percibidos los que se reciben. Asimismo, los frutos civiles se perciben cuando se recaudan, perteneciendo al titular del derecho del bien.¹⁰

3. Intereses y Política Monetaria.

Cuando estudiamos los intereses, es preferible estudiarlos también desde el ámbito de la política monetaria, sobre todo desde que comienza a funcionar el primer banco central en Inglaterra.

Con la creación del primer Banco Central en Inglaterra, nace la política monetaria moderna y uno de sus instrumentos más sensibles fue la tasa de interés. A lo largo del siglo XIX el Banco de Inglaterra utilizó el tipo de redescuento bancario —llamado ahora interés referencial—, aumentándolo o reduciéndolo, a fin de influir sobre la banca y la vida económica en general. Si la tasa de redescuento era alta, los capitales acudían inmediatamente; si era baja, se retiraban de la misma manera.¹¹

Antes de entrar en detalles, demos una breve definición de Política Monetaria. Una definición generalmente aceptada es aquella que la conceptúa como el *“manejo o dirección de las magnitudes monetarias con el fin de alcanzar los objetivos de la política económica generalmente aceptados”*¹².

7. Alberto Vásquez Ríos, *Derechos Reales* (Lima: Editorial San Marcos, 2005), 133

8. *Ibíd.*

9. *Ibíd.*, 134.

10. *Ibíd.*, 134-135.

11. Jhon K Galbraith, *La sociedad opulenta* (México: Edición Origen/Planeta, 1986), 253

12. Enciclopedia Práctica de Economía, Número 24, 162

Tenemos entonces una finalidad última, que es coadyuvar a la política económica del Estado. Por otra parte, tenemos objetivos intermedios, que son el control de la cantidad de dinero circulante —masa monetaria— o de su precio —tasa de interés—¹³, es decir, las magnitudes monetarias. Algunos instrumentos de la política monetaria son: el encaje bancario, la tasa de redescuento, las operaciones de mercado abierto —operaciones directas del banco central en el mercado, comprando o vendiendo divisas—, etcétera.

Si el Estado cree conveniente que haya poca liquidez en el sistema financiero, el banco central, conforme a la política monetaria que tenga, subirá el encaje bancario o aumentará las tasas de referencia —o utilizará los dos instrumentos al mismo tiempo—; o en el mercado de divisas, si el tipo de cambio de la moneda de mayor aceptación entre los agentes económicos desciende demasiado de valor, el banco central saldrá al mercado a comprarla, a fin que exista poco circulante y se eleve el tipo de cambio de esta moneda en las llamadas operaciones de mercado abierto.

Como vemos, el precio del dinero viene a ser un objetivo intermedio de la política monetaria, cuyo instrumento será la tasa de interés a aplicar; y el Banco Central de Reserva el organismo idóneo para el manejo.

III. LOS INTERESES EN EL ORDENAMIENTO CIVIL

Desde el punto de vista monetario el término “interés” ha tenido distintas definiciones. Desde

la compensación dada al acreedor por la privación del uso de un bien —Winscheid—, pasando por una retribución periódica al deudor —Nussbaum— o la ya clásica de “frutos civiles del capital” —Rezzónico—.¹⁴

Pero la que nos ha parecido siempre más ajustada a la realidad económica es la de Ennecerus: el rendimiento de una obligación de capital.¹⁵ O lo que es igual: el precio del dinero.

Usualmente se encuentran clasificados en dos grandes grupos, atendiendo a su fuente u origen: los intereses convencionales y los intereses legales.¹⁶

Los convencionales a su vez se subdividen en compensatorios y moratorios.¹⁷

1. Los intereses convencionales.

Llamados así porque son fruto de la convención o acuerdo entre las partes. Fue la función inicial de los intereses. Los préstamos que se otorgaban significaban una compensación o lucro para quien desembolsaba el dinero y el acuerdo de una tasa de interés en retribución.¹⁸

Generalmente los intereses convencionales se subdividen en compensatorios y moratorios.¹⁹

1.1 Los intereses compensatorios.

Como hemos visto, los intereses siempre han sido considerados como un rédito o beneficio,

13. Enciclopedia Práctica de Economía, Número 19, 69

14. Villegas y Schujman, *Intereses y tasas*, 81-83

15. *Ibid*, 81

16. Existen otras clasificaciones, pero estas son las más usuales.

17. Los nombres que recibirán en distintas legislaciones van a variar.

18. Lo que siempre ha sido controversial es la fijación de la tasa. Hubo épocas en la historia en que los estados fijaban una tasa máxima, en otras, la injerencia estatal fue más flexible.

19. Existen variadas clasificaciones, por ejemplo, la que realiza el maestro Aníbal Torres en su obra *Teoría General de las Obligaciones*. Vol I, 574-577.

de allí que el interés compensatorio haya recibido distintos nombres como “interés retributivo”, “interés lucrativo”²⁰ o “interés mercantil” como lo llamaba Adam Smith en su libro “La riqueza de las naciones”.²¹

Mucho se ha especulado si estos intereses deben llamarse compensatorios o retributivos. Lo cierto es que más allá del nombre, lo importante es la función que siempre han cumplido desde la antigüedad. Si traspolamos el “acto mágico”²² que en la antigüedad se especulaba de cómo el dinero se multiplicaba, la respuesta está en este tipo de intereses y la función vital que cumplen en la economía.

Pero, el principal problema siempre ha estado en regularlo. Como hemos visto se ha oscilado entre posiciones totalmente controlistas de los intereses, lindando con el prohibicionismo en algunos periodos históricos o fijando topes a las tasas, hasta el extremo opuesto, la libertad total en el pacto; y, en el medio, un abanico de opciones.

Lo cierto es que los intereses compensatorios han tenido y tienen una función esencial: la de retribuir o “compensar” por un capital —generalmente expresado en dinero— otorgado a un tercero. Gracias a los intereses compensatorios pactados se generan los llamados “frutos civiles”.

1.2 Los intereses moratorios.

Si los intereses compensatorios tienen por función la retribución económica de un capital;

los intereses moratorios tienen por función retribuir por el atraso en el cumplimiento de la prestación. Algunos tratadistas los denominan como “punitivos”,²³ un tanto en los usos que le otorgaba Adam Smith, que los denominaba como “usura punitiva”.²⁴

Al igual que los intereses compensatorios, requieren previo pacto entre acreedor y deudor, fijar la tasa, que exista un plazo para el cumplimiento de la prestación y el vencimiento del plazo en el cual se debe cumplir con la prestación.

¿Cuándo se constituye en mora el deudor a fin de que se reeditúen los intereses moratorios?

La doctrina no es pacífica al respecto. Para algunos es al momento de ser requerido por el acreedor por la obligación vencida y se vincula mucho con la mora *intuito personae*. Otros consideran que basta se haya vencido la obligación y comienzan a reeditarse sin necesidad de intimación al deudor —mora automática—. Para Adam Smith, en su obra ya citada, comenzaban a reeditarse desde la interpelación judicial.

Algunos tratadistas —citados por Osterling y Castillo— han sostenido que, de no requerirlos el acreedor, se sobreentiende que le está otorgando una prórroga tácita al deudor.²⁵ Lo cierto es que, de existir pacto, los intereses moratorios “comienzan a correr” desde la fecha de vencimiento del cumplimiento de la prestación, sin necesidad de requerimiento, como bien lo expresaba el Código Civil argentino de Vélez

20. Villegas y Schujman, *Intereses y tasas*, 109.

21. Adam Smith, *La riqueza de las naciones* (España: Edición Orbis, 1983 Vol. I), 138. Caso similar sucede con el interés moratorio, definido por A. Smith como usura punitiva, permitido en caso de demora o atraso del deudor, entendido desde la interpelación judicial, p. 139. Estas reminiscencias de la doctrina liberal llegaron a nuestro país y tocaron a nuestros primeros códigos.

22. Galbraith, *La sociedad opulenta*, 253.

23. Villegas y Schujman, *Intereses y tasas*, 135.

24. Smith, *La riqueza de las naciones*, 139

25. Osterling y Castillo, *Tratado de las Obligaciones*.

Sarsfield —“desde el vencimiento de ella, de la obligación”—.²⁶

Es lo más sensato, si tomamos en cuenta que el acreedor, a su libre arbitrio, tiene potestad para condonar los intereses o hasta el principal; por lo que no podemos suponer que de no requerirlo le estaría otorgando una prórroga tácita al deudor.

Otro aspecto medular con respecto a los intereses moratorios es si vencida la obligación se suspende el pago de los intereses compensatorios y solo se cobran los intereses moratorios. Algo de ello señala el maestro Osterling en el artículo ya citado.²⁷ Sostiene el maestro que, habiendo vencido el plazo para la devolución del mutuo —tratóndose de obligaciones dinerarias—, no cabría cobrar intereses compensatorios.

Coincido con Villegas y Schujman²⁸ en el sentido que no hay inconvenientes para la acumulación de ambos intereses²⁹, en vista que cada uno cumple distinta finalidad. Tengamos presente que el deudor no ha cumplido con pagar la obligación, por lo que conserva el mutuo en su poder, por tanto, la “retribución” tiene una perfecta equivalencia, a fin de que el patrimonio del acreedor no se vea disminuido.

Caso contrario sucede con la función de los intereses moratorios, los que resultan en una suerte de “sanción” por el incumplimiento del deudor al vencerse el plazo del pago.

Un aspecto distinto son los daños ocasionados al acreedor, diferente a la sanción por el retraso en el cumplimiento del pago del capital. Los daños se verán resarcidos por una indemnización,

mientras que el retraso en el cumplimiento de la obligación por los intereses moratorios. No en todos los supuestos por incumplimiento que se produzcan en las relaciones contractuales habrá indemnización por daños; pero de pactarse intereses moratorios en caso de retraso, siempre los habrá.

En conclusión, podemos decir que, en el polémico tema de los intereses moratorios, estos son acumulables junto a los intereses compensatorios, de existir pacto de ambos; que los intereses moratorios no reemplazan a los compensatorios, salvo que no se haya pactado los primeros; y que la indemnización por daños al acreedor —previamente demostrable o probada por este, salvo que exista cláusula penal— no puede ser reemplazada por los intereses moratorios.

2. Los intereses legales.

Son los intereses subsidiarios que se aplican cuando las partes no han pactado intereses, ni compensatorios ni moratorios, o aquellos que por ley deben ser aplicados —de allí su nombre—. Es una tasa que la fija el Estado periódicamente.

El pago de los intereses legales se aprecia a menudo en obligaciones tan comunes donde no se pactaron intereses como las prestaciones alimenticias, rentas atrasadas por alquiler de bienes o pagos por retribuciones laborales impagas.

El Código de 1984 ya no define qué es interés legal —sería una redundancia—, se limita en el artículo 1244 a señalar que la tasa máxima del interés legal será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú - BCRP.³⁰

26. Código Civil argentino de Vélez Sarsfield, artículo 622, citado por Villegas y Schujman, 142

27. Osterling y Castillo, *Tratado de las Obligaciones*.

28. Villegas y Schujman, *Intereses y tasas*, 144

29. Llambías indica que solo procede previo pacto de las partes. Villegas y Schujman, *Intereses y tasas*, 144

30. Aunque el concepto no está exento de otras interpretaciones, como la que establecen Villegas y Schujman, cuando señalan que intereses legales son los establecidos por ley, comprendiendo dentro de estos a los intereses compensatorios y moratorios.

IV. LAS TASAS MÁXIMAS DE INTERÉS

Siempre fue una preocupación del legislador establecer un “techo” en los intereses convencionales, lo que se conoce como tasas máximas. Osterling y Castillo lo han rastreado desde por lo menos la antigua Babilonia.³¹ En el medioevo europeo, los padres de la Iglesia proscribieron todo tipo de cobro de intereses, al relacionarlo con la usura. Lo cierto es que las tasas máximas o “topes” o “techos” han sufrido vaivenes. En la actualidad todavía existen en distintos países, por el posible abuso que puede hacer el acreedor con respecto al deudor —*favor debitoris*—. Frente a estas consideraciones, se encuentran las posiciones que plantean la libertad absoluta de las partes en el acuerdo de los intereses convencionales. Pero, lo cierto es que el estado moderno siempre ha tratado de regular el tema del cobro de intereses. La pregunta es cómo regularlos.

Existen estudios económicos que revelan que la aplicación de las tasas máximas o topes es bastante perjudicial para quien solicita un crédito, sobre todo si proviene del sector informal, dado que, al estar reguladas las tasas, estas comienzan a encarecer el crédito.³² Al final a quien se trata de proteger, sale perjudicado.

Las tasas máximas fueron bastante útiles cuando la economía no era tan compleja, ni existía una cantidad impresionante de diferentes variables económicas-financieras, ni una diversidad de entidades dentro del sistema financiero.³³ Pero, ¿cómo hacemos ahora, con economías

globales, accesos a créditos en otros países, entidades formales e informales que ofrecen créditos, variedad de demandantes de servicios financieros, movilidad de estos mucho mayor que antaño, cambios externos que afectan la economía nacional?

Considerando que las tasas máximas en encuentran relacionadas con la política monetaria, fue prudente la flexibilidad del codificador de 1984 de dejar su determinación al BCRP, tendencia que se daba desde la década del 1970 del siglo pasado, y cualquier exceso sea devuelto o imputado al capital —artículo 1243—; todo ello como una medida para proteger al sujeto deudor.³⁴

V. LA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES

Si regular el pago de intereses es extremadamente complejo y requiere un sano equilibrio, regular su capitalización —el anatocismo— es mucho más complejo y delicado.

La palabra anatocismo proviene del griego “aná” que significa reiteración, y “tokimós” que significa acción de dar a interés.

Jurídicamente esta voz refiere la idea de convenio mediante el cual se pacta pagar intereses de intereses vencidos y no satisfechos. Josepand es quien mejor lo ha definido: “*se designa con el nombre de anatocismo la capitalización de intereses de una cantidad de dinero, los cuales toman a su vez la posición jurídica de capitales, se convierten en productores de intereses.*”³⁵

31. Felipe Osterling y Mario Castillo, *Los intereses compensatorios y moratorios*, (Lima: Edición Notarius, 2000).

32. ASBANC: Estudio de los topes a las tasas de interés. En: <http://www.asbanc.com.pe/Publicaciones/>

33. Tenemos no solamente bancos, también financieras, cooperativas de ahorro y crédito, cajas rurales, banca de segundo piso, etcétera.

34. La delegación en el ente emisor se debió a que era francamente insostenible, luego del serio deterioro económico de nuestro país y la alta tasa de inflación desde mediados de la década de 1970, la rigidez en la fijación de tasas, como ocurría en periodos de estabilidad económica y monetaria. De allí en adelante, el BCRP va a tener un rol preponderante en los intereses.

35. Osterling y Castillo, *Tratado de las obligaciones*. Vol. XVI, Tomo VI, p. 248

El anatocismo se encontraba prohibido en el derecho romano. Justiniano dispuso la prohibición absoluta, incluso de los intereses devengados y no pagados.³⁶

Esta posición fue acogida por el antiguo derecho francés, el italiano y el alemán.³⁷

La prohibición continuó a lo largo de la Edad Media, reforzado por los padres de la Iglesia, donde anatocismo era sinónimo de usura, institución condenada. Es más, los préstamos a interés eran prácticas mal vistas para los hombres gentiles, por lo que se reservó su quehacer a una etnia marginada: los judíos.

Esta actitud se debió a que se consideraba el anatocismo lindante con el agio y usura, por lo que la prohibición incluso se extendió a los intereses vencidos y no satisfechos.

Como acota Roberto de Ruggiero, las restricciones impuestas al anatocismo fueron notables:

*“Se exige, en efecto, para que puedan ser capitalizados, que se trate de intereses debidos por un año completo; se prohíbe la capitalización de los intereses mensuales o semestrales; se pide, asimismo, que los intereses capitalizados hayan vencido en el momento en que judicialmente se demanden las usurae usurarum o en el momento en que estas se fijen mediante convención, en forma que resulta prohibido el pacto de intereses sobre intereses futuros, y cualquier convención por la que se pacte una anticipada capitalización de intereses futuros”.*³⁸

Sin embargo, con el transcurso del tiempo y

debido al intercambio comercial cada vez mayor que originaba el capitalismo, la legislación acerca del anatocismo se flexibilizó.

Fue con la modificatoria del Código Francés de 1804 que legislativamente se permite el anatocismo para los intereses vencidos.

Busso apunta que el derecho francés aceptó la validez del anatocismo bajo determinadas condiciones. Así el artículo 1154 del Código Civil francés señala: *“Los intereses vencidos de capitales podrán producir intereses, mediante demanda judicial, o mediante un acuerdo especial, siempre que, bien en la demanda, o bien en el acuerdo, se trate de intereses debidos durante al menos un año entero”.*³⁹

Las condiciones que señalaba el Código Napoleónico eran básicamente dos:

- a) Debe existir una demanda judicial o un acuerdo de partes, y
- b) Los intereses vencidos deben tener por lo menos un año.

En nuestra región el derogado Código Civil argentino, en el artículo 623, recogía la institución del anatocismo:

*“No se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa que autorice su acumulación al capital con la periodicidad que acuerden las partes; o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare y el deudor fuese moroso en hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza”.*⁴⁰

36. *Ibid*, 253.

37. *Ibid*.

38. *Ibid*, 256.

39. Código Civil francés.

40. Código Civil argentino.
Con ligeras variantes el vigente Código Civil y Comercial argentino lo recoge en el artículo 770.

De este precepto se deducen dos hipótesis para la convención del anatocismo:

La primera, cuando las partes expresamente lo convengan como acumulación de los intereses al capital y en forma posterior a contraída la obligación. Entendiéndose asimismo que se aplican a los intereses vencidos y nunca sobre los futuros. Se dice que en este caso el deudor conoce el total del recargo y que, por lo tanto, es conveniente autorizarlo para evitar por otra parte fraudes a la ley prohibitiva, celebrando un nuevo contrato de mutuo.

La segunda hipótesis se produce en sede judicial y siempre y cuando el deudor se encuentre en mora, previo requerimiento para que pague la obligación.

En el derecho comercial, en cambio, fue bastante común el anatocismo. En cierta manera para no perjudicar el fluir de las relaciones mercantiles; pero en las obligaciones civiles siempre fue aplicado con cautela o hasta restringido.

En Europa, en la actualidad la situación ha cambiado, y tenemos una variedad de capitalización de intereses. Un anatocismo convencional —Código Civil alemán, sueco, italiano y griego—, un anatocismo legal y convencional por intereses vencidos —Código Civil griego—, un anatocismo legal automático en el Código Civil neerlandés. Mientras, en el derecho inglés se resolvió el tema vía leyes especiales y tribunales.⁴¹

1. Grados de anatocismo.

En ese sentido tenemos tres grados en cuanto a la permisividad legislativa del anatocismo:

- a) El anatocismo absoluto: que permite la capitalización de intereses sin ninguna restricción.
- b) El anatocismo relativo: que permite la capitalización de intereses, bajo ciertos supuestos y condiciones establecidas en la ley.
- c) La prohibición total del anatocismo.⁴²

En nuestro ordenamiento jurídico privado, tenemos sólo el anatocismo relativo, es decir se permite la capitalización de intereses en las obligaciones entre particulares bajo ciertos supuestos y condiciones contenidos en la ley.

En el Código Civil se encuentra regulado en los artículos 1249 y 1250.⁴³

VI. LA SISTEMÁTICA DE LOS INTERESES EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

La sistemática de los intereses es más ordenada en el Código Civil de 1984, a diferencia del Código Civil de 1936 donde se encontraba disperso —dispositivos sobre todo en el contrato de mutuo—.

Cautamente optó el codificador de 1984 por una prudente visión controlista atenuada: tasas máximas de intereses convencionales, delegación en el ente emisor de la magnitud de los

41. María Medina Alcoz, "Anatocismo, derecho español y draft common frame of reference", *InDret*, 4 (2011) Recuperado en: www.indret.com

42. Jiménez J. Eduardo, "Efectos de los intereses y del anatocismo en el pago de las obligaciones: Una propuesta modificatoria", Tesis doctoral UNMSM (2019)

43. Limitación al anatocismo:
"Artículo 1249- No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares".
 Validez del convenio de capitalización de intereses:
"Artículo 1250- Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses".

“techos” en los intereses y devolución o imputación al capital por el exceso, y opción por un anatocismo relativo, bajo ciertas condiciones contenidas en el artículo 1250 del Código Civil.

Sobre el interés convencional, el artículo 1242 no define propiamente lo que es interés compensatorio y moratorio, sino que indica cuál es su función o finalidad de cada uno de ellos —“El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. Es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.”—, reservando a la doctrina el concepto, técnica legislativa que es apropiada.

Como hemos visto, algunos autores sostienen que el interés compensatorio debería denominarse “interés retributivo” o “lucrativo”, dado que la finalidad perseguida por el acreedor es obtener un rédito o beneficio por la privación de un bien determinado.⁴⁴

Otra polémica fue por el asunto semántico del concepto “dinero” en vez de capital. Creo que el codificador estuvo en lo correcto al aplicar el término “dinero”, debido a que es la forma más adecuada para cuantificar los intereses; aunque dejó abierta la posibilidad al incluir la expresión “cualquier otro bien”, concordante con el artículo 891 del Código Civil.

Con el Código de 1984 los intereses moratorios se encuentran más aclarados en su definición conceptual, en vista de las confusiones a nivel judicial que en el pasado la aplicación de la mora llevaba a malos entendidos; por tanto, los inte-

reses moratorios funcionan en aplicación del retraso doloso o culposo en el cumplimiento de la obligación por parte del sujeto deudor.⁴⁵

VII. LA PROPUESTA DEL ANTEPROYECTO⁴⁶

1. La propuesta del anteproyecto en cuanto a los intereses convencionales.

La propuesta del anteproyecto en cuanto a los intereses convencionales es bastante tímida. Sigue manteniendo las tasas máximas de interés —no existe propuesta modificatoria del artículo 1243 del Código Civil—, por lo que continúa con el criterio controlista atenuado del Código Civil de 1984; y solo dirige su atención a una permuta de términos contenidos en el artículo 1242 sobre los intereses compensatorios, sugiriendo la sustitución del término “contraprestación” por “retribución”; y “cualquier otro bien” por “cualquier otro capital” —artículo 1242 del anteproyecto—.

La justificación para el cambio propuesto infiere que existiría una confusión en el primer párrafo del artículo 1242 —“Sin embargo, el concepto de interés compensatorio es imprecisa ya que hace referencia a la “contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien”, premisa bajo la cual, por ejemplo, la renta en un arrendamiento ingresaría dentro de la noción de interés compensatorio”—. Indicando a continuación que se adecúa al término retribución en concordancia con las disposiciones del Banco Central de Reserva —“Dicha adecuación se realiza dentro del convencimiento del carácter orientador y normativo de la legislación civil, sobre lo que en la actua-

44. Villegas y Schujman, *Intereses y tasas*, 109-110

Como hemos visto, el antecedente de “interés retributivo” no se encuentra únicamente en las directivas del Banco Central de Reserva como señala la propuesta del anteproyecto, sino que se remonta a criterios doctrinarios bastante añejos.

45. Exposición de Motivos del Código Civil 1984., Tomo V, 392.

46. Analizaremos únicamente los tipos de intereses y su capitalización que plantea el Anteproyecto, dado que, como explicamos anteriormente, son los “ejes básicos” en el pago de intereses.

lidad dispone el Banco Central de Reserva a partir de sus Circulares, en específico, la Circular N 021-2007-BCRP". Exposición de motivos del artículo 1242 del Anteproyecto—.

Sobre el primer extremo de su propuesta —los cambios semánticos sugeridos— el Anteproyecto olvida que las normas se interpretan unas en relación a otras. Un operador del derecho medianamente informado difícilmente caería en una interpretación errónea o confusa como señala la exposición de motivos.

Y sobre la concordancia con lo dispuesto en las normas del Banco Central, el Anteproyecto olvida que el término "retribución" como hemos visto proviene de doctrina añeja, no de una circular del BCRP; y atendiendo a la finalidad de los intereses convencionales, es bastante secundario el cambio de un término por otro.

Pero, más importante que discutir la permuta semántica de un término por otro, era la cuestión de si se mantenía o no la tasa máxima que establece el Código Civil.

La exposición de motivos —dicho sea, bastante corta, más parece una opinión que exposición de motivos propiamente— en ese aspecto no se manifiesta, al no proponer la modificatoria del artículo 1243 del Código Civil, por lo que debemos suponer que continúa con el criterio controlista de las tasas máximas para las obligaciones civiles.

Es allí donde debió incidir más el Anteproyecto y no dejarse llevar tanto por la tradición jurídica de los techos o tasas máximas.

Como hemos visto anteriormente, los techos o topes a las tasas de interés siempre fue una preocupación de legisladores de todos los tiempos, desde el mundo antiguo hasta nuestros días. Usualmente se solucionó aplicando un límite a los intereses convencionales.

En nuestra legislación fue así también. Pero existió un cambio muy importante. Hasta la promulgación de la Ley 26702, los intereses en el sistema financiero, tanto para operaciones activas —créditos— como pasivas —depósitos—, estaban regulados por el Código Civil y las disposiciones del Banco Central de Reserva que imponía "topes" —tasa máxima permitida— a las tasas que podían cobrar las instituciones del sistema financiero.

La Ley 26702 se promulgó en el contexto de la desregulación de los mercados, incluyendo el mercado financiero, iniciado en nuestro país desde el año 1990. Recordemos que muchas de las medidas económicas de aquel entonces obedecieron a una casi no intervención del Estado que permitiría supuestamente la autorregulación de la oferta y la demanda en los mercados. Un retorno al "*laissez faire*" clásico.

En ese contexto, el artículo 9 de la citada norma permitió a las entidades del sistema financiero la libertad absoluta para fijar los intereses, comisiones y tarifas.⁴⁷ Tengamos presente que los intereses se refieren a los convencionales —compensatorios y moratorios— y tanto para las operaciones activas —créditos— como pasivas —ahorros—.⁴⁸

Explícitamente no se aplicaba el primer párrafo del artículo 1243 del Código Civil que precisa-

47. "Artículo 9.- LIBERTAD PARA FIJAR INTERESES, COMISIONES Y TARIFAS.

Las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas de interés, comisiones y gastos para sus operaciones activas y pasivas y servicios. Sin embargo, para el caso de la fijación de las tasas de interés deberán observar los límites que para el efecto señale el Banco Central, excepcionalmente, con arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica. La disposición contenida en el primer párrafo del artículo 1243 del Código Civil no alcanza a la actividad de intermediación financiera".

48. Las tasas de interés en el sistema financiero se desagregan en tipos de créditos —de consumo, hipotecarios, de estudios, etcétera— o en el tiempo —mayor o menor a 360 días, etc.—, así como el riesgo del prestatario —un prestatario con riesgo en el pago sufrirá una recarga en los intereses—.

mente establecía las tasas máximas o “topes” fijados por el Banco Central, lo cual implicaba una libertad absoluta para fijar la tasa de interés en el sistema financiero.

Por otra parte, los topes que quedaron residualmente para las operaciones civiles tampoco han sido muy efectivos en la práctica, en vista que han sido burlados con distintos subterfugios —letras de cambio y pagarés firmados en blanco por el deudor, garantías y comisiones onerosas, etcétera—.

Proponer legislativamente tasas máximas sin tomar en cuenta las consideraciones del entorno económico-financiero puede traer como consecuencia una distorsión de la retribución por el uso del dinero, como sucedió en experiencias pasadas de nuestra historia, así como la de otras naciones —la banca informal en nuestro país entre los años 1980 y 1990 del siglo pasado, Zimbabue a inicios de siglo o Venezuela en el presente—.

Frente a ello es la gran disyuntiva del legislador al regular los intereses: i) recomienda un mayor control poniendo techos o límites a las tasas de interés de todo tipo, en un criterio estrictamente controlista, donde el Estado pone un “techo” al precio del dinero; ii) permite libertad absoluta para el pacto de intereses dentro del marco de la ideología liberal clásica; o iii) permite que un organismo técnico como el Banco Central de Reserva se encargue de regular las tasas de interés.

Dentro del abanico de opciones es preferible la tercera: delegar en un organismo técnico como es el Banco Central de Reserva, la regulación de las tasas de interés.

Las tasas de interés en el mundo contemporá-

neo se han vuelto muy complejas, regulan miles de operaciones financieras de todo tipo. Limitarlas solo a un “techo” o tasa máxima distorsiona el valor real del precio del dinero.⁴⁹ Además que sería tentación populista para legisladores que sin mucho conocimiento del tema propongan límites a las tasas de interés, afectando un precio tan sensible como es el precio del dinero.

El Banco Central de Reserva tiene la información y personal técnico calificado para monitorear cómo se desarrollan las condiciones económica-financieras en el Perú y en el mundo. Desde ese punto de vista es el más idóneo para regular las tasas de interés. Recordemos que las tasas de interés obedecen a un entorno económico y ese entorno no siempre es estable, cambia constantemente. Si ponemos una tasa máxima y el entorno cambió, no va a expresar el valor real del precio del dinero.⁵⁰

Si bien las tasas máximas vienen desde el mundo antiguo, recordemos que en aquella época no existía un Banco Central de Reserva ni tampoco la complejidad de operaciones donde la tasa de interés se encuentra de por medio, por ello los legisladores de esa época solo aplicaron tasas máximas para que no exista abuso del acreedor al deudor. Era un mecanismo idóneo en ese momento. Dicho sea, tampoco el mundo antiguo conoció lo que fue una hiperinflación o que el dinero se desvalore tan rápidamente.

2. La propuesta del anatocismo absoluto en el Anteproyecto.

Pero, si dejar las tasas máximas, continuando con la visión controlista y sin tomar en cuenta el entorno económico complejo que vivimos era una omisión grave; proponer como hace el Anteproyecto una libertad absoluta para pactar la capitalización de intereses es un riesgo enorme.

49. Según los manuales de Economía, el precio no es solo lo que vale un bien o servicio, sino es un indicador de su escasez o abundancia en el mercado —a mayor abundancia el precio es menor y a mayor escasez, todo lo contrario—, por lo que manda “señales” de su escasez o abundancia.

50. Lo cual no infiere que el BCRP aplicará exclusivamente tasas máximas. Tiene un abanico de instrumentos para regular las tasas de interés.

La exposición de motivos en el extremo de la capitalización de intereses del Anteproyecto sucintamente señala que “(...) *El Grupo ha considerado conveniente eliminar dicho tratamiento diferenciado* — se refiere a las operaciones crediticias dentro y fuera del sistema financiero —; *por lo que, propone una permisión general del pacto de capitalización de intereses, ello en la medida que, de este modo, los contratantes podrán establecer una regulación de intereses que garantice el verdadero costo de oportunidad del dinero en el tiempo (...)*”.

La propuesta apuesta por una ideal visión liberal donde se encuentran en perfecto equilibrio deudor y acreedor, sin tomar en cuenta el entorno real o material donde pactan. Si se han registrado problemas en las tasas de interés cobradas en el sistema financiero luego de la liberación por la Ley 26702 —revisar data de IN-DECOPI, la SBS, sentencias del TC—, no es necesario ser muy perspicaz para darse cuenta que esos problemas se agravarán si lo ampliamos a los pactos en las operaciones civiles.

En estos momentos, en el mercado formal de créditos se cobran tasas de interés elevadísimas al deudor, y no mencionemos los usureros intereses que se cobran en el mercado informal de créditos, lo que podría agravarse de aplicar el anatocismo absoluto a todas las operaciones de pago de intereses, como sugiere el Anteproyecto. Su enfoque resiente la realidad que quiere regular.

VIII. EN CONCLUSIÓN

a) Si bien el pago de intereses se encuentra regulado por lo general en los ordenamientos civiles dentro del derecho positivo, no menos cierto es que su regulación obedece más al campo económico-financiero que jurídico, y en especial de la política monetaria, donde se les considera a los intereses como un “precio” bastante sensible.

En otras palabras, es necesario tomar en cuenta no solo un enfoque doctrinal-legislativo, sino también uno desde la política monetaria, muy relacionada con las tasas de interés.

b) Los dos ejes básicos del capítulo sobre pago de intereses son: i) los tipos de intereses, su finalidad y regulación y ii) la capitalización o no de los intereses. Es por ello que el capítulo pago de intereses debe ser regulado muy discrecionalmente por el legislador, dado que cualquier disposición normativa puede afectar su singularidad, más si no guardan correspondencia unas normas con otras.

c) El Anteproyecto de reforma del Código Civil, en cuanto a los intereses convencionales, se enfoca en un cambio de ciertos términos doctrinales en el artículo 1242 —retribución en vez de contraprestación; capital en vez de bienes, etc.—.

Más importante que un cambio de términos —un *make up*—, era determinar si se continuaba o no con la tendencia controlista de las tasas máximas contenida en el artículo 1243, lo cual se deja incólume.

d) En contraposición, en el mismo capítulo sobre pago de intereses, el Anteproyecto propone, modificando el artículo 1249, libertad absoluta para la capitalización de intereses en cualquier tipo de pacto o convenio, sea civil, comercial o financiero.

e) Estos dos planteamientos totalmente contrapuestos: uno controlista —tasas máximas de intereses convencionales— y otro liberal —anatocismo absoluto en los pactos de capitalización de intereses— en un capítulo tan sensible como el pago de intereses, demuestra poca coherencia interna al momento de redactar el Anteproyecto.

f) O proponemos “techos” a los intereses convencionales —tasas máximas— y un anatocismo relativo bajo ciertos supuestos y condiciones, en un enfoque de controlismo atenuado, como fue el criterio del codificador de 1984; o proponemos libertad absoluta para pactar los intereses —plazos, tasas, etcétera— y su capitalización.

g) Asimismo, la exposición de motivos del

Anteproyecto es bastante exigua. Apenas un párrafo que más parece una opinión que una exposición de motivos propiamente. Esperemos que el “grupo de trabajo” del Anteproyecto publique *ex post* una exposición de motivos más sistemática y consistente de sus propuestas, con legislación comparada de ser posible, acompañada de las actas de las sesiones.

- h) Como expresamos líneas arriba, el Anteproyecto deja incólume el tema de las tasas máximas, que nos parece debió haber sido materia de una propuesta distinta a la tradicional de dejar las cosas como están; más si tomamos en cuenta la complejidad del entorno económico-financiero y las exigencias de la política monetaria, hábitat natural de los intereses.
- i) En ese sentido, proponemos que la regulación de las tasas de interés, tanto para operaciones civiles, comerciales o financieras, sea delegada en el Banco Central de Reserva, organismo técnico por excelencia y con mayor información para tomar decisiones en ese orden. Esta tendencia de delegar en el Banco Central la regulación de los intereses viene desde los años 70 del siglo pasado, cuando se le confió las tasas máximas para los intereses convencionales, así como los intereses legales; ejes importantes de todo capítulo sobre pago de intereses.
- j) Ello no implica que el Banco Central propondrá únicamente “tasas máximas” o “libertad absoluta” para pactar intereses. El BCRP tiene diferentes instrumentos de regulación que pueden depender del tipo de tasa, su finalidad, la coyuntura económica, etcétera.⁵¹ De hecho, es sincerar una realidad que es evidente desde por lo me-

nos hace 50 años por su performance técnica y profesional.

- k) Delegar en un organismo técnico como el BCRP permitiría también evitar la tentación populista desde el Congreso —como ya ha ocurrido con ciertos proyectos presentados en legislaturas pasadas— de querer retornar a las tasas máximas para todo tipo de operación sin tomar en cuenta la realidad del entorno económico bastante sensible y cambiante.
- l) Debemos tomar en cuenta también que el legislador no propone leyes en abstracto, sino para un público objetivo —los sujetos de derechos y obligaciones—; por lo que antes de proponer un cambio —sobre todo si es radical como la propuesta de un anatocismo absoluto— debe sopesar adecuadamente los perjuicios o beneficios que la norma puede acarrear. Es decir, hacer un amplio examen del costo/beneficio.
- m) En ese sentido, la capitalización de intereses —anatocismo— propuesta en el Anteproyecto no solo obedece a una visión ideológica liberal decimonónica de aplicar un anatocismo absoluto, donde acreedor y deudor se encuentran en un perfecto equilibrio ideal, sino que es bastante arriesgada en sus consecuencias de aplicarlo a todo tipo de pacto de intereses, sea en operaciones civiles, comerciales o financieras, lo cual puede conllevar más perjuicios que beneficios al deudor. Existe data confiable en instituciones que puede ser consultada por el grupo de trabajo.
- n) Más bien, proponemos que en una reforma de los artículos 1249 y 1250 del Código Civil se amplíe los supuestos de anatocismo relativo a las obligaciones judiciales requeridas

51. Un ejemplo claro de ello, así como del manejo técnico del contexto económico, lo vimos en el estado de emergencia decretado en el año 2020 en el marco de la pandemia por la COVID-19, donde el BCRP otorgó líneas de créditos a tasas de interés subsidiadas para no quebrar la cadena de pagos.

- e impagas en por lo menos un año y que no cuenten con pacto previo de intereses compensatorios, moratorios, cláusula penal, o cualquier convenio resarcitorio de naturaleza similar entre acreedor y deudor.
- o) Ello permitiría que ciertas obligaciones requeridas en la vía judicial y no pagadas, que únicamente cuenten con los intereses legales como resarcimiento al capital impago, cuenten con mecanismos resarcito- rios idóneos y no pierdan su poder adquisitivo.
- p) Consideramos también, y vistos los antecedentes anteriormente mencionados, que debemos ser bastante cautos en la capitalización de los intereses, es decir solo bajo ciertos supuestos y condiciones —anatomismo relativo—, tendencia que se replica en códigos civiles modernos bajo distintas modalidades.



Defensoría del Pueblo, supervisión penitenciaria y reformas durante la COVID-19



GUSTAVO RAÚL YTOKAZU MINAMI

Abogado por la Universidad de Lima.
Magíster en Derecho por la Universidad de Kyushu.
Doctorando en Desarrollo Internacional por la Universidad de Nagoya.
Miembro Asociado de ADV Editores – Revista **ADVOCATUS**.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 1 de marzo de 2021 y fue aceptado con fecha 18 de julio de 2021.



SUMARIO:

- I. **Introducción.**
- II. **La capacidad del Estado, el Sistema Penitenciario peruano como Sistema Adaptativo Complejo.**
- III. **Cárceles peruanas en crisis y la supervisión penitenciaria.**
- IV. **Supervisión y Reformas Penitenciarias durante la pandemia.**
 1. **Capacidad normativa.**
 2. **Capacidad analítica.**
 3. **Capacidad de entrega de resultados.**
 4. **Capacidad de coordinación.**
- V. **Conclusiones.**

RESUMEN:

El Sistema Penitenciario y sus reformas han experimentado dificultades en su formulación e implementación para cumplir con el mandato constitucional de reeducar, rehabilitar y reincorporar a los penados a la sociedad. Para ello, analizamos los desafíos de la capacidad administrativa del Estado respecto al Sistema Penitenciario Peruano en su condición de sistema adaptativo complejo y la supervisión penitenciaria a cargo de la Defensoría del Pueblo durante la pandemia. Concluimos que una reforma integral debe incluir a la Defensoría del Pueblo como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP) y que ésta a su vez congregate a otros actores del Estado y la sociedad civil para la ejecución de acciones sostenibles a largo plazo.

Palabras clave: prisión, reformas, Covid-19, Teoría de la Complejidad, sistemas adaptativos complejos, capacidad administrativa, sistema penitenciario, Perú, Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, Defensoría del Pueblo, INPE

ABSTRACT:

The penitentiary system and its reforms have struggled with their formulation and implementation in order to fulfill its constitutional mandate of re-education, rehabilitation and reincorporation of former convicts into society. We present an analysis of the challenges that the State's administrative capacity faces towards the Peruvian Penitentiary System in its complex adaptive system and the penitentiary supervision during the pandemic under charge of the Ombudsman. We conclude that an integral reform includes the Ombudsman as a National Torture Prevention Mechanism (NPM), and as a congregator for other State and Civil Society Actors for the implementation of long-term sustainable actions.

Keywords: prison, reforms, Covid-19, Complexity Theory, Complex adaptive systems, penitentiary system, Peru, National Torture Prevention Mechanism, Ombudsman, INPE

“One of the tests of the civilization of people is the treatment of its criminals”.¹

“Una de las pruebas de la civilización de las personas es el trato a sus criminales”.

I. INTRODUCCIÓN

Durante el Gobierno de Ollanta Humala se emitieron 10 Medidas de Reforma del Sistema Penitenciario enfocadas a solucionar el hacinamiento carcelario y la corrupción en abril 2012² a pesar de la existencia de un marco normativo vigente. Los siguientes gobiernos promulgaron normas, políticas y planes prospectivos adicio-

nales, incluyendo la reiterada declaración de emergencia del Sistema Penitenciario,³ siendo la última vigente hasta el 6 de enero de 2021⁴. Sin embargo, la declaración del estado de las cosas inconstitucional en materia de salud mental penitenciaria y hacinamiento de establecimientos penitenciarios evidencia que aún existe mucho por mejorar.⁵ En virtud a ello, el Tribunal Constitucional exhortó al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos —MINJUS, a elaborar un nuevo Plan Nacional de Política Penitenciaria, establecer mecanismos para erradicar el hacinamiento, desarrollar estrategias para superar las deficiencias de infraestructura y reestructurar el Instituto

1. Rutherford Birchard Hayes, *Diary and Letters of Rutherford Birchard Hayes*, vol. V, cap. LIV, ed. Charles Richard Williams (Columbus, Ohio State Archeological and Historical Society, 1926).
2. Mediante nota de prensa N° 34-2012-INPE con fecha 13 de abril de 2012, el MINJUS e INPE dieron a conocer las 10 Medidas de Reforma del Sistema Penitenciario. Las 10 Medidas de Reforma del Sistema Penitenciario consideraban (i) la lucha contra la corrupción, (ii) reducción del hacinamiento, (iii) seguridad penitenciaria, (iv) salud en los centros penitenciarios, (v) mejora del tratamiento penitenciario, (vi) fortalecimiento de la gestión del INPE, (vii) mejora del personal del INPE, (viii) participación del sector privado en materia penitenciaria, (ix) acciones de prevención y reducción del delito, y (x) la implementación del Programa CREO como eje de un nuevo modelo penitenciario. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos e Instituto Nacional Penitenciario, “10 Medidas de Reforma del Sistema Penitenciario”, 13 de abril de 2012, [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/810635CD-F2139A7F052581300073F277/\\$FILE/10_medidas.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/810635CD-F2139A7F052581300073F277/$FILE/10_medidas.pdf)
3. Declaran en emergencia al Instituto Nacional Penitenciario, por razones de seguridad e interés público, Decreto de Urgencia 04-2005.

(Continúa en siguiente página)

Nacional Penitenciario —INPE, para mejorar la reeducación, rehabilitación y reinserción del penado a más tardar en el año 2025. Caso contrario, los establecimientos penitenciarios hacinados deberán ser cerrados bajo responsabilidad de la omisión o deficiencia de las autoridades competentes, empezando por el MINJUS. Por ello, el MINJUS aprobó el Plan Nacional de Política Penitenciaria al 2030⁶, quedando pendientes las otras obligaciones requeridas por el Tribunal Constitucional.

En este contexto, la Defensoría del Pueblo es el organismo constitucional autónomo a cargo de la supervisión doméstica penitenciaria. Para ello, la Constitución del Perú otorga a la Defensoría del Pueblo el mandato para defender los derechos de los ciudadanos y denunciar aquellos asuntos relacionados con la afectación de derechos fundamentales desde su creación. A partir de la implementación de las normas del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura —PFCCT,⁷ mediante

la designación de la Defensoría del Pueblo como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura —MNP, sus funciones han sido fortalecidas a nivel nacional para la supervisión de la población vulnerable privada de la libertad.⁸ Sin embargo, dicha entidad solo emite recomendaciones de carácter no vinculantes y para ello resulta necesario explorar su accionar en el Sistema Penitenciario, particularmente durante la pandemia.

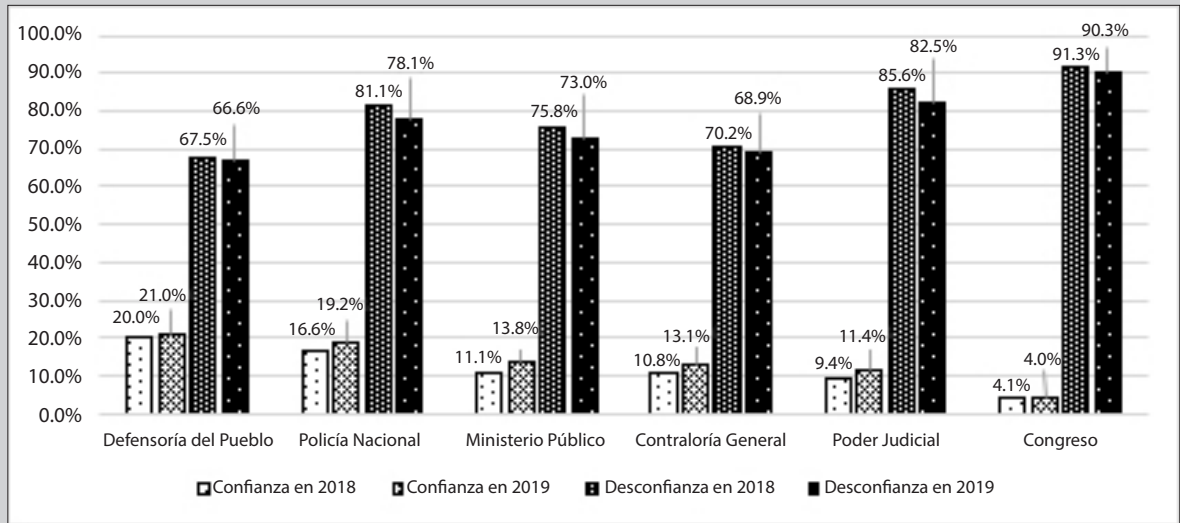
Los Defensores del Pueblo poseen el rol como reserva moral siendo imparciales respecto de los poderes del Estado, buscan que sus resoluciones sean tomadas en consideración.⁹ A pesar de que puede ser percibido como una limitación, el carácter no vinculante de sus recomendaciones permite hacer la diferencia en política para proteger intereses de poblaciones vulnerables o en entornos desfavorables dado que no necesariamente representan una amenaza para los congresistas o gobernantes y es consistente con los conceptos de legitimidad democrática.¹⁰

Declaran en emergencia el Sistema Penitenciario y dictan medidas excepcionales y urgentes en materia económica y financiera, Decreto de Urgencia 007-2012.

Decreto Legislativo que declara en emergencia y dicta medidas para la reestructuración del Sistema Nacional Penitenciario y el Instituto Nacional Penitenciario, Decreto Legislativo 1325.

4. Decreto Supremo que proroga la emergencia dispuesta por el Decreto Legislativo 1325, para la reestructuración del Sistema Nacional Penitenciario y el Instituto Nacional Penitenciario, Decreto Supremo N° 013-2018-JUS.
5. La sentencia del Tribunal Constitucional relativa a (i) M.H.F.C. representada por Melchora Castañeda Tuesta de Flores c/ Director del INPE publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 16 de septiembre de 2019; y (ii) Pedro Gonzalo Marroquín Soto representado por Miguel Aurelio Baca Villar c/ Director del INPE (2010), publicada en el Diario Oficial El Peruano el 3 de noviembre de 2010 se pronuncia sobre el estado de cosas inconstitucional en materia de prestación de servicios de salud mental en establecimientos penitenciarios. La sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso C.C.B. contra el Establecimiento Penitenciario de Tacna (2020) publicada en el Diario Oficial El Peruano el 4 de junio de 2020 se pronuncia sobre el estado de cosas inconstitucional por el hacinamiento penitenciario.
6. Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional Penitenciaria al 2030, Decreto Supremo N° 011-2020-JUS.
7. La República del Perú es signataria de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, vigente en el país desde el 6 de agosto de 1988 y de su Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura vigente desde el 14 de octubre de 2006.
8. La Ley que amplía las funciones del Defensor del Pueblo como órgano encargado del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Ley 30394, amplió las funciones del Defensor del Pueblo como MNP.
9. Fredrik Ugglá, "The Ombudsman in Latin America", *Journal of Latin American Studies* 36, no. 3, (2004): 427-428.
10. Ludvig Beckman y Frederik Ugglá, "An Ombudsman for Future Generations: Legitimate and Effective?" En: *Institutions for Future Generations*, eds. Iñigo González-Rico y Axel Gosseries (Oxford: Oxford University Press, 2017): 131.

Figura 1.1. Confianza en las instituciones peruanas: Julio-Diciembre 2018 / Julio-Diciembre 2019

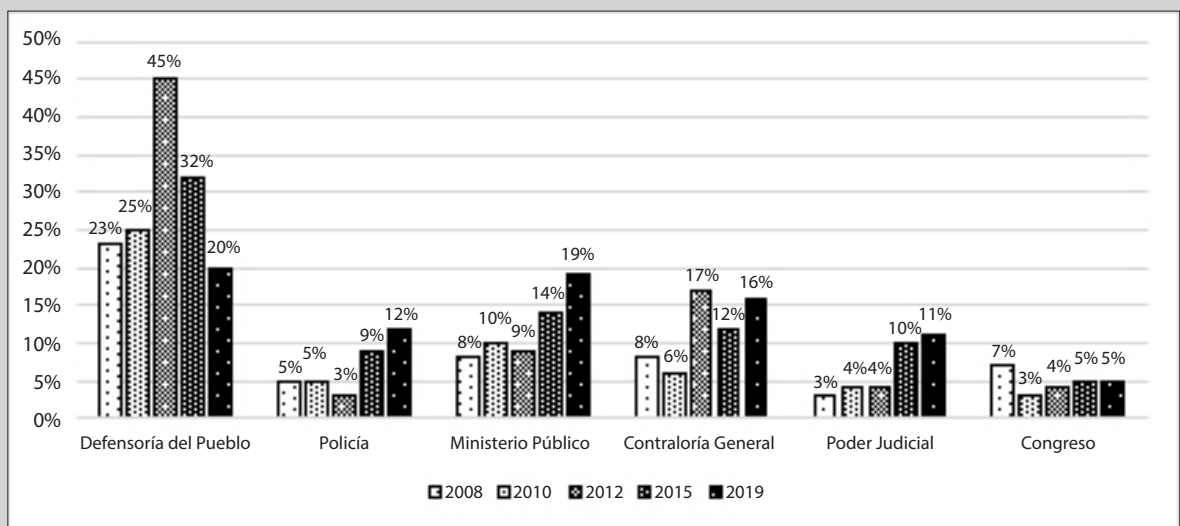


Fuente: Información del INEI¹¹

La percepción de la ciudadanía peruana sobre las instituciones públicas presentada en la Figura 1.1 muestra una desconfianza generalizada en las instituciones involucradas en la administración de justicia, ejecución penal, dación de políticas públicas y leyes, y la rendición de cuentas. No obstante ello, la Defensoría del Pueblo obtuvo una mejor percepción de confianza en 2018 y 2019 en comparación con la Policía Nacional, Ministerio Público, Poder Judicial, Contraloría y el Congreso. Sin perjuicio de ello,

la corrupción aún se mantiene como una tarea pendiente en la Administración Pública. Según la Figura 1.2., si bien la Defensoría del Pueblo es percibida como una de las instituciones con mayor enfoque contra la corrupción, la percepción "muy buena/buena" disminuyó del 2012 al 2019 en un 25%. Así las cosas, el Poder Judicial y el Congreso poseen una alta desconfianza por parte de la población peruana, y ambas instituciones son percibidas con un bajo rendimiento en sus esfuerzos por reducir la corrupción.

Figura 1.2. Percepción "Muy Buena/Buena" de la Respuesta Institucional contra la Corrupción



Fuente: Información de Proética¹²

El 6 de marzo de 2020 fue anunciado el primer paciente diagnosticado con la COVID-19 en el Perú y el Gobierno implementó medidas de emergencia en diferentes sectores del Estado. Si bien existen limitaciones en la información sobre los niveles de confianza hacia las instituciones y percepciones de corrupción durante la pandemia,¹³ consideramos necesario analizar al Sistema Penitenciario peruano en su condición de sistema adaptativo complejo conforme con la Teoría de la Complejidad, la supervisión penitenciaria a cargo de la Defensoría del Pueblo y las reformas del dicho sistema durante la primera etapa de la pandemia considerada como la primera ola. Por tal motivo la Sección II explora la capacidad del Estado peruano y el Sistema Penitenciario como un sistema adaptativo complejo; la Sección III examina la supervisión y reformas del Sistema Penitenciario peruano durante la COVID-19 y la Sección V detalla las conclusiones.

II. LA CAPACIDAD DEL ESTADO Y EL SISTEMA PENITENCIARIO PERUANO COMO SISTEMA ADAPTATIVO COMPLEJO

La autoridad y el poder del Estado, la promulgación de políticas públicas y la dación de leyes están relacionados con el poder de infraestructura —*infrastructural power*—, que también está asociado con la capacidad del Estado.¹⁴ En el caso del Perú, el crecimiento económico y reducción de pobreza han permitido una mejora significativa en la capacidad del estado, desarrollada conjuntamente con el crecimiento de la información, actividades ilícitas y delictivas.¹⁵

Bajo dicho contexto, consideramos analizar la capacidad administrativa para dar soluciones dentro del Estado, tales como la prestación de servicios públicos —capacidad de prestación—, el estado de derecho y la aplicación de la ley —capacidad normativa—, la colaboración inte-

11. INEI, Perú: Percepción Ciudadana sobre Gobernabilidad, Democracia y Confianza en las Instituciones, Semestre Julio-Diciembre 2019, Febrero 2020, http://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_gobernabilidad_febrero2020.pdf; INEI, Perú: Percepción Ciudadana sobre Gobernabilidad, Democracia y Confianza en las Instituciones, Semestre Julio-Diciembre 2018, Febrero 2019, <http://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin-percepcion-gobernabilidad-enero-2019-4ta-version.pdf>
12. Proética: VI Encuesta Nacional sobre Percepciones de la corrupción en el Perú 2012 (2012), producido por Ipsos Opinión y Mercado S.A., <https://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2018/04/317736944-Septima-Encuesta-Nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-2012.pdf>; IX Encuesta Nacional sobre Percepciones de la corrupción en el Perú 2015 (2015), producido por Ipsos Opinión y Mercado S.A., <https://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2018/04/292794637-Novena-Encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-2015.pdf>; XI Encuesta Nacional sobre Percepciones de la corrupción en el Perú 2019 (Diciembre 2019), producido por Instituto de Estudios Peruanos, <https://www.proetica.org.pe/contenido/xi-encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-en-el-peru-2019/>
13. El último informe técnico del INEI sobre las percepción ciudadana y confianza hacia las instituciones comprende el periodo entre octubre 2019 y marzo 2020 y durante el 2020 no se llevó a cabo encuesta alguna sobre percepciones de la corrupción.
14. Bastián González-Bustamante, “Evolution and early government responses to COVID-19 in South America”, *World Development* 137 (2021), 2.
15. Eduardo Dargent, Andreas E. Feldmann y Juan Pablo Luna, “Greater State Capacity, Lesser Stateness: Lessons from the Peruvian Commodity Boom”, *Politics & Society* 45 (2017): 10-11, 26; Juan Pablo Luna, “Estado en América Latina: Problemática y Agenda de Investigación”, en *Nuevos Enfoques para el Estudio de los Estados Latinoamericanos*, ed. Pablo Andrade A. (Quito: Corporación Editora Nacional, 2020), 114.

gral entre instituciones y autoridades estatales —capacidad de coordinación—, y la capacidad analítica para evaluar las previsiones y acciones estatales en curso¹⁶ relacionadas con los asuntos penitenciarios bajo la Teoría de la Complejidad.

La Teoría de la Complejidad, por otro lado, ha sido desarrollada en las ciencias naturales, y puede ser implementada en la investigación socio-jurídica, tal y como lo propone la academia¹⁷ para el estudio de los sistemas dinámicos no lineales en virtud de los cuales las salidas —*output*— no son necesariamente proporcionales a las entradas —*input*—¹⁸. Así las cosas, esta teoría explora la complejidad entre las interacciones del conjunto de reglas, el sistema y su entorno.

El Sistema Penitenciario Peruano es un sistema adaptativo complejo representado por las propiedades generales propuestas por Ruhl¹⁹ basadas en el trabajo de Holland²⁰ tales como la agregación —*aggregation*—, no linealidad —*nonlinearity*—, flujos —*flow*—, diversidad —

diversity— y la autocrítica —*self-criticality*—.

En primer lugar, la “agregación” se refiere a que los sistemas actúan en base a comportamientos complejos a gran escala que surgen de las interacciones agregadas de estos agentes menos complejos²¹ y el Sistema Penitenciario ha surgido debido a su estructura actual de sistema auto organizado y a las interacciones entre el MINJUS, INPE, los trabajadores penitenciarios y los internos.

En segundo lugar, la “no linealidad” considera que las relaciones de los componentes del sistema no exhiben una proporcionalidad matemática²², lo cual es observado en la emergencia permanente del sistema penitenciario para implementar reformas que no han sido suficientes para mejorar la capacidad penitenciaria, la rehabilitación y la reinserción de los internos.

En tercer lugar, la fuerza de cambio en los sistemas adaptativos complejos implica el “flujo” de algún medio²³ y, de manera similar al Derecho

-
16. Martin Lodge y Kai Wegrich, “Introduction: Governance Innovation, Administrative Capacities, and Policy Instruments,” en *The Problem-Solving Capacity of the Modern State Governance Challenges and Administrative Capacities*, eds. Martin Lodge y Kai Wegrich (Oxford: Oxford University Press, 2014), 11-14.
 17. Thomas E. Webb, “Tracing an Outline of Legal Complexity”, *Ratio Juris* 27, no. 4 (2014); Donald T. Hornstein, «Complexity Theory, Adaptation, and Administrative Law», *Duke Law Journal* 54, no. 4 (2005). Nuestra investigación considera el enfoque de Webb (2014) que hace una distinción entre la Teoría de la Complejidad, la Teoría del Caos y la Teoría de la Autopoiesis. Sin embargo, otros académicos citados por Webb como J.B. Ruhl, J. Salzman, P. Cilliers, J. Murray, Julian Webb, N. Leuhmann y G. Teubner, entre otros, realizaron investigaciones sobre la Teoría de la Complejidad, políticas públicas y el Derecho. La Teoría de la Complejidad es empleada para examinar el Derecho Administrativo por académicos como Ruhl y Salzman (Hornstein, 2005, 914), así como Hornstein (2005). Además, otros autores exploran la Teoría de la Complejidad en diferentes áreas del derecho: Ruhl examina la Teoría de la Complejidad en la normativa medioambiental, sus fallos, y los mecanismos para mejorar su eficacia (Webb, 2014, 482), Roe analiza dicha teoría en relación con el derecho corporativo, y Di Lorenzo explora la Teoría de la Complejidad a través de la teoría del caos para mejorar la legislación (Hornstein, 2005, 914).
 18. Aaron Pycroft y Clemens Bartollas, “Introduction” en *Applying Complexity Theory: Whole Systems Approaches to Criminal Justice and Social Work*, eds. Aaron Pycroft y Clemens Bartollas, (Bristol: Policy Press, 2014) 2.
 19. J.B. Ruhl, “Thinking of Environmental Law as a Complex Adaptive System: How to Clean Up the Environment by Making a Mess of Environmental Law”, *Houston Law Review* 34, no. 4 (1997).
 20. John Henry Holland, *Hidden Order: How Adaptation Builds Complexity* (Nueva York: Perseus Books, 1995).
 21. Ruhl, Thinking of Environmental Law as a Complex Adaptive System, 942.
 22. *Ibid*, 946.
 23. *Ibid*, 947.

Ambiental, la información disponible del INPE así como las percepciones de la sociedad son consideradas por el Poder Ejecutivo y el Congreso para la elaboración de políticas y leyes en materia penitenciaria.

En cuarto lugar, la "diversidad" es generada por la perturbación en los sistemas adaptativos complejos²⁴ y está representada por los cambios en las políticas y reglamentos penitenciarios, así como por la decisión política del MINJUS y del INPE como líderes del sector.

Por último, la "autocrítica" se orienta a adaptar el cambio en una norma estable en lugar de una reforma radical a pesar de que el sistema podría experimentar ocasionalmente interrupciones importantes inherentes a la no linealidad y la agregación.²⁵ Este caso es evidente en la declaración de emergencia de la prisión en los últimos años que se ha convertido en una situación normalizada en el Sistema Penitenciario.

Si bien los eventuales motines o disturbios durante alguna emergencia pueden ser controlados mediante diversos métodos de disuasión tales como la supervisión por el personal penitenciario, implementación tecnológica, medidas de seguridad física —torres y cercos—, informantes dentro de los internos e información de inteligencia, ellos no resultan suficientes en la práctica.²⁶ Por tanto, si durante una epidemia, las medidas que suelen ser adoptadas para el confinamiento no deben comprender la suspensión de derechos humanos para aquellas personas en libertad,²⁷ este criterio debe ser considerado

de la misma manera para aquellas personas reclusas en establecimientos penitenciarios.

La prevención puede ser más conveniente y en algunos casos, mucho más crítica que el propio tratamiento de la misma como en caso de una epidemia pero dicha prevención requiere ser estrictamente fiscalizada para evitar el riesgo de reforzar situaciones existentes de inequidad.²⁸ En ese sentido, el rol de la Defensoría del Pueblo como institución independiente en materia de supervisión penitenciaria es indiscutible para identificar aquellas situaciones de afectación de derechos humanos y promover la implementación de mecanismos para que dichas situaciones no se repitan.

Por ello, el aporte de Webb basado en el trabajo de Cilliers conjuntamente con el de Lodge y Wegrich es empleado para explorar el Sistema Penitenciario bajo complejidad en cuanto a su capacidad normativa bajo los límites —*boundaries*—, capacidad analítica bajo el concepto de auto-organización —*self-organization*—, capacidad de entrega de resultados bajo los atractores —*attractors*—, y la capacidad de coordinación por su relación con el entorno y la adaptación del sistema²⁹ en un contexto en el cual Sistema Penitenciario peruano es un sistema adaptativo complejo, sujeto a supervisión por la Defensoría del Pueblo.

III. CÁRCELES PERUANAS EN CRISIS Y LA SUPERVISIÓN PENITENCIARIA

La finalidad del Sistema Penitenciario Peruano

24. *Ibid*, 989.

25. *Ibid*, 943, 952.

26. Richard H. Rison y Peter M. Wittenberg, "Disaster Theory: Avoiding Crisis in a Prison Environment", *Federal Probation* 58, no. 3 (1994): 45.

27. Chris Dibben, "Human epidemic", en *The Routledge Handbook of Hazards and Disaster Risk*, eds. Ben Wisner, JC Gaillard e Ilan Kelman (Abingdon: Routledge, 2012): 367.

28. *Ibid*, 371.

29. Webb, *Tracing an Outline of Legal Complexity*, 491.

está asociada al tratamiento y reinserción del interno bajo custodia en adecuadas penitenciarias. Por otro lado, algunos autores consideran otros aspectos en relación con los asuntos penitenciarios y la justicia penal como el asistencialismo penal,³⁰ la readaptación, la repersonalización, la rehabilitación sociocultural y la resocialización,³¹ la normalización de la vida en prisión,³² o la prevención y la seguridad.³³ No obstante ello, los políticos son más directivos, los expertos penales menos influyentes, y la opinión pública se convierte en un punto de referencia clave en la evaluación para la toma de decisiones.³⁴ Por ello, las políticas y legislación penitenciaria peruana se encuentran sujetas a cambios o reversión debido al estado de ánimo de la opinión pública.

Ante esta situación, el rol de la Defensoría del Pueblo resulta fundamental en la supervisión del

Sistema Penitenciario. El impacto de las acciones de dicha institución en América Latina es "muy relativo", y el cumplimiento de las recomendaciones del *Ombudsman* por parte de los organismos estatales es limitado debido a su mandato no coercitivo.³⁵ Por lo tanto, el desarrollo de las defensorías del pueblo está sujeto al contexto político en el que se desarrollan como institución y puede variar a lo largo de América Latina.

En el caso de la Defensoría del Pueblo peruana, esta fue creada a partir de la Constitución de 1993 con el mandato constitucional conferido por el Estado de proteger el derecho del ciudadano en todo el país: (i) defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, (ii) vigilar el cumplimiento de los deberes de función de la Administración Pública y (iii) controlar los servicios públicos prestados a la población.³⁶ Por otro

-
30. De acuerdo con David Garland define el "asistencialismo penal" —*penal welfarism*— como los ideales de rehabilitación y la suposición de que la mejora del entorno económico y social para las personas de bajos ingresos reduce el comportamiento delictivo. Cfr. Carina Gallo y Mimi E. Kim, *Crime Policy and Welfare Policy*, en Oxford Handbooks Online (Nueva York: Oxford University Press, 2016), 2.
 31. Según Juan Abraham Ramos Suyo, *Derecho de Ejecución Penal y Administración Penitenciaria*, cuarta edición (Lima: Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., 2016), 132-140, el interno será sometido a un proceso de readaptación —construcción de la conciencia, eliminación de los traumas mentales, deseos y frustraciones asociados a la conducta delictiva—, de repersonalización —recuperación de la personalidad individual del interno y de todos sus derechos—, de rehabilitación sociocultural —incluyendo la capacidad jurídica— y de resocialización —reinserción en la sociedad con pleno respeto a la vida, la salud y los bienes—.
 32. José Cid y Ariadna Andreu, "European Prison Policy and Spanish Prison Practices: Understanding Confluences and Gaps", en *Europe in Prisons: Assessing the Impact of European Institutions on National Prison Systems*, eds. Tom Daems y Luc Robert (Cham: Palgrave Macmillan, 2017): 264-271, señala que la normalización se refiere a que los derechos de los internos y las condiciones de vida en prisión no deben diferenciarse de las personas que viven sin mandato de internamiento y considera aspectos como el alojamiento, la atención sanitaria y el trato respetuoso; Según Michael Adler y Brian Longhurst, *Discourse, power and justice: Towards a new sociology of imprisonment* (Londres: Routledge, 1994), 39, debido a las críticas al paradigma de la "rehabilitación", el enfoque de la "normalización" se basa en asegurar que el recluso sea considerado como una persona normal que ha cometido un delito y que debe ser castigado por ese comportamiento delictivo. La vida en prisión no le convertirá en una persona peor, pero sí significa necesariamente que durante el internamiento el recluso puede ser mejor.
 33. Según David Garland, *The culture of control: crime and social order in contemporary society* (Chicago: The University of Chicago Press, 2001), 171, la prevención y la seguridad se basan en la reducción del daño y la gestión del riesgo para prevenir los factores que generan los delitos y tienen como objetivo reducir las posibilidades de cometer delitos, mejorar los controles y excluir el comportamiento de las situaciones delictivas en lugar de promover la retribución, la disuasión y la reforma de los reclusos.
 34. *Ibid*, 172.
 35. Ugglá, *The Ombudsman in Latin America*, 449
 36. Constitución Política del Perú, artículo 162.

lado, la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo considera que el Defensor del Pueblo deberá (iv) promover los Derechos Humanos, e (v) implementar y ejecutar el MNP en el marco del PFCCT. Sin perjuicio de ello, la promoción de los derechos humanos debe entenderse como un rol permanente para preservar los valores éticos en la administración pública, la convivencia social, así como la democracia institucional.³⁷

La Defensoría del Pueblo ha promovido un enfoque de Derechos Humanos en democracias frágiles, y en el contexto peruano, dicho rol ha sido reconocido durante el gobierno de transición tras el tercer gobierno de Fujimori. Si bien no puede ser considerado como el salvador de todos los problemas del Estado,³⁸ los aportes de la Defensoría del Pueblo han resultado positivos en la sociedad peruana.³⁹

Notablemente, el cumplimiento de las decisiones emitidas por la Defensoría del Pueblo representa un desafío dada su naturaleza no vinculante. Mientras que más del 80 por ciento de los casos se resuelven de acuerdo con las recomendaciones del Defensoría del Pueblo peruana, el porcentaje cambia drásticamente a menos del 10 por ciento en el caso de que dichas propuestas sugieran compensaciones monetarias.⁴⁰

Actualmente, la Defensoría del Pueblo cuenta con dos áreas relacionadas con los temas penitenciarios: el Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios realiza un seguimiento integral de todos los asuntos relacionados con las prisiones, excluyendo las funciones relativas a la prevención de los malos tratos y situaciones posteriores a dichos eventos, los cuales se encuentran bajo la supervisión de la Dirección del MNP, de conformidad con el PFCCT.

Las obligaciones del PFCCT se enfocan en la afectación de los derechos humanos relativos a la prevención de los malos tratos durante la detención,⁴¹ pero excluye aquellas cuestiones del funcionamiento y mantenimiento de las prisiones.⁴² Dentro de los aspectos relacionados con los Derechos Humanos, la implementación del MNP tiene como objetivo mejorar las medidas de prevención para garantizar los tratos adecuados hacia aquellas personas privadas de libertad⁴³ y no necesariamente considera calificar las condiciones de alojamiento durante de privación de libertad, alimentación, salud, educación y tratamientos para la rehabilitación. En este contexto, cada Estado Parte del PFCCT permitirá al MNP visitar cualquier lugar bajo su jurisdicción en el que haya o pueda haber personas privadas de su libertad por cualquier forma de detención o encar-

37. Fernando Castañeda Portocarrero, "La Defensoría del Pueblo y su Contribución con la Democracia en el Perú", *Derecho & Sociedad* 36 (2010): 294.

38. Ugglá, *The Ombudsman in Latin America*, 449-450.

39. Ugglá, *The Ombudsman in Latin America*, 423-450; Samuel Abad Yupanqui, "La Defensoría del Pueblo: La Experiencia Peruana", *Teoría y Realidad Constitucional* 26, (2010): 481-510; Castañeda, *La Defensoría del Pueblo y su Contribución con la Democracia en el Perú*, 293-298; Iván Lanegra Quispe, "La Defensoría del Pueblo del Perú y la calidad de la democracia", *Polítai* 2, no. 2, (2011): 38-53

40. Ugglá, *The Ombudsman in Latin America*, 441.

41. Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de la Organización de las Naciones Unidas, artículo 1.

42. Christine Bicknell y Malcolm Evans, "Monitoring Prisons: The Increasingly Complex Relationship Between International and Domestic Frameworks", en *Europe in Prisons: Assessing the Impact of European Institutions on National Prison Systems*, eds. Tom Daems y Luc Robert (Cham: Palgrave Macmillan, 2017): 12.

43. *Ibid.*

celamiento o la colocación de una persona en un entorno de custodia público o privado que no se le permita abandonar a voluntad por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa o de otro tipo.⁴⁴ La escasa investigación sobre los MNP⁴⁵ provoca la necesidad de analizar el rol del Defensor del Pueblo como MNP y la supervisión de los establecimientos penitenciarios a cargo del INPE.

La implementación del MNP ha sido adecuada a las necesidades y la estructura política de cada país. En particular, el modelo "*Ombudsman Plus*" comprende la implementación del MNP mediante la designación de una institución nacional de derechos humanos ya existente como tal, a través de la asignación de dichas funciones a una división interna independiente, la creación de una unidad separada con funciones de MNP sujetas al control de gestión directa del Defensor del Pueblo, o bien, la segregación de las funciones del MNP a través del Defensor del Pueblo.⁴⁶ Además, algunos MNP trabajan directamente con la sociedad civil o indirectamente a través de un panel asesor, desconcentran sus estructuras en el caso de los estados federales o a nivel regional, o implementan órganos separados que trabajan como MNP en el caso de estructuras políticamente descentralizadas.⁴⁷

En este contexto, el modelo "*Ombudsman Plus*" ha sido considerado como una alternativa en la mayoría de los países europeos⁴⁸ y también en América Latina. Perú, entre otros países latinoamericanos, ha seguido dicha tradición y la Defensoría del Pueblo ha recibido

el mandato como MNP desde 2016, siendo la "Dirección del MNP" el área a cargo de asumir dichas funciones. Sin embargo, en comparación con otras experiencias como el caso del Reino Unido en el que su MNP está compuesto por 21 órganos estatutarios que incluyen a la sociedad civil entre otros, o en el caso de Dinamarca que realiza visitas bajo el MNP con la sociedad civil o de Hungría que cuenta con la participación de la sociedad civil en un panel asesor, la Defensoría del Pueblo peruana como MNP no genera un espacio que congregue a la academia, funcionarios públicos, políticos, Poder Judicial y Poder Ejecutivo para debatir y planificar sobre temas de justicia penal y penitenciaria de manera integral.

En relación la supervisión penitenciaria, la Defensoría del Pueblo elabora y presenta Informes Anuales de su gestión en general y del MNP, e informes especiales sobre prisiones. Sin embargo, las actuaciones relacionadas con el Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios y el MNP se detallan brevemente en el Informe Anual del Defensor del Pueblo y hacen hincapié en las áreas que aún se mantienen como principal preocupación.

La Defensoría del Pueblo, como MNP, es un actor activo y relevante en los temas de supervisión penitenciaria nacional y dicha institución tiene un trabajo independiente y aislado para analizar e identificar los problemas y hacerlos visibles a la opinión pública. No obstante, los resultados de la Defensoría del Pueblo no han tenido un impacto eficiente en la autoridad en materia penitenciaria debido a la tardía o nula

44. Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de la Organización de las Naciones Unidas, artículo 4.

45. Conforme con Bicknell y Evans, "Monitoring Prisons: The Increasingly Complex Relationship Between International and Domestic Frameworks", la situación de los MNP es examinada en los países europeos.

46. Bicknell y Evans, 15.

47. *Ibid.*

48. *Ibid.*

respuesta del MINJUS o del INPE⁴⁹ ante los requerimientos de información. Por lo tanto, el rol del Defensor del Pueblo en la práctica apunta a la emisión de informes y reclamos en los medios de comunicación pero sin una significativa influencia en el proceso de resolución de problemas dentro del Estado: es un observador crítico pero no se ha involucrado en una estrategia integral para crear conciencia y discusión entre los actores públicos y privados en materia penitenciaria como el MINJUS, el INPE y la sociedad civil.⁵⁰

IV. SUPERVISIÓN Y REFORMAS PENITENCIARIAS DURANTE LA PANDEMIA

La Defensoría del Pueblo ha permitido identificar los problemas del Sistema Penitenciario y ha emitido recomendaciones a las autoridades competentes desde su creación. Considerando que uno de mayores retos se refiere a la deficiente infraestructura penitenciaria, visibilizada reiteradamente en los Informe Anuales, Informe Especiales de Adjuntía y los Informes del MNP, es evidente que los gobiernos deberían considerar la asignación de recursos para el mejoramiento y construcción de nuevos establecimientos penitenciarios como prioridad. Sin embargo, ello no ha sucedido de la manera esperada⁵¹ y la llegada de la COVID-19 agravó las condiciones penitenciarias. Por ello, la Defensoría del Pueblo emitió tres informes

especiales⁵² sobre el sistema penitenciario en pandemia ante la insuficiente respuesta de las autoridades y resulta necesario analizar la capacidad normativa, analítica, de coordinación y entrega de resultados del Estado Peruano ante este contexto.

El Informe Especial N° 03-2020-DP a cargo del Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios indicó que, si bien la capacidad carcelaria es de 40,137 internos, las cárceles poseen una población de 97,111, con un 140% de sobrepoblación carcelaria; y sugirió medidas en materia de salud, seguridad, tratamiento a personas privadas de libertad, reducción de la situación de hacinamiento, vigilancia y control y trabajadores penitenciarios. Sin embargo, debido a la escasa respuesta gubernamental, el Informe Especial N° 08-2020-DP, también emitido por el Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios, propuso acciones para que el Poder Ejecutivo reduzca los niveles de hacinamiento por el brote de COVID-19, tales como el indulto presidencial y la reforma legislativa —aumentar el acceso a la conversión de penales, internos por omisión de alimentos, cambios en la prisión preventiva y vigilancia electrónica personal—, así como incentivar a la Fiscalía y al Poder Judicial para que establezcan criterios de evaluación de los procesos procesales y judiciales vinculados al uso racional y limitado de las detenciones preventivas considerando el contexto carcelario y de

49. Carlos Eduardo Fernández Millán —abogado y Jefe del Programa de Asuntos Penitenciarios de la Defensoría del Pueblo— en discusión con el autor, julio 2020; Federico Javier Llaque Moya —abogado y exvicepresidente del INPE—, en discusión con el autor, julio 2020; Víctor García Toma —abogado, expresidente del Tribunal Constitucional y exministro de Justicia— en discusión con el autor, julio 2020.

50. César Augusto Nakazaki Servigón —abogado y profesor universitario— en discusión con el autor, agosto 2020.

51. El Plan Nacional de Infraestructura, aprobado mediante Decreto Supremo N° 238-2091-EF, no contempla al sector penitenciario dentro de sus proyectos priorizados.

52. Defensoría del Pueblo: Situación de las Personas Privadas de Libertad a Propósito de la Declaratoria de Emergencia Sanitaria, Serie Informes Especiales 03-2020-DP, 6 de abril de 2020, <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/04/Serie-de-Informes-Especiales-N%C2%BA-003-2020-DP.pdf>; Tema II: Medidas para reducir el hacinamiento en el sistema penitenciario frente a la emergencia generada por la COVID-19, Serie Informes Especiales 08-2020-DP, 21 de abril de 2020, <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/04/Serie-de-Informes-Especiales-N%C2%BA-008-2020-DP.pdf>; Informe Especial 4: Condiciones de las personas privadas de libertad en el contexto de emergencia sanitaria por Covid-19, Junio 2020, <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/08/INFORME-ESPECIAL-N%C2%BA-4.pdf>

acuerdo con los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional y la Corte Suprema.

En cuanto a los informes del MNP, la Defensoría del Pueblo ha señalado la importancia de resolver los desafíos penitenciarios en cuanto a la sobrepoblación de las cárceles, el uso prolongado de la prisión preventiva y los derechos humanos de las internas, pues intentan preservar el buen trato hacia la población penitenciaria.⁵³ Por ello, observamos que el MNP ha priorizado la vigilancia de los menores infractores y de las internas como objeto de supervisión permanente, encontrándose éstas últimas a cargo de la autoridad del INPE.⁵⁴ No obstante, el Informe Especial N° 4 del MNP fue emitido durante el brote de COVID-19 visibilizó que el problema de hacinamiento carcelario debe ser resuelto a la brevedad y que la atención médica, alimentación y provisión de agua representan una deficiencia mayor en las cárceles que provocó una reacción violenta en los internos para llamar la atención de las autoridades gubernamentales. Lamentablemente, este informe no incluyó mención alguna sobre las visitas realizadas a establecimientos penitenciarios y representa una gran ausencia por parte de la Defensoría del Pueblo.

A pesar de que el mandato del MNP no sólo comprende los asuntos penitenciarios, sino también cualquier otra situación en la que haya personas privadas de libertad y que dicho MNP pueda supervisar también estas otras áreas como los centros de detención de menores, los

centros de detención temporal de la Policía y los centros de salud que puedan tener pacientes bajo su custodia, es claro observar que la Defensoría del Pueblo no necesariamente estaría supervisando adecuadamente la situación penitenciaria, hallazgos y análisis respecto a los problemas penitenciarios que son comúnmente revisados por el Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios. No podemos negar que la Defensoría del Pueblo del Perú presenta mejoras en su rol de supervisión al ser designada como MNP, pero si dicho rol cubre la totalidad de los establecimientos penitenciarios, éstos no necesariamente reflejarían todos y cada uno de los problemas y el contexto actual penitenciario en detalle.

Las dificultades de la Defensoría del Pueblo, sin embargo, no son exclusivas de dicha institución sino por la capacidad del Estado Peruano. Por ello, es necesario analizar la capacidad normativa, analítica, de entrega de resultados y de coordinación.

1. Capacidad normativa.

Webb⁵⁵ considera que los límites definen el Sistema, ya sean sistemas parciales o límites observados del sistema parcial, y los sistemas no adaptan necesariamente su estructura o límites hacia las externalidades a menos que se consideren "legales", aunque el concepto de "legal" puede cambiar de vez en cuando. Por lo tanto, los límites del derecho se refieren al *"producto de la interacción emergente, del encuentro entre las autocomprensiones de los conjuntos, los pro-*

53. Defensoría del Pueblo, Primer Informe Anual: Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, mayo 2017, https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe_tortura_2016.1.pdf

54. *Ibid*; Defensoría del Pueblo: Segundo Informe Anual: Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, junio 2018, https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/09/Informe_tortura_2018.pdf ; Tercer Informe Anual: Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, mayo 2019, <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/07/Tercer-InformeAnual-MNPT.pdf> ; Cuarto Informe Anual: Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, mayo 2020, https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/05/InformeAnual_MNPT2020_7.pdf

55. Thomas E. Webb, "Exploring System Boundaries", *Law and Critique* 24, no. 2, (2013): 488.

cesos y los conceptos que reclaman la legitimidad otorgada por identificarse como legales, y aquellos conjuntos obligados a comprometerse con ellos; otros procesos sociales y personas".⁵⁶ Sin embargo, los límites influyen en la adaptación de las reglas y la estructura organizativa del sistema debido a su capacidad de aprendizaje y a la memoria de los participantes del sistema, tal y como propone Cilliers.⁵⁷

En caso de que se excluyan los problemas derivados de contextos no lineales, el sistema jurídico puede verse influenciado debido a la capacidad de aprendizaje, en aspectos como una "memoria limitada", la "localidad y contingencia del conocimiento", y las imperfecciones innatas de sus modelos⁵⁸ y por tanto, los resultados pueden ser imprevisibles.

En tal sentido, nuestra Constitución⁵⁹ y el Código de Ejecución Penal⁶⁰, establecen que el Sistema Penitenciario Peruano se centra en el tratamiento y reinserción del interno y en el estado óptimo de las instalaciones penitenciarias.

Sin perjuicio de ello, ante la ausencia de un pronunciamiento por parte del Estado en materia penitenciaria,⁶¹ la Defensoría del Pueblo publicó el 6 de abril de 2020 su primer informe exhortando al gobierno a tomar medidas en el Sistema Penitenciario en áreas tales como salud, seguridad, implementación de mecanis-

mos para la comunicación de los internos y sus familiares, reducción de hacinamiento, monitoreo y control y sobre el personal penitenciario.⁶²

Posteriormente, mediante Decreto Legislativo 1459, publicado el 14 de abril de 2020 se establece el mecanismo para optimizar la conversión de la pena para personas condenadas por el delito de omisión de asistencia familiar y a los pocos días, la Defensoría del Pueblo emite su segundo informe sobre la situación penitenciaria y la pandemia con fecha el 21 de abril de 2020,⁶³ planeando medidas para la reducción del hacinamiento por parte del Poder Ejecutivo —gracias presidenciales y reformas normativas tales como la ampliación de la conversión de la pena, ampliación de beneficios penitenciarios a aquellos sentenciados por omisión de asistencia familiar, cambios en la prisión preventiva y vigilancia electrónica familiar— y acciones a cargo del Ministerio Público y del Poder Judicial.

Luego de ello, el 23 de abril de 2020 se publica el Decreto Supremo N° 004-2020-JUS que aprueba el procedimiento simplificado para la solicitud de gracias presidenciales y el 4 de junio de 2020 se publican los Decretos Legislativos 1513 y 1514 para la implementación de medidas para la reducción de hacinamiento y la optimización de la implementación de equipos de vigilancia electrónica. En dicho mes, a su vez, es publicado el Informe Especial del MNP

56. Thomas E. Webb, "Asylum and Complexity: the vulnerable identity of law as a Complex System", en *Complexity Theory and Law: Mapping an Emergent Jurisprudence*, eds. Jamie Murray, Thomas E. Webb y Steven Wheatley (Abingdon: Routledge, 2019) 72.

57. Webb, *Exploring System Boundaries*, 488.

58. *Ibid*, 489.

59. Constitución Política del Perú, artículo 139, secciones 21-22.

60. Código de Ejecución Penal, Texto Preliminar, artículo III y artículo 3.

61. El Plan Nacional de Preparación y Respuesta al riesgo de la introducción del coronavirus aprobado mediante Resolución Ministerial 039-2020/MINSA no incluye a la población privada de libertad.

62. Ver Defensoría del Pueblo, Informe Especial 03-2020-DP, Capítulo V: Conclusiones y Recomendaciones.

63. Ver Defensoría del Pueblo, Informe Especial 08-2020-DP, Capítulo VI: Propuestas de la Defensoría del Pueblo.

sobre las acciones identificadas como malos tratos a la población peruana en el marco de la pandemia.

Por lo anteriormente expuesto, la Defensoría del Pueblo resalta que durante el brote de la COVID-19, sus recomendaciones fueron tomadas por el gobierno de turno para reducción de hacinamiento.⁶⁴ Si bien en anteriores casos resulta difícil determinar si las sugerencias de dicha institución fueron adoptadas por el Poder Ejecutivo, la pandemia ha permitido identificar esta relación causa-efecto, que si bien ha estado rodeado de críticas y de resultados insuficientes, representa un importante paso en la reforma penitenciaria y evidencia que, a pesar de la existencia de una fragilidad en el liderazgo político del Poder Ejecutivo y tensiones entre el gobierno y el Poder Legislativo, es posible la dación de leyes en favor del interés público.

2. Capacidad analítica.

Un sistema bajo complejidad se refiere a un sistema auto organizado en el que su propia organización surge repentinamente de un contexto no ordenado como resultado de diversas decisiones internas controladas por la interrelación de sus partes. Como consecuencia de las interrelaciones entre dichas partes

y su entorno, el conjunto de la organización trasciende sus componentes y genera comportamientos auto organizados con un impacto no predecible como consecuencia de este contexto no lineal.⁶⁵ Así, el INPE y el MINJUS son considerados dentro de la auto organización del Sistema Penitenciario debido a su capacidad legal de hacer cumplir las leyes y reglamentos del Poder Ejecutivo en materia de gestión penitenciaria, tratamiento de los internos y rehabilitación.

No obstante ello, INPE es un organismo ejecutor público dependiente del MINJUS responsable del Sistema Nacional Penitenciario⁶⁶ que representa una carga para cualquier Ministro de Justicia en funciones: su continuidad, reputación y credibilidad están sujetas a cualquier posible crisis en las prisiones.⁶⁷ En la práctica, el MINJUS opta por trasladar toda la responsabilidad y el riesgo al INPE en caso de que se produzca alguna crisis carcelaria⁶⁸ y dicha situación fue evidente ante las grescas o agresiones, motines y reyertas ocurridas en el 2020 por el brote de COVID-19 en comparación con los años anteriores —ver Tabla 1—, sumada a la inestabilidad política del gobierno del presidente Martín Vizcarra, su vacancia, y los posteriores nombramientos de los presidentes Manuel Merino y Francisco Sagasti por parte del Poder Ejecutivo, y los continuos cambios del Presidente del INPE.⁶⁹

64. Carlos Eduardo Fernández Millán, "Retos y desafíos del Sistema Penitenciario Durante y Después de la Pandemia", sábado 18 de julio de 2020, webinar, Defensoría del Pueblo, <https://www.facebook.com/defensoriaperu/videos/225372545184095/>

65. Webb, *Exploring System Boundaries*, 485-487.

66. De conformidad con el Código de Ejecución Penal, artículo 133, la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia, Ley 29809, artículo 15, y el Decreto Legislativo que fortalece el Sistema Penitenciario Nacional y el Instituto Nacional Penitenciario (INPE), Decreto Legislativo 1328, artículo 6.

67. José Luis Pérez Guadalupe —expresidente del INPE y exministro del Interior— en discusión con el autor, febrero 2020; García Toma, en discusión con el autor; Llaque Moya, en discusión con el autor; Nakazaki Servigón, en discusión con el autor.

68. García Toma, en discusión con el autor.

69. Durante los meses de marzo y diciembre 2020, INPE ha tenido 4 presidentes del Consejo Penitenciario: César Cárdenas, Gerson Villar, Ricardo Castillo y Susana Silva.

Tabla 1. Gresca o Agresión, Reyerta y Motín en el periodo 2016-2020

Año	Gresca o Agresión	Reyerta	Motín	Total
2016	117	8	0	125
2017	175	5	3	183
2018	175	6	4	185
2019	261	8	1	270
2020	238	16	18	272

Fuente: INPE, Dirección de Seguridad Penitenciaria

Ante la dificultad del INPE y el Ministerio de Justicia en evaluar las previsiones y acciones requeridas en materia penitenciaria durante la pandemia, la Defensoría del Pueblo manifestó que las autoridades gubernamentales no han tenido la capacidad técnica y política necesaria para reaccionar a tiempo contra la COVID-19,⁷⁰ informó sobre la ocurrencia de malos tratos durante la pandemia a través de la Dirección del MNP, y propuso recomendaciones a las autoridades públicas en diversas materias, entre ellas los asuntos penitenciarios.⁷¹ La falta de transparencia del INPE durante la pandemia ha sido uno de los principales desafíos y tareas pendientes la institución.

3. Capacidad de entrega de resultados.

Los atractores refieren a donde se dirigen los resultados del sistema y contribuyen a la es-

tructura del entorno complejo describiendo las "influencias sociales" y "estructuras" prevalentes en una sociedad para construir una interpretación que permita entender las razones que generaron la ocurrencia de ciertos eventos en un momento específico.⁷² En particular, los atractores del Sistema Penitenciario pueden ser examinados bajo la Teoría de la Complejidad como parte de la capacidad administrativa en la entrega de resultados.

El régimen penitenciario tiene como objetivo la reeducación, rehabilitación y reinserción del interno en la sociedad al momento de su liberación.⁷³ Reconoce que ningún interno será víctima de violencia moral, mental o física, ni será sometido a torturas o tratos inhumanos o degradantes.⁷⁴ Sin embargo, los atractores del Sistema Penitenciario difieren del escenario ideal estipulado en las leyes y la Defensoría del Pueblo peruana es la institución pública independiente para monitorear dicho contexto.

Si bien el número de procesados recluidos en cárceles ha sido reducido de 35,892 personas —Diciembre 2012— a 34,879 —Diciembre 2019—, el incremento de sentenciados de 25,498 —Diciembre 2012— a 60,669 —Diciembre 2019—⁷⁵ representa una mejoría para la justicia penal dado que existe una mayor población penitenciaria con sentencia. Sin embargo, ello afecta significativamente a la capacidad de albergue y algunos académicos y profesionales consideran que este aspecto debe ser aborda-

70. Fernández Millán, en discusión con el autor.

71. Ver Defensoría del Pueblo, Informe 4, Capítulo VIII.

72. Webb, Exploring System Boundaries, 489.

73. Constitución Política del Perú, artículo 139, secciones 21-22.

74. Constitución Política del Perú, artículo 2, sección 24, literal h.

75. Instituto Nacional Penitenciario; Informe Estadístico Diciembre 2012 (2012), <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/estad%C3%ADstica/2012/369-diciembre2012/file.html> ; Informe Estadístico Diciembre 2019 (2019) <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/documentos/4295-informe-estadistico-diciembre-2019/file.html>

do a través de una reforma integral por parte del Poder Judicial y el Congreso.⁷⁶

Al 15 de marzo de 2020, fecha en la que se anunció la declaración de emergencia, la tasa de hacinamiento en las cárceles era del 141%, y el escenario ideal era reducir el exceso de 56,882 internos para controlar los efectos de

la pandemia en todas las cárceles del país. Según la Unidad Estadística de INPE, en los meses de junio, julio y agosto se presentó un incremento de egresos de los establecimientos penitenciarios, siendo aplicada la remisión condicional de la pena conforme al Decreto Legislativo 1513 a partir del mes de julio — ver Tabla 2—.

Tabla 2. Personas Privadas de Libertad que Egresaron entre marzo-noviembre 2020

Población Penitenciaria	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Set	Oct	Nov
Procesado	373	520	1,214	1,032	973	879	656	593	457
Sentenciado	684	761	1,359	1,311	1,353	1,421	1,284	1,082	931
Total General	1,057	1,281	2,573	2,343	2,326	2,300	1,940	1,675	1,388

Fuente: INPE, Unidad de Estadística

Las expectativas del gobierno y los resultados al promulgar las leyes durante la pandemia siguiendo las sugerencias de la Defensoría del Pueblo para la reducción del hacinamiento muestran que, si bien la formulación legislativa es posible de ser emitida durante periodos de inestabilidad política, existen serias dificultades en su implementación dado que involucra no sólo al INPE sino también al Ministerio de Justicia y al Poder Judicial. Por tanto, es necesario considerar que la supervisión penitenciaria no solo debería tomar en cuenta la elaboración y formulación normativa sino también los mecanismos para su implementación.

La percepción ciudadana es esencial para determinar el éxito o fracaso de políticas durante una emergencia y aspectos tales como la atención de los ciudadanos hacia los desastres, su entendimiento de la respuesta gubernamental y su comportamiento son necesarios de tomar

en cuenta.⁷⁷ Si bien resulta prematuro determinar si las expectativas ciudadanas han sido satisfechas en materia penitenciaria, más aún tomando en cuenta que el resguardo de los derechos humanos de los internos puede generar opiniones contrapuestas, la percepción ciudadana es un aspecto que debe tomarse en cuenta en los resultados que se esperan alcanzar.

4. Capacidad de coordinación.

Los sistemas complejos pueden verse afectados debido a la interacción entre el entorno y las partes del sistema, y Webb considera que los trastornos del sistema pueden ser causados por la inadaptación y el estancamiento. La primera se refiere a que los sistemas no necesariamente se adaptarán adecuadamente debido a la respuesta a los factores ambientales sujetos al conocimiento de la población: las leyes mal adaptadas pueden parecer irrelevantes, dema-

76. Pérez Guadalupe, en discusión con el autor; García Toma, en discusión con el autor; Llaque Moya, en discusión con el autor; Nakazaki Servigón, en discusión con el autor.

77. Saura K. Schneider, "Governmental Response to Disasters: Key Attributes, Expectations and Implications", en *Handbook of Disaster Research*, Segunda edición, eds. Havidán Rodríguez, William Donner y Joseph E. Trainor, (Cham: Springer, 2018) 560-562.

siado rígidas, demasiado flexibles, inexactas o desarticuladas, para aquellos a quienes se aplica la regla.⁷⁸ No obstante, esto último se refiere a que las reglas se olvidan, no se aplican mal ni se reconocen, sino que pasan desapercibidas.⁷⁹ Por lo tanto, los participantes y su libre albedrío en un sistema complejo definen la dirección hacia la que se orienta dicho sistema, y dicha dirección puede quedar bloqueada en un camino de desarrollo particular, a pesar de su no linealidad, a menos que un "trastorno ambiental masivo obligue a un cambio significativo".⁸⁰

En ese contexto, las relaciones entre el INPE y el Ministerio de Justicia con las cortes de justicia, el Congreso y la Defensoría del Pueblo presentan particularidades y han influido, directa o indirectamente, en el Sistema Penitenciario.

En primer lugar, consideramos importante explorar la influencia del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Sistema Penitenciario. La independencia y la discrecionalidad de los jueces para decidir si imponen o no prisiones preventivas,⁸¹ así como para determinar la duración de la pena una vez que una persona es declarada culpable, se reflejan en la población penitenciaria. Las personas detenidas durante la fase de investigación —previa a la acusación penal— o de enjuiciamiento, además de los sentenciados, afectan significativamente la capacidad de infraestructura y el proceso de reinserción dado que los programas de tratamiento

enfocados en aspectos de educación y trabajo no resultan suficientes para atender a toda la población penitenciaria.

Ante dicha situación, la Corte Suprema de Justicia emitió el Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116 con fecha 10 de septiembre de 2019 para establecer un criterio estándar para las detenciones preventivas por parte de los jueces. Sin embargo, las prisiones preventivas aún son mantenidas en la práctica y si bien pueden ser revocadas, dicho proceso de revocación toma tiempo considerando la variable carga procesal de cada juzgado de turno.

En segundo lugar, el Congreso legisla mediante su única cámara en un Estado semi presidencialista bajo un sistema multipartidista desde la Constitución de 1993. Como consecuencia de las elecciones al Congreso y a la Presidencia de la República de 2016, el Poder Legislativo quedó atípicamente liderado por el único partido de la oposición, que obtuvo 73 de los 130 escaños. Dicho contexto generó tensiones entre el Congreso y el Poder Ejecutivo en el que el presidente Kuczynski renunció, el vicepresidente Vizcarra asumió la presidencia, el Congreso fue disuelto y los nuevos parlamentarios iniciaron funciones en marzo de 2020 en el contexto de la pandemia. Al inicio de la pandemia, el Poder Ejecutivo no tenía representación oficial en el Congreso⁸² y las tensiones entre ambos poderes del Estado eran una práctica habitual.

78. Webb, *Tracing an Outline of Legal Complexity*, 491.

79. *Ibid.*, 492.

80. Webb, 2014, 491.

81. Véase el Decreto Legislativo 957, Código Procesal Penal, artículo 268.

82. El vicepresidente Martín Vizcarra asumió la presidencia tras la renuncia de Pedro Pablo Kuczynski el 23 de marzo de 2018 y disolvió el Congreso el 30 de septiembre de 2020 argumentando un voto de confianza negado por los congresistas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional mediante sentencia del 14 de enero de 2020 (Expediente N° 0006-2019-CC/TC) ratificó dicha decisión y los nuevos congresistas iniciaron funciones para el periodo comprendido entre el 19 de marzo de 2020 y el 26 de julio de 2021. Durante este periodo, los conflictos políticos entre el Poder Ejecutivo y el Congreso fueron frecuentes, el partido oficialista —Peruanos por el Cambio— rompió relaciones con el presidente Vizcarra y el Poder Ejecutivo no tuvo congresistas en el nuevo parlamento para el periodo 2020-2021.

La primera iniciativa entre el Congreso y el Poder Ejecutivo fue la delegación de ciertas facultades en temas como salud pública, política fiscal y tributaria, promoción de inversiones, seguridad ciudadana y orden interno, protección de los derechos laborales, educación, prevención y protección de las personas en situación de vulnerabilidad, provisión de bienes y servicios a la población protección de las industrias, cultura y turismo por 45 días calendario mediante la Ley 31011 publicada el 27 de marzo de 2020. Posteriormente, se emitieron los Decretos Legislativos 1459⁸³, 1513⁸⁴ y 1514⁸⁵.

En tercer lugar, la Defensoría del Pueblo ha participado activamente en los desafíos que enfrentaba la población en materia de salud y seguridad debido a las restricciones gubernamentales por la pandemia. En el marco de esta participación, la institución emitió informes sobre la situación carcelaria, entre otros, y sugirió que el tema de la sobrepoblación se abordara de manera prioritaria, y que el Gobierno implementara acciones en materia de salud y reducción del entorno de sobrepoblación ante fácil contagio de la COVID-19. Debido a la proximidad del informe de la Defensoría del Pueblo peruana y la respuesta gubernamental, consideramos que el contexto de la COVID-19 nos permite identificar la relevancia de dicha institución respecto a la realidad carcelaria y las acciones adoptadas por el Poder Ejecutivo.

Los fundamentos de las sugerencias la Defensoría del Pueblo en materia penitenciaria durante la pandemia se centran en una cooperación interinstitucional para abordar la problemática de manera integral en el conjunto del Estado, involucrando a la Policía, el Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Poder Judicial, Fiscalía y MINJUS como principales actores del sistema de justicia penal, Ministerio de la Mujer y Población Vulnerable, Ministerio de Educación, Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, Ministerio de Salud, Ministerio de Cultura y Ministerio de Economía y Finanzas.

Dichas recomendaciones consideran la reforma integral del Sistema Penitenciario y, por ende, modificaciones a la normativa vigente de Ejecución Penal, incremento del presupuesto nacional en materia penitenciaria para infraestructura, seguridad, tratamiento —asistencia psicológica, educativa y sanitaria— y apoyo al cuidado de los hijos de las internas, y exhortar a los jueces a considerar las condiciones de salud mental del interno en su juzgamiento y sanción.

Sin embargo, es necesario resaltar que los informes de la Defensoría del Pueblo presentan limitaciones. Según el Informe Especial de la Defensoría del Pueblo del Perú, sólo 34 de 66 cárceles fueron visitadas en 2011, lo que representa el 80,06% de la población penitenciaria⁸⁶ y sólo 54 de 69, en 2017, lo que representa el 92,52% de la población penitenciaria.⁸⁷ Por lo

83. El Decreto Legislativo 1459 optimiza la aplicación de la conversión automática de la pena para personas condenadas por el delito de omisión de asistencia familiar, a fin de reducir el hacinamiento penitenciario y evitar contagios de COVID-19, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 14 de abril de 2020.

84. El Decreto Legislativo 1513 implementa medidas excepcionales contra el hacinamiento penitenciario, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 4 de junio de 2020.

85. El Decreto Legislativo 1514 optimiza la implementación de la vigilancia electrónica personal como mecanismo coercitivo y sanción penal para reducir el hacinamiento penitenciario, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 4 de junio de 2020.

86. Defensoría del Pueblo, El Sistema Penitenciario: Componente clave de la seguridad y la política criminal. Problemas, retos y perspectivas, Informe Defensorial 154-2011/DP, octubre 2011, <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe-154-FINAL.pdf>

87. Defensoría del Pueblo, Retos del Sistema Penitenciario Peruano: Un diagnóstico de la realidad carcelaria de

(Continúa en siguiente página)

tanto, si bien la mayoría de la población penitenciaria suele ser cubierta bajo la supervisión de la Defensoría del Pueblo peruana, existen algunos internos excluidos y es necesario examinar si dichos informes deberían cumplir con una muestra estadística o cubrir a toda la población penitenciaria.

Por último, el entorno sociocultural representa un reto para el Sistema Penitenciario en cuanto a su legitimidad y a las percepciones de la población. Aunque no existe un consenso para definir el concepto de legitimidad organizacional, los conceptos comunes confluyen hacia una valoración sobre el comportamiento de una organización determinada por el receptor de dicho comportamiento y sujeta a reglas y normas del entorno cultural del receptor.⁸⁸ En particular, Suchman examina tres tipologías: la legitimidad pragmática —basada en la determinación de lo que una organización está entregando a la sociedad—, la legitimidad cognitiva —las organizaciones son aceptadas ya que no hay otra opción— y la legitimidad moral.⁸⁹ Debido a la complejidad en los establecimientos penitenciarios, al no existir otro actor que no sea el INPE encargado de conducir los asuntos penitenciarios, la legitimidad del INPE y sus acciones vinculadas al Sistema Penitenciario se apoya en el enfoque cognitivo.

En ese contexto, podemos observar que no ha existido una coordinación adecuada entre los actores del Sistema Penitenciario previamente y durante la pandemia, dejando de lado aspectos claves para el manejo de emergencias tales como contar con la preparación y experiencia de profesionales ante emergencias, asignación de recursos, canales de comunicación y coordi-

nación, protocolos para la toma de decisiones y procesos y liderazgo.⁹⁰ Por ello, resulta necesario evidenciar que la Defensoría del Pueblo y su supervisión han sido insuficientes.

V. CONCLUSIONES

La capacidad administrativa del Estado Peruano ha representado desafíos a lo largo de estos 200 años de vida republicana y el Sistema Penitenciario, entre otros sectores, es una tarea pendiente de solucionar. La Teoría de la Complejidad permite analizar al Sistema Penitenciario como un sistema adaptativo complejo y su supervisión doméstica a cargo de la Defensoría del Pueblo.

La capacidad del Estado peruano analizada en el Sistema Penitenciario, en su calidad de sistema adaptativo complejo, evidencia que la capacidad normativa ha sido ejercida en la formulación y dación legislativa a pesar de las reiteradas crisis e inestabilidad política. Sin embargo, la capacidad analítica, de entrega de resultados y de coordinación son limitadas y requieren un entendimiento del funcionamiento orgánico del Estado Peruano para que puedan cumplir con las expectativas ciudadanas.

La Defensoría del Pueblo durante la pandemia ha demostrado que puede liderar la promoción y protección de derechos humanos de todos los ciudadanos, y si bien sus recomendaciones poseen un carácter no vinculante, es un paso importante en la reforma del Sistema Penitenciario que las opiniones de dicha institución fueron recogidas por el Poder Ejecutivo en la modificación y promulgación de nueva normatividad para abordar el deshacinamiento de los

mujeres y varones, Informe de Adjuntía 006-2018-DP-ADHDP, diciembre 2018, <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/04/Retos-del-sistema-penitenciario.pdf>.

88. María José Canel y Vilma Luoma-aho, *Public Sector Communication: Closing Gaps Between Citizens and Public Organizations* (Hoboken: John Wiley & Sons Inc., 2019) 139.

89. Canel y Luoma-aho, 142.

90. Schneider, *Governmental Response to Disasters: Key Attributes, Expectations and Implications*, 558-560

establecimientos penitenciarios como una medida a corto plazo.

Sin perjuicio de ello, la Defensoría del Pueblo a través del Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios y la Dirección del MNP presenta limitaciones para congregar a los actores del Estado Peruano y la sociedad civil para replantear las acciones y prioridades en materia penitenciaria. Siendo considerada la Defensoría del Pueblo como una reserva moral, el carácter no vinculante de sus recomendaciones la posiciona con un grado importante de legitimidad por

parte de la ciudadanía y es necesario evaluar si la estructura del MNP bajo el Ombudsman Plus es el más adecuado para establecer reformas a largo plazo que permitan alcanzar los objetivos del Sistema Penitenciario.

Por tanto, consideramos las propuestas de reforma del Sistema Penitenciario deben también considerar la manera en cómo el MNP podría funcionar y generar un espacio de discusión entre el sector público y privado para la mejora de aquellas personas albergadas en establecimientos penitenciarios.



El Delito de Conspiración para el Tráfico Ilícito de Drogas: análisis del cuarto párrafo del artículo 296 del Código Penal



FERNANDO VALDEZ PIMENTEL

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Maestría por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Estudios por la Universidad Phillips Marburg de Alemania.
Juez Especializado en lo Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao.

SUMARIO:

- I. Justificación del problema.
- II. Aproximaciones a un concepto jurídico-penal del delito de conspiración.
- III. Principales características.
- IV. Naturaleza jurídica.
- V. Sobre la autonomía del delito de conspiración.
- VI. El delito de conspiración en el Código Penal de 1991.
- VII. Morfología típica y técnica legislativa del artículo 296 del Código Penal.
- VIII. Análisis del cuarto párrafo del artículo 296 del Código Penal.
- IX. Sobre la aplicación de las agravantes del artículo 297 al cuarto párrafo del artículo 296 del Código Penal. ¿Delito de conspiración para el TID en su modalidad agravada?
 1. Principio de excepcionalidad.
 2. Autonomía del delito de conspiración.
 3. Tipificación comparativa del delito de conspiración.
 4. Principio de lesividad.
 5. Principio de proporcionalidad.
 6. Naturaleza configurativa de las agravantes.
 7. Prohibición de la analogía *in malam partem*.
 8. Interpretación restrictiva de las leyes que restringen derechos.



RESUMEN:

El autor realiza un análisis de lo que debe entenderse por el delito de conspiración en un marco general, para posteriormente interpretar los delitos conspirativos en la legislación penal, haciéndose énfasis en el delito conspirativo para el tráfico de drogas. Asimismo, centra su atención en responder si es dogmáticamente posible y constitucionalmente legítimo aplicar las agravantes del artículo 297 al cuarto párrafo del artículo 296 del Código Penal, concluyendo que no lo es.

Palabras clave: Conspiración, actos preparatorios, concertación, agravantes, principios, proporcionalidad, bien jurídico.

ABSTRACT:

The author analyzes what should be understood by the crime of conspiracy in a general framework, to later interpret conspiracy crimes according to criminal law, emphasizing the crime of conspiracy for drug trafficking. Likewise, he focuses his attention on answering whether it is dogmatically possible and constitutionally legitimate to apply the aggravating circumstances of article 297 to the fourth paragraph of article 296 of the Penal Code, concluding that it is not.

Keywords: conspiracy, preparatory acts, collusion, aggravating circumstances, principles, proportionality, legal asset.

I. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

Uno de los temas recurrentes que está siendo materia de investigación y juzgamiento es el delito de conspiración para el tráfico ilícito de drogas — TID. Las fiscalías especializadas en los diferentes casos emblemáticos, como el de Gerald Oropeza López¹, Gerson Gálvez Calle y Renzo Espinoza Brissolesi² —cabecillas de la banda “Barrio King”—, “Teniente del Ejército Peruano en el VRAEM”³, “droga bamba o yeso”⁴, etcétera,

en los que no se encontró droga, han logrado, sin embargo, gracias a las diferentes técnicas de investigación —como el levantamiento del secreto de las comunicaciones o el servicio de inteligencia, encontrar claros indicios o pruebas de que dos o más personas han concertado o están en proceso de concertación para traficar droga o realizar alguna actividad vinculada al tráfico ilícito de drogas, prescrito en el artículo 296 del Código Penal — en adelante, el “Código”— su exitosa persecución. El Ministerio Pú-

1. Expediente N° 122-2015 a cargo del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional y de la Segunda Fiscalía Corporativa Especializada en Criminalidad Organizada de Lima, Cuarto Equipo. La Fiscalía lo acusa por el delito de conspiración para el tráfico ilícito de drogas en su modalidad agravada —ser cabecilla de una organización criminal— y solicita 29 años de privación de la libertad. Para mayor referencia: “Audiencia De Control De Acusación Contra Presunta Organización Criminal Liderada Por Gerald Oropeza”, YouTube (Justicia TV, 3 de octubre de 2018), <https://www.youtube.com/watch?v=2nD1h8XwOH0>.
2. A quienes se le acusa, entre otros, por el delito de conspiración para el tráfico ilícito de drogas en la modalidad agravada por forma parte de una organización criminal. Para mayor referencia: “PJ dicta prisión preventiva para ‘Renzito’”, YouTube (Justicia TV, 26 de enero de 2016), <https://www.youtube.com/watch?v=CnZc-D8yugc&t=324s>.
3. Expediente N° 33-2015 a cargo del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional y de la Segunda Fiscalía Corporativa Especializada en Criminalidad Organizada de Lima, Segundo Equipo. Caso “El Soldado”, difundido en el programa Panorama: “Teniente EP cobraba cupos a narcos en el VRAEM – TV – 5 – 25 OCT 15”, YouTube (RESUMEN, 25 de octubre de 2015), <https://www.youtube.com/watch?v=gehzvRdNpsk>.
4. Expediente N° 156-2014, caso en el cual se intervino a cinco personas en la ciudad de Pisco con aproximadamente 50 kilos de una sustancia blanquecina tipo ladrillo, pero que luego de los análisis respectivos se confirmó que no era pasta básica de cocaína, sino yeso. Sandra Gutierrez Iquise, “Investigados Que Transportaban Yeso Son Condenados Por Conspiración Al Tráfico De Drogas,” LP, 24 de julio de 2018, <https://legis.pe/conspiracion-trafico-drogas-transportando-yeso/>.

blico en todos estos casos ha formulado acusación por el delito de conspiración para el tráfico ilícito de drogas —tipificado en el cuarto párrafo del artículo 296— en su modalidad agravada. Principalmente, aplican las agravantes del numeral 6 —que el hecho es cometido por una pluralidad de personas o por una organización criminal— y la del numeral 7 —que la droga a comercializarse exceda las cantidades establecidas— del artículo 297 del Código.

Sin mayor reparo, se da por asumido por los operadores jurídicos que el artículo 296 del Código es el tipo base del delito de TID.⁵ Esto es porque la norma penal matriz o genérica define qué actos configuran dicho delito.⁶ En consecuencia, se presupone que los demás tipos penales sobre el tráfico de drogas están vinculados de forma directa o indirecta con el artículo 296, ya sea añadiendo una circunstancia agravante o atenuante. Sin embargo, el artículo 296 no tipifica un solo delito, sino cuatro delitos diferentes: se trata de un texto legal complejo donde el legislador —utilizando una mala técnica legislativa— ha buscado reunir en un solo dispositivo legal cuatro modalidades posibles de intervenir en el proceso o circuito estratégico, productivo y de comercialización ilegal de drogas fiscalizadas⁷; pese a que las conductas tipificadas tienen estructura y características diferentes.

Si bien la tipificación del delito de conspiración para TID se ubica en el artículo 296, esto no implica necesariamente que forme parte de él, porque dogmáticamente responde a una naturaleza jurídica distinta a la del delito de TID en su fase consumada. En tal sentido, la aplicación de las agravantes del artículo 297 a cada uno de los supuestos del artículo 296,

por lo menos, merece una especial reflexión, con miras a evitar excesos punitivos, por la falta de claridad en la delimitación teórica. En consecuencia, se hace necesario un estudio que responda a las siguientes interrogantes: ¿qué debe entenderse por el delito de conspiración? ¿Cuál es la naturaleza jurídica del delito de conspiración? ¿Es correcto que la tipificación del delito de conspiración se ubique en el mismo tipo penal que regula la consumación delictiva? ¿En nuestra legislación penal existe el delito de conspiración en su modalidad agravada? ¿Es constitucionalmente legítima y dogmáticamente posible la aplicación de las circunstancias agravantes del artículo 297 al cuarto párrafo del artículo 296 del Código? En otras palabras, ¿es jurídicamente factible la aplicación de las agravantes establecidas en el artículo 297 del Código al delito de conspiración para el tráfico ilícito de drogas? Responder a cada una de ellas es el objetivo que pretende el presente trabajo.

II. APROXIMACIONES A UN CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DEL DELITO DE CONSPIRACIÓN

Tenemos a Beccaria como el antecedente más próximo que ha escrito sobre el concepto jurídico penal de conspiración. En su obra cumbre, señala: *“aunque las leyes no castiguen la intención, no por eso decimos que un delito cuando empieza por alguna acción que manifiesta la voluntad de cometerlo no merezca algún castigo, pero siempre menor a la misma comisión de él”*.⁸ Por otro lado, los diccionarios jurídicos más connotados nos dan ideas sobre el concepto. Así, por ejemplo, el diccionario de Cabanellas señala que *“es el acto de unirse secretamente algunos o muchos contra su soberano o gobierno,*

5. Véase Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116.

6. En forma crítica, Víctor Prado Saldarriaga, *Criminalidad Organizada – Parte Especial* (Lima: Instituto Pacífico, 2016), 137.

7. *Ibíd.*

8. César Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas* (Madrid: Fondo Editorial Universidad Carlos III de Madrid, 2013), 76.

pero también es la conjuración o confabulación de varias personas contra alguno, con el objeto de perderle o causarle daño”.⁹ Sin embargo, es el diccionario Black el que nos confiere una definición estrictamente penal y precisa de conspiración: “es una combinación o confederación entre dos o más personas con el propósito de cometer, por sus esfuerzos conjuntos, algún acto ilegal o criminal”.¹⁰

En el mundo jurídico, se nos hace muy difícil proponer un concepto al margen de la Ley, dificultad que se acrecienta porque nuestro Código Penal no propone una definición; sin embargo, tomaremos como referencia a la legislación comparada, a la jurisprudencia y a los autores que sobre el tema han escrito — que son pocos—, para aproximarnos a la definición. Sin duda, una de las referencias legislativas de gran influencia en nuestro país es la española. Así, el artículo 17.1 del Código Penal español señala: “[l]a conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”. Interpretando el mencionado dispositivo legal, el Tribunal Supremo Español, en la sentencia N° 144/2018¹¹ del 22 marzo de 2018, señaló lo siguiente:

“La conspiración pertenece a una fase del iter criminis anterior a la ejecución, por lo que tiene hasta cierto punto naturaleza de acto preparatorio, y se ubica entre la ideación impune y las formas imperfectas de ejecución, como una especie de coautoría anticipada que determinados autores des-

plazan hacia el área de la incriminación excepcional de algunas resoluciones manifestadas, pero que, en todo caso, se caracteriza por la conjunción del pactum scaeleris o concierto previo, y la resolución firme o decisión sería de ejecución”.

En similar sentido, la Corte Suprema de Justicia de la República, interpretando el último párrafo del artículo 296 del Código, en el Recurso de Nulidad N° 2350-2009 del 18 de marzo del año 2010, indicó:

*“(…) ahora bien, los actos de conspiración importan una forma de coautoría anticipada, en cuya virtud dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven realizarlos (...) por lo que tendrán esa condición los que piensan intervenir como autores en fase ejecutiva del referido delito y reúnen los requisitos para ello; que por consiguiente, como son formas de participación intentada en el delito o formas preparatorias punibles de participación, si la conducta efectivamente acordada se lleva a cabo se está ante un supuesto típico distinto (...)”.*¹²

Es decir, el delito de conspiración pertenece a la expresión de la expansión del Derecho Penal, se encuentra en la categoría de los delitos excepcionales y consiste en la punición de determinadas conductas preparatorias debido a su alta peligrosidad para los bienes jurídicos. Se trata de una fase del *iter criminis* anterior a la ejecución, entre la mera ideación impune y

-
9. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Diccionario Jurídico Elemental* (Buenos Aires: ELIESTA S.R.L., 11° ed., 1999), 250.
 10. Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary* (Eagan: West Publishing, 2° ed., 1910), <https://espanol.thelawdictionary.org/>.
 11. Véanse Sentencias del Tribunal Supremo N° 77/2007, 321/2007, 1140/2010, 234/2017, entre otras.
 12. En forma similar nuestra Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N° 921-2012-Amazonas, que refiriéndose a tema dijo: “(...) el delito de conspiración es una combinación o confederación entre dos o más personas con el propósito de cometer, por sus esfuerzos conjuntos algún acto ilegal o criminal, dicho delito pertenece a la fase del *iter criminis* anterior a la ejecución del delito (...)”.

las formas ejecutivas imperfectas, por ello que se considere una especie de coautoría anticipada.¹³ Consiste en participar de una concertación para realizar actos delictivos futuros.¹⁴ Los conspiradores, pues, se deben limitar a idear y bosquejar acciones o estructuras criminales que se materializarán en un futuro próximo o mediato. Ellos realizan únicamente actos preparatorios donde lo esencial es el intercambio o el acuerdo de voluntades en relación a un proyecto delictivo común.¹⁵

Cuello Contreras dice que la conspiración supone un proceso en el que varios sujetos se encuentran y, del intercambio de ideas y propósitos, nace —entre ellos— una decisión firme y precisa de ejecutar el delito; es decir, de hacer algo juntos que de otra manera no harían por separado¹⁶. En este sentido, se habla de actos preparatorios intensos o intensificados.

En este caso, la meta —el delito— es decisión de todos los conspiradores, sin que pueda hablarse de corrupción en el sentido de que alguno determine a otro, o todos se determinen entre sí, a realizar algo contrario a su personalidad.¹⁷ Esta infracción penal es de mera actividad y se perfecciona, pues, con el acuerdo de los conspiradores. Por lo tanto, no será necesario para la realización típica que el proyecto criminal futuro se implemente materialmente, ni

que su concreción sea exitosa o fracase, o que en su ejecución intervenga directa o indirectamente el conspirador.¹⁸

La razón de la punición anticipada radica en que lo posterior a los actos preparatorios se dirige a la realización de un delito muy grave. La gravedad del delito es lo que fundamenta la conspiración; de allí que hablar de conspiración para delitos leves sería no sería posible. Se parte de la premisa, dada la gravedad del delito, de que esperar el comienzo de la ejecución resulta ineficaz para su prevención. El legislador adelanta las barreras de la punición y se sitúa antes de la tentativa, es decir, antes de que se inicie la realización del tipo. Se trata, por lo tanto, de un motivo de prevención de la peligrosidad evidenciada socialmente con conductas dirigidas a dar inicio a un delito. Ahora bien, no se trata de prevenir cualquier conducta previa a un delito, sino solo aquellas que, dada su manifestación, nos llevan de forma inequívoca a la comisión de un delito.

Resumiendo, podríamos decir que la conspiración surge de la existencia de un concierto previo entre dos o más personas; la finalidad del concierto necesariamente debe ser delictiva; y, tal finalidad debe ser expresada en el mundo exterior mediante actividades manifestamente criminales —actos preparatorios intensificados—. Y en dicha medida, mientras

13. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general* (Buenos Aires: IbdeF, 10° ed., 2016), 351. La conspiración constituye una forma previa a la coautoría, es una coautoría anticipada. Las consecuencias de asumir el delito de conspiración en una coautoría anticipada son dos: a) solo pueden ser sujetos de la conspiración quienes reúnen, según el tipo penal, las condiciones necesarias para ser autores del delito proyectado y b) la resolución de ejecutar el hecho debe constituir una resolución firme de ser coautor de un delito en concreto.

14. Saldarriaga, *Criminalidad Organizada...* p. 154

15. Víctor Prado Saldarriaga, "Tráfico ilícito de drogas y conductas conexas", http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_68.pdf.

16. Joaquín Cuello Contreras, *La conspiración para cometer el delito: interpretación del art. 4, I, CP (los actos preparatorios de las participación)* (Barcelona: Bosch, 1987), 14.

17. *Ibíd.*, 16.

18. Víctor Prado Saldarriaga, "Tráfico ilícito de drogas y conductas conexas".

no se adopte la decisión de cometer el delito no puede existir conspiración y, a lo sumo, habrá un acto preparatorio impune.¹⁹ Como se dijo, es una especie de coautoría anticipada que determinados autores desplazan hacia el área de la incriminación excepcional de algunas resoluciones manifestadas; pero que, en todo caso, se caracteriza por la conjunción del *pactum scaeleris* o concierto previo, y la resolución firme de su ejecución.

III. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

Es la jurisprudencia y los teóricos españoles quienes mejor han trabajado este tema. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo español N° 886/2007, tal órgano indicó que el delito de conspiración siempre requiere un concierto de voluntades, con decisión dificultosa y concreta de realización de un delito conforme a un proyecto viable. Entre los elementos más destacados que lo caracterizan, señaló:

- a) Ha de mediar un concierto de voluntades entre dos o más personas;
- b) Una orientación de todas las voluntades o propósitos al mismo hecho delictivo;
- c) La decisión definitiva y firme de ejecutar un delito, plasmada en un plan concreto y determinado;
- d) La actuación dolosa de cada concertado, que debe ser consciente, asumir lo que se pacta y la decisión de llevarlo a cabo;
- e) La viabilidad del proyecto delictivo;
- f) Que no se haya dado comienzo a la ejecución delictiva; y,

- g) La existencia de un lapso de tiempo relevante entre el proyecto y la acción que permita apreciar una mínima firmeza de la resolución, ya que no puede ser repentina.

En cuanto al número de participantes, la conspiración por lo general se refiere a un acuerdo entre dos o más personas para cometer un delito. Cabe precisar que la sola existencia de dos o más personas no tipificaría el delito de conspiración, puesto que dicha consideración infringe el principio de proscripción de responsabilidad objetiva —artículo VII del Título Preliminar del Código—, sino que se hace necesario el concierto común y delictivo de todos los agentes.²⁰ Tal como es configurada la conspiración, no existe conspiración individual —de una sola persona—, sino conspiración plural; los sujetos que conspiran han de acordar resolver colectivamente la ejecución de un delito: se precisa el acuerdo plural o colectivo, de manera que la resolución criminal es conjunta, fruto de una deliberación por parte de todos los conspiradores.²¹ Ahora bien, por lo menos una persona —el coconspirador— debe ejecutar un acto manifiesto.

Un acto manifiesto es un acto con alta probabilidad delictiva del delito acordado, es más que un acto de planear un delito. Sin embargo, no tiene que ser un acto criminal en sí: podría ser algo tan lícito como hacer una llamada telefónica, rentar un auto o escribir una carta, pero con una finalidad delictiva previamente acordada. Ahora bien, el acuerdo entre los coconspiradores no tiene que ser un acuerdo explícito, deta-

19. Fernando Sequeros Sazartónil, *El delito de tráfico de drogas en el ordenamiento jurídico* (Madrid: La Ley, 2000), 323 y ss. Es incompatible con la iniciación ejecutiva material del delito, que supondría ya la presencia de coautores o partícipes de un delito intentado o consumado, pero requiere, en todo caso, que los conspiradores desarrollen una actividad precisa y concreta con realidad material y tangible que ponga de relieve la voluntad de delinquir, sin recurrir a tan solo meras conjeturas o suposiciones. Se caracteriza por la conjunción del concierto previo y la firme resolución, previo análisis probatorio tanto subjetivo como objetivo.

20. En este sentido resolvió el Acuerdo Plenario N° 3-2005/CJ-116, sobre los alcances del artículo 297, numeral 6 del Código Penal e intervención de tres o más agentes, y también el Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116.

21. Miguel Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial, adaptadas a la ley orgánica 5/2010 de Reforma del Código penal* (Madrid: Tecnos, tomo II, 2011), 214. También en el mismo sentido Joaquín Cuello Contreras, Op. Cit., 17.

llado o formal para cometer el delito. Se podrá deducir si se ha conspirado o no en función a los hechos y a las circunstancias de cada caso.

Por otro lado, debemos destacar y enfatizar que el delito de conspiración pertenece al régimen de excepcionalidad, de tercera velocidad o derecho penal del enemigo y, por ende, la interpretación debe ser lo más restrictiva posible. Deben utilizarse todas las herramientas que la historia jurídica y la dogmática nos han dado para controlar los excesos punitivos. Es en circunstancias como estas en las que debe prevalecer, sin excepción, todos los principios y garantías pro homine. Joshi Jubert señala: “[I] a configuración por parte de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria de este delito como de peligro abstracto o de mera actividad y de consumación anticipada ha sido determinante para no admitir o hacerlo de forma excepcional (...)”.²²

IV. NATURALEZA JURÍDICA

Este delito, como ya se dijo, tiene una naturaleza excepcional. En consecuencia, en el marco de un Estado Constitucional, no cabe otra que limitar su interpretación y aplicación. En caso contrario, se corre el riesgo de punir meras imaginaciones o pensamientos —*cogitationis poenam nemo patitur*—; lo que nos llevaría a un Derecho Penal totalitario o de autor. Solo por razones de política criminal se comprende por qué el legislador castiga conductas preparatorias; a juicio de Jescheck, éstas deben cumplir con dos características:

- a) Se trata de tipos penales cuya peculiaridad demanda una intervención especialmente precoz, de lo contrario, no se conseguiría nada mediante la pena; y,
- b) Son supuestos típicos especialmente peligrosos.²³

Para Mir Puig, la razón del castigo de los actos preparatorios es la especial peligrosidad que encierra la implicación de otras personas en el proyecto criminal.²⁴ Ésta ha de verse, pues, en la peligrosidad objetiva de determinados actos dirigidos a consumir el delito, en la medida en que dicha peligrosidad se manifiesta ya *ex ante*.²⁵

Jakobs sostiene, en tanto que la preparación no se limita a los planes de un sujeto singular sino que se objetiva mediante el planteamiento común de varios sujetos, el Derecho positivo la pune en varios casos, sin sujetarse a los límites que traza para el Derecho Penal el estatus de ciudadano que delinque.²⁶

El delito de conspiración tiene naturaleza jurídica de ser una forma de resolución manifiesta que, dentro de la teoría del delito, pertenece al ámbito de los actos preparatorios —aunque existen algunos autores que prefieren ubicarlo en un estadio intermedio, entre la fase interna y los actos preparatorios propiamente dichos,²⁷ algo así como actos pre preparatorios—; y, siguiendo el *iter criminis*, se ubica en una fase anterior a la ejecución, es decir, entre la ideación impune y la tentativa. Ahora bien, esta tipología delictiva se presenta, exclusivamente, mien-

22. Ujala Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico ilícito de drogas* (Barcelona: Bosch, 1999), 227.

23. Hans Jescheck y Thomas Weidend, *Tratado de Derecho Penal, parte general*. Trad por Miguel Olmedo Cardenete (Granada: Comares S.L., 2002), 562 y ss.

24. Mir Puig, *Derecho Penal...* P.351.

25. *Ibid*, p. 349.

26. Vemos que Jakobs nos refiere que la punibilidad de los actos preparatorios no es digna del derecho penal del ciudadano; dejando entrever que esta tipología pertenece al derecho penal del enemigo. Günther Jakobs, *Derecho Penal, parte general*. Trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo (Madrid: Marcial Pons, 1997), 858.

27. Es el caso, por ejemplo, de Fernando Sequeros Sazartónil, *El delito de tráfico...* p.320 y ss.

tras el delito finalidad o delito por el cual se ha conspirado no se comete ni en su modalidad de tentativa, pues de hacerlo queda absorbido por este último —artículo 16 del Código—. No es aplicable, por ende, cuando el delito proyectado ya se ejecutó o está en proceso de ejecución, pues en ese caso la tentativa absorbería la conspiración.²⁸ El Tribunal Supremo Español, en la sentencia N° 144/2018, dijo que la conspiración, caracterizada por la conjunción del concierto previo y la firme resolución, es incompatible con la iniciación de la ejecución material del delito. Tal infracción desaparece y se disipa como forma punible sancionable cuando el hecho concertado pasa a vías ulteriores de realización —cualquiera que éstas sean—, ya que entonces esas ejecuciones absorben por completo los conciertos e ideaciones anteriores al ser puestas en marcha.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Recurso de Nulidad N° 921-2012-Amazonas, en el que se había condenado en primera y segunda instancia tanto por el delito de conspiración para el tráfico ilícito de drogas como por el delito de tráfico ilícito de drogas —una aberración jurídica—, manifestó que el delito de conspiración pertenece a la fase del *iter criminis* anterior a la ejecución del delito de tráfico ilícito de drogas; es decir, no es aplicable la conspiración cuando el delito proyectado ya se ejecuta, pues en este caso la tentativa absorbería la conspiración. Por lo tanto, es un tipo penal subsidiario o residual.

En otras palabras, si los sujetos concertados dan inicio a la realización del hecho típico, inmediatamente debemos entender que los partícipes han traspasado el ámbito de los actos preparatorios y, por ende, la conspiración, ingresando a la esfera normalmente sancionable por el Derecho Penal —esto es, la tentativa, frustración, consumación o agotamiento

de un delito determinado—. Por lo tanto, una vez que los partícipes realizan hechos directos para consumir el plan criminal, ya no cabe castigar la conducta a título de conspiración, sino, se debe imponer la sanción establecida para el tipo penal específico, de acuerdo a la etapa de ejecución del delito en que éste se haya desarrollado —a diferencia de los países que siguen la tradición del *common law*, en los que es posible la punibilidad de los dos delitos a su vez—. Por ejemplo, no cabe que se sancione por el delito de conspiración para el sicariato —artículo 108-D— y a su vez se sancione por el delito de sicariato — artículo 108-C—. Se presenta, pues, la figura del concurso aparente de leyes que debe ser resuelto mediante el principio de consunción; es decir, que el delito fin consume o absorbe al de conspiración.

Es un delito de mera actividad y se emplea la técnica legislativa del peligro abstracto porque no existe un peligro inminente de lesión a un bien jurídico. Precisamente en este punto se debate su legitimación, porque nuestro Código Penal requiere de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Por otro lado, debemos decir que, en términos legales, la conspiración es de personas, siendo no relevante la existencia de una organización de por medio; aunque es verdad que una organización delictiva, casi siempre antes de la comisión de determinado delito, cometerá un acto de conspiración como fase previa.

Por otro lado, en la parte subjetiva del delito, es un delito doloso por naturaleza; por ende, se exige que haya prueba en un doble sentido²⁹:

- a) Que se acredite que en el delito que se pretende cometer concurrían todos los elementos de hecho que se requieran para esa figura de infracción principal; y,
- b) Que se acredite la presencia de los requisi-

28. Nelly Aurora Castro Olaechea, "Ensayo sobre la conspiración en el Código Penal Peruano", <https://docplayer.es/43005851-Ensayo-sobre-la-conspiracion-en-el-codigo-penal-peruano.html>. En este mismo sentido, Víctor Prado Saldarriaga, *Criminalidad Organizada – Parte Especial*, 155.

29. Sentencia del Tribunal Supremo español N° 120/2009.

tos que el tipo penal exige en su definición de la conspiración, a saber, que dos o más personas se pongan de acuerdo —“se conciertan”— para la ejecución de un delito y que resuelvan ejecutarlo.

V. SOBRE LA AUTONOMÍA DEL DELITO DE CONSPIRACIÓN

El Tribunal Supremo español, en su sentencia N° 1129/2002, respecto de la autonomía de la conspiración, dijo que se trata de un delito de características híbridas, pues si bien se le ha considerado en muchas ocasiones como delito de dinámica propia, no es fácil olvidar que, al mismo tiempo y de una forma indefectible, es subsidiario o dependiente de otro que podemos llamar principal, o lo que es lo mismo, podríamos decir que se trata de un delito simplemente "mediato" y no "inmediato"; de características parecidas, según una parte de la doctrina, a lo que se ha dado en llamar una tentativa de peligro. Por tanto, la independencia tipológica de estos delitos es más aparente que real.³⁰

Polaino-Orts es de la idea que los delitos de conspiración como provocación son un delito de consumación anticipada con plena autonomía.³¹ Mir Puig sostiene que la conspiración es, en sí misma, un conjunto de delitos distintos al hecho consumado a que se dirigen; mas, en cuanto son formas previas de codelincuencia,

son solo delitos dependientes, no autónomos, como los tipos de participación respecto del hecho del autor.³²

Por nuestra parte, somos de la opinión de que en este tema debemos diferenciar su autonomía desde dos perspectivas: autonomía respecto de la naturaleza jurídica y autonomía respecto de su tipificación.

En cuanto a la primera, la autonomía es plena, porque son actos preparatorios punibles: por ende, como fase dentro del *iter criminis* es independiente de la ejecución y la consumación.³³ La conspiración es un delito independiente del delito fin que se va a perpetrar y dentro del *iter criminis* tiene una fase propia que el legislador tiene por bien castigar como un delito más. Es un delito ejemplo de la tendencia punitiva estatal, es un adelantamiento de las barreras de punibilidad.

En cuanto a la segunda, posee una autonomía relativa, porque no existe el delito de conspiración en sí, sino que siempre será conspiración de o para algo. Son los tipos penales quienes sirven como criterios de orientación para determinar conspiración de qué delito es. Por ejemplo, nuestro Código Penal, en su artículo 108-D, tipifica el delito de conspiración para el sicariato; en el 296, conspiración para el tráfico ilícito de drogas; en el 349, conspiración para el delito de rebelión, sedición o motín; etc.

30. Interpretando la legislación penal española, señala: “(...) porque, de un lado, el art. 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida a la “ejecución de un delito” y, de otras, porque el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pretendido (delito “matriz”), en este caso concreto, al tratarse de tráfico de drogas, con la pena inferior en uno o dos grados a los previstos para aquél (art. 373)”.

31. Miguel Polaino-Orts, *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del enemigo* (Lima: Grijley, 2009), 364.

32. Véase Mir Puig, *Derecho Penal...* p. 351.

33. Como se dijo, los actos preparatorios punibles han sido en ocasiones interpretados como específicas formas de “tentativa de participación”; es decir, como inicio de las formas de participación que ya conocemos. De ser así, debería regir la accesoriadad limitada de la participación, pero no sería posible porque por definición no ha dado comienzo todavía el tipo. Se exige entonces la accesoriadad sólo hipotéticamente, como afirma Jescheck, si bien es preferible entender que nos hallamos ante delitos, pero que no son autónomos —postura defendida por Mir Puig—, en cuanto dependen del delito al que vienen a preparar; y así la pena del delito al que van dirigidos sirve de punto de referencia para la penalidad de los actos preparatorios.

VI. EL DELITO DE CONSPIRACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991

En el Código Penal vigente no encontramos referencia alguna en la parte general —como lo hay en España y en Chile—, acerca de lo que debe entenderse por conspiración; pese a que en su parte especial, desde su promulgación en el año 1991, se ha sancionado conductas bajo esta nomenclatura: por ejemplo, la conspiración para cometer los delitos de rebelión, sedición o motín —artículo 349—. La tendencia actual de la legislación penal peruana es de incorporar la figura de conspiración a nuevos delitos, pero regulándolos en la parte especial del Código.³⁴ En efecto, además de la conspiración para la rebelión, sedición o motín; en el año 2007 se incorporó el de conspiración para el TID —artículo 296—; en 2015 se incorporó a la Ley 25475 el artículo 6-B, mediante el cual se añadió el delito de conspiración al terrorismo; también en el año 2015, mediante el artículo 108-D del Código, se configuró el delito de conspiración para el sicariato.

Como ya se manifestó anteriormente, la incorporación de estas formas de preparación “autónoma” en el ámbito punible se debe a consideraciones político-criminales, antes que a aspectos jurídico-dogmáticos; pues si se respetaran estos últimos, ninguno de los delitos mencionados resistirían un análisis desde un Derecho Penal acorde al Estado Constitucional, ya que invade el fuero previo a la ejecución típica del bien jurídico, es decir, se aleja en demasía a la efectiva lesividad objetiva del bien jurídico penal. Si bien

los delitos de peligro —sobre todo el peligro concreto— están legitimados en el Derecho Penal moderno; el concepto de peligrosidad de los actos preparatorios es muy remoto. Habrá que advertir que la razón fundamental del castigo de los actos preparatorios punibles es la especial peligrosidad que encierra la implicación de otras personas en el proyecto criminal.

VII. MORFOLOGÍA TÍPICA Y TÉCNICA LEGISLATIVA DEL ARTÍCULO 296 DEL CÓDIGO PENAL

Los cuatro supuestos fácticos que tipifica el artículo en mención son los que se describen a continuación:

- a) El primer párrafo se refiere a la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas, mediante la fabricación o tráfico.
- b) El segundo párrafo describe la posesión de drogas para su tráfico.
- c) El tercer párrafo hace referencia a la comercialización de materias primas o insumos destinados a la elaboración y actos afines de la droga.
- d) El último párrafo contempla la conspiración para promover, favorecer o facilitar el tráfico de drogas.

Analizando, diremos que el legislador ha utilizado diferentes formas de tipificación en los cuatro supuestos. Es así como, en el supuesto regulado en el párrafo primero, se presenta la técnica jurídica del delito de peligro concreto.³⁵

34. En nuestra opinión, solo es cuestión de tiempo para que se incorpore el delito de conspiración en el rubro de los delitos cometidos por funcionario públicos, específicamente en los de corrupción de funcionarios. La Corte Suprema ya dijo que el delito de “colusión simple” es un delito de conspiración; véase Casación N° 542-2017-Lambayeque, emitida el 3 de mayo de 2019.

35. Aunque en opinión de Bramont-Arias Torres y García Cantizano, este supuesto supondría un delito de peligro abstracto y por ende no admite tentativa. Véase Luis Alberto Bramont-Arias Torres y María del Carmen García Cantizano, *Manual de Derecho penal, parte especial* (Lima: San Marcos, 3° ed., 1997), 526. El autor nacional Frisancho Aparicio no desarrolla una posición clara al respecto, limitándose en señalar que la consumación se configura cuando el autor coloque en una situación de riesgo al bien jurídico —Cfr. Manuel Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de dinero* (Lima: Jurista Editores, 2002), 88 y ss.—. Por otro lado, quien opina que este supuesto configura un delito de peligro concreto, es el Juez Supremo Prado Saldarriaga. Véase Víctor Prado Saldarriaga, *Comentarios al Código Penal de 1991* (Lima: Alternativa, 1999), 144.

En cambio, los actos tipificados en el párrafo segundo están configurados como una conducta de peligro abstracto; y las consideradas en los párrafos tercero y cuarto constituyen la criminalización autónoma de formas específicas de participación y de actos preparatorios.³⁶

Empero, la redacción actual del artículo 296 del Código es una muestra de deficiente técnica legislativa, porque son cuatro tipos de conductas delictivas diferentes. Cada una de ellas posee características propias que aluden a elementos típicos y momentos consumativos diferenciados, por lo que su inclusión en una sola disposición no es técnicamente adecuada. En este mismo sentido opina Balladares Aparicio, quien menciona que en el artículo 296 no hay un tipo básico modelo.³⁷ Refiriéndose a la ubicación del último párrafo del artículo 296, Prado Saldarriaga muestra su desacuerdo señalando que lo objetable radica en la ubicación sistemática de esta conducta criminal, pues, en su opinión, este tipo debió ser parte integrante del artículo 317 del Código para que su espectro preventivo se irradie sobre toda manifestación de criminalidad.³⁸

VIII. ANÁLISIS DEL CUARTO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 296 DEL CÓDIGO PENAL

Fue en el año 2007 cuando este delito empieza a formar parte de nuestra legislación con el ob-

jetivo de combatir eficazmente el TID. A juicio de Prado Saldarriaga, la modificación más significativa que aportó el Decreto Legislativo 982 fue la inclusión del cuarto párrafo³⁹ del artículo 296; y tal decisión del legislador es oportuna y responde a la influencia contemporánea de las estrategias de la política criminal internacional contra la delincuencia organizada.⁴⁰

Como ya dijimos anteriormente, la conspiración exige la participación de dos o más personas que se conciertan para delinquir. En el caso que nos ocupa, tal conspiración debe dirigirse a la promoción y/o favorecimiento al comercio ilícito de las sustancias prohibidas⁴¹; por ende, si la concertación delictiva se destina a la comisión de otros hechos punibles, ha de descartarse el supuesto *in examine*.⁴² La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N° 2350-2009-Ayacucho de fecha 18 de marzo de 2010, ha señalado:

“(...) ahora bien, los actos de conspiración importan una forma de coautoría anticipada, en cuya virtud dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven realizarlos –en este caso para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas-(...)”.

En este mismo tenor, la Segunda Sala de Apelaciones Nacional, en la sentencia del expediente N° 33-2015⁴³, dijo:

36. Víctor Prado Saldarriaga, *Criminalidad Organizada – Parte Especial*, 137 y ss.

37. Uriel Balladares Aparicio, *El delito de tráfico ilícito de drogas* (Lima: IDEMSA, 2010), 46 y ss.

38. Prado Saldarriaga, *Criminalidad Organizada...* p.154.

39. El cuarto párrafo del artículo 296 del Código Penal dice: *“El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta a ciento veinte días-multa”.*

40. Prado Saldarriaga, *Criminalidad Organizada...* p.154.

41. Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, *Derecho Penal Parte Especial* (Lima: IDEMSA. 2014), 82.

42. *Ibid.*, 87.

43. Disponible en: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/Exp.-33-2015-19-5001-JR-PE-03-Legis.pe_.pdf. Acceso el 28 de octubre del 2021.

“La conspiración consiste en declarar punibles determinados actos preparatorios; por tanto, incorpora una forma de participación intentada en el delito en rigor, coautoría anticipada: la conspiración para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas, que en buena cuenta es un forma anticipada del acuerdo común necesario para la autoría, que por lo demás pierde su relevancia específica si los autores pasan a la ejecución del delito”.

Se trata, pues, de actos preparatorios criminalizados autónomamente, donde lo esencial y punible es el intercambio y acuerdo de voluntades en relación a un proyecto delictivo común: la promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico de drogas; por consiguiente, el mero acto conspirativo es típico y punible.⁴⁴ Tenemos una actividad que no admite actos preparatorios, dado que hablamos de una “conspiración para delinquir en el TID”, donde el legislador ha adelantado la esfera de protección a conductas en las que ni siquiera se va a dar inicio a la etapa ejecutiva de un delito principal tendente a la afectación concreta del bien jurídico tutelado.⁴⁵

Es decir, en cuanto a la forma de perfeccionarse de este delito, no necesita de un resultado lesivo ni tampoco debe ir aparejado con ciertos elementos objetivos, basta la probanza de la reunión o coordinación de dos o más personas

con el propósito ventilado en el tipo legal.⁴⁶ La agrupación debe encontrarse de forma permanente y continuada en el tiempo, sin necesidad de que tome lugar en forma clandestina.⁴⁷ La razón, según la doctrina, radica en que el Estado tiene la obligación de combatir y sancionar esta conspiración que facilita el delito de tráfico ilícito de drogas, cuya finalidad es disuadir a los ciudadanos que incurran en este tipo de conductas por las graves consecuencias que acarrea.⁴⁸

Por otro lado, debemos precisar que la redacción del cuarto párrafo del vigente artículo 296, al igual que el artículo 349⁴⁹ —y a diferencia del artículo 17 del Código Penal español⁵⁰ o chileno—, no cumple en estricto con la definición del delito de conspiración en cuanto al número de personas. Es decir, según el tipo penal, no está totalmente claro si el que toma parte de la conspiración debería hacerlo a un núcleo ya constituido de conspiradores de cuando menos dos personas o ser él quien al integrarse forma la dualidad de personas mínimas requeridas por la Ley. El tipo penal dice: “[e]l que toma parte de una conspiración de dos o más personas (...)”. En aplicación de una interpretación garantista de la ley y del principio *pro homine*, debería entenderse que la ley se refiere en el primer sentido; es decir, que el nuevo adherente debe ser un tercer miembro que se incorpora a un acto conspirativo ya en proceso de un mínimo de

44. Prado Saldarriaga, *Criminalidad Organizada...* 155.

45. Luis Fernando Alberto Iberico Castañeda, *Manual Auto Instructivo del Curso “Tráfico Ilícito de Drogas”* (Lima: Academia de la Magistratura, 2021), 137. <http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/687/MANUAL%202016.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

46. Sentencia pronunciada por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional en el Expediente N° 33-2015.

47. Raúl Peña Cabrera Freyre, 88.

48. Sentencia pronunciada por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional en el Expediente N° 33-2015.

49. Este error ha sido suplido en la redacción del artículo 108-D, en el que se habla de delito de conspiración, pero no se hable de un mínimo de agentes. En el mismo sentido, el delito de conspiración para el terrorismo, tipificado en el artículo 6-B de la Ley 25475.

50. Artículo 17.1, del Código Penal español, señala: “La conspiración existe cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”

dos personas.⁵¹ Un problema similar se presentaba con la redacción de delito de asociación ilícita para delinquir del artículo 317 del Código, antes de su modificación.⁵²

También, otra precisión que merece hacerse es que, tal como está redactado el tipo penal, la conspiración para el TID solo se presenta en las modalidades de promover, favorecer o facilitar el tráfico de drogas hacia un tercero ajeno. Prado Saldarriaga cuestiona que el legislador haya tipificado el delito de conspiración solo respecto del delito de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas contenido en el primer párrafo del artículo 296, pues dicha criminalización debió comprender también al tercer párrafo del artículo 296 y al tipificado en el artículo 296-B.⁵³ Sin embargo, de la redacción vigente, solo cuando se presentan los supuestos del primer párrafo del artículo 296 se presentará el delito de conspiración para el TID; por ende, de presentarse los supuestos del segundo y tercer párrafo, éstos serán atípicos, porque el tipo penal utiliza los verbos “promover, favorecer o facilitar” —esta redacción ha sido superada por el Proyecto del Nuevo Código Penal de mayo de 2016—. ⁵⁴

Ahora bien, se promueve el consumo de drogas cuando el tercero ajeno no se ha iniciado; se favorece cuando se permite su expansión; y se facilita cuando se proporciona la droga a quien

ya está iniciado en el consumo. La distinción del tercero ajeno es de suma relevancia, pues permite sostener —en aplicación del principio de legalidad— que los actos conspirativos realizados por una persona o personas para promover, favorecer o facilitar su propio consumo carecen de relevancia penal, esto por carecer de la finalidad para el tráfico hacia un tercero.

IX. SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS AGRAVANTES DEL ARTÍCULO 297 AL CUARTO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 296 DEL CÓDIGO PENAL. ¿DELITO DE CONSPIRACIÓN PARA EL TID EN SU MODALIDAD AGRAVADA?

En nuestra opinión, la redacción del artículo 296 carece de una correcta ubicación dogmática-normativa en la tipificación de los cuatro supuestos, pero principalmente en el último. Si bien los cuatro párrafos hacen referencia, directa o indirectamente, al tráfico ilícito de drogas, la ubicación del cuarto párrafo deviene en el mal uso de la técnica legislativa, quizás amparada en el facilismo o en el desconocimiento de lo que se entiende por el delito de conspiración. Este error ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a que acriticamente interpreten al artículo 296 como un tipo base con diferentes supuestos, cuando en realidad no existe ningún estudio lógico-dogmático que lo sustente. A nuestro juicio, si bien el delito de conspiración se ubica dentro del artículo 296 con la

51. Opinión diferente tiene el fiscal Peña Cabrera Freyre, para quien bastaría la presencia de dos personas conspirantes. Véase Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, *Tráfico Ilícito de Drogas y delitos conexos* (Lima: Editorial Rodhas, 2° ed., 2014), 130.
52. El tipo decía: “El que forma parte de una organización de dos o más personas (...)”. Sobre el tema, Véase. Víctor Prado Saldarriaga, *Criminalidad Organizada – Parte Especial*, 76 y ss.
53. Prado Saldarriaga, *Criminalidad Organizada*... p.154. En su opinión, tales ilícitos relativos a suministro y tráfico de materias primas e insumos, exigen, igualmente, que la penalización de la conspiración para delinquir resulte ser una necesidad criminológica y criminalistamente relevante.
54. En el Proyecto del Nuevo Código Penal de mayo de 2016, se configura en el artículo 447 el tipo base del delito de tráfico ilícito de drogas —el equivalente al artículo 296 del vigente Código Penal—; sin embargo, en el numeral 4, tipifica el delito de conspiración para todos los supuestos del artículo 447, incluyendo a la posesión de droga —numeral 2— y la comercialización de insumos o materia prima —numeral 3—. El numeral 4 del artículo 447 del Proyecto dice: “En las conductas descritas en los párrafos anteriores, el que toma parte en una conspiración de dos o más personas para el tráfico ilícito de drogas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; con sesenta a ciento veinte días multa y con inhabilitación de 4 a 6 años conforme al literal d del artículo 38”.

nomenclatura de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, dada su naturaleza jurídico-dogmática debe interpretarse como un delito independiente del artículo 296⁵⁵; y para facilitar a los operadores jurídicos lo recomendable sería que el legislador haga una modificación y lo tipifique en un artículo distinto —por ejemplo, configurarlo en el artículo 296-D—. Además, somos de la idea de que en la legislación penal peruana no existe el delito de conspiración agravada. Entre otras razones, esbozaremos las siguientes:

1. Principio de excepcionalidad.

Es de aceptación unánime que la presencia social del Derecho Penal tiene naturaleza excepcional; es decir, que su injerencia está condicionada a que las otras formas de control social o disciplinas jurídicas no tengan una óptima respuesta a un determinado hecho social, fundamento del principio *ultima ratio*. Además, la excepcionalidad se expresa en que el Derecho Penal no sancionará cualquier tipo de agresión a un bien, sino tan solo el ataque más grave, fundamento del principio de fragmentariedad. En los dos supuestos, se trata de una exigencia de economía social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo. La máxima utilidad posible debe combinarse con el mínimo sufrimiento.⁵⁶

Ahora, el delito de conspiración es un acto preparatorio, aunque por regla general, dada su remota peligrosidad para los bienes jurídicos, los actos preparatorios no son punibles. Sin embargo, el legislador en determinados delitos, dada

su gravedad, excepcionalmente ha optado por sancionar los actos preparatorios debido a su intensidad delictiva; es un adelantamiento de las barreras de punibilidad. Es una excepción de la excepción. Esta tipología es una modalidad que el Estado ha adoptado para enfrentar a la criminalidad y constituye una muestra de la expansión intensiva del Derecho Penal, derecho de tercera velocidad o derecho penal del enemigo; en tal sentido, no cabe otra alternativa que limitar en todo lo posible su interpretación y aplicación. En el marco de un Estado Constitucional, si a las normas penales ordinarias para que tengan legitimidad se le exige pasar por el filtro de una variedad de principios, con mayor razón se debe exigir a las normas extraordinarias que sancionan actos preparatorios. Se reclama que los delitos de abstracto se usen con mayor rigurosidad, pues, si no, se corre el riesgo real de limitar indebidamente los derechos fundamentales.⁵⁷

2. Autonomía del delito de conspiración.

La autonomía de esta modalidad delictiva radica en la misma naturaleza jurídico-dogmática de los actos preparatorios. Los actos preparatorios en el *iter criminis* se ubican una fase totalmente distinta de los actos consumativos o de ejecución. El Estado, con la finalidad de frenar el futuro acto delictivo, se adelanta y tiene por conveniente elevarlo a la categoría de delito como cualquier otro delito con todos sus elementos constitutivos. En los códigos penales el delito de conspiración es un delito más. Siguiendo este razonamiento, el delito

55. La problemática es semejante a la que se presenta en el delito de colusión del artículo 384. Por tradición, se entendió que este dispositivo legal tipifica el delito de colusión en su modalidad simple y agravada; sin embargo, en la reciente Casación N° 542-2017-Lambayeque, emitida el 3 de mayo de 2019, la Corte Suprema ha dicho que esta clasificación es técnicamente incorrecta, que no existe el delito de colusión ni simple ni agravada; sino que el primer párrafo del artículo 384, es un delito autónomo que dogmáticamente podría operar como un delito de conspiración para la colusión. *“Técnicamente, entonces, no existe ni una “colusión simple” ni una “colusión agravada” en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal vigente, sino dos delitos afines, pero notoriamente distintos e independientes entre sí. En todo caso, la nomenclatura apropiada que debe usarse para designar a ambos hechos punibles sería para el primer párrafo de dicha norma la de conspiración colusoria y para el segundo párrafo la de colusión desleal”*.

56. Mir Puig, *Derecho Penal...* p.128.

57. Pablo Cuesta Pastor, *Delitos obstáculo. Tensión entre política criminal y la teoría del bien jurídico*. (Granada: Comares, 2002), 37 y ss.

de conspiración para el TID es dogmáticamente diferente del delito de TID, si bien son dos delitos afines pero notoriamente distintos e independientes entre sí.⁵⁸

Siendo así y con la finalidad de facilitar la labor de los operadores jurídicos, lo correcto sería que nuestro Código tipifique en un dispositivo legal diferente del tipo base al delito de conspiración para el TID, como lo hacen la mayoría de las legislaciones del modelo continental: Alemania, España, Colombia, Argentina, Chile, etc. El fundamento radica en que, si los actos preparatorios están muy distantes de la lesión a un bien jurídico, no pueden estar en el mismo artículo que regula conductas de un delito en su fase consumativa. No tienen el mismo grado ni la misma equivalencia. No es lo mismo traficar droga que concertarse a nivel de los actos preparatorios.

Además, en nuestro sistema penal la conspiración y el delito fin son excluyentes entre sí. El que se presente uno, hace que el otro desaparezca. En tal sentido, no será posible que se condene por ambos en simultáneo, menos aún que se les aplique las mismas agravantes con la misma intensidad, puesto que, de presentarse el inicio de la ejecución delictiva, la conspiración desaparece.

3. Tipificación comparativa del delito de conspiración.

Un argumento más a nuestro favor para sostener que el delito de conspiración para el TID, configurado en el cuarto párrafo del artículo

296, padece de una mala técnica legislativa, es que el artículo 296 es el único dispositivo legal que regula el delito de conspiración dentro del artículo que a su vez regula el tipo base: esto no sucede, por ejemplo, con la tipificación del delito de conspiración en otras figuras delictivas como el sicariato, que no se regula dentro del tipo base —el artículo 108-C—, sino en el artículo 108-D; igualmente el delito de conspiración para el terrorismo no se configuró dentro del tipo base, el artículo 2 del Decreto Ley 25475, sino en su artículo 6-B. También el delito de conspiración en los delitos políticos, no se reguló en el artículo 346 —rebelión—, 347 —sedición— o 348 —motín—, sino en el artículo 349. Asimismo, si observamos la legislación extranjera, por ejemplo, la alemana, española⁵⁹, colombiana o argentina, no encontraremos que el delito de conspiración forme parte de la tipificación del tipo penal que configura el delito base, sino que su tipificación siempre es independiente.

4. Principio de lesividad.

El artículo IV del Título Preliminar del Código prescribe que la pena necesita de la lesión de o puesta en peligro de bienes jurídicos. El bien jurídico tiene un sentido positivo y negativo respecto de la intervención del Derecho Penal: positivo en el sentido que le faculta la injerencia del Estado, y negativo porque lo limita; por ello se afirma que la ponderación entre los derechos estatales de injerencia y los derechos civiles de libertad se logra con el auxilio del bien jurídico.⁶⁰ El poder estatal y la libertad civil deben ser

58. En términos similares, véase Víctor Prado Saldarriaga, *Criminalidad Organizada...* p.155.

59. En el Código Penal de España, por ejemplo, el delito de conspiración para el homicidio se tipifica en el artículo 141, dispositivo distinto de los artículos 138, 139 y 140, en los que se configura el delito de homicidio y variantes; el delito de conspiración para el delito de lesiones se configura en el artículo 151, dispositivo distinto de los artículos 147, 148 y 150, en los que se tipifica el delito de lesiones. En el mismo sentido, el delito de conspiración para detenciones ilegales y secuestros en el artículo 168; robo y extorsión, artículo 269; delitos contra la salud pública, artículo 373; rebelión, artículo 477; delitos contra la corona, artículo 488; asociación ilícita, artículo 519; sedición, artículo 548; etcétera.

60. Claus Roxin, "Protección de bienes jurídicos y libertad individual en la encrucijada de la Dogmática jurídico-penal", trad. José Antonio Caro John, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencias Penales* 5 (2004): 291. Para mayor información ver su libro: *Derecho penal, parte general*, Traducción de la segunda edición alemana por Diego-Miguel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesel, (Madrid: Civitas, Tomo I, 2006), 50-79.

llevados a un equilibrio, de modo que garantice al individuo tanta protección estatal cuanta sea necesaria, así como también tanta libertad individual como sea posible.⁶¹ La doctrina señala que este extremo se calcula en función de la importancia del bien jurídico protegido por la norma, así como el grado en que éste resulte lesionado o puesto en peligro⁶²; por ello, este principio está íntimamente relacionado con el principio de proporcionalidad, dado que cuando más importante sea el bien jurídico y cuanto mayor sea su lesión, mayor será el *quantum* de la pena y viceversa; por lo tanto, la pena de un delito consumado, de un delito en fase de ejecución —tentativa— y de los actos preparatorios no puede ser la misma, porque la lesión al bien jurídico es en diferente nivel. Este criterio es recogido por nuestro Código, puesto que los delitos de conspiración tienen una pena conminada menor a la de los delitos-fin consumados.

En el tema que nos ocupa, siguiendo la lógica de la lesividad, no cabe afirmar que la lesión al bien jurídico en su fase consumativa —regulado en los tres primeros párrafos del artículo 296— tenga la misma intensidad que el peligro generado en la fase de los actos preparatorios —cuarto párrafo del artículo 296—. En consecuencia, la pena tampoco debería ser la misma. Por lo tanto, sería ir en contra del principio de lesividad, por ejemplo, si a un sujeto procesado por el delito de TID con la agravante de ser miembro de una organización criminal se le imponga una pena de veinticinco años y la misma pena, a su vez, se pretenda imponer a un conspirador para el TID que haya actuado en calidad de miembro de una organización criminal, dado que la lesión al bien jurídico “salud públi-

ca”⁶³ en ambos supuestos no tiene la misma intensidad. Sin embargo, si se sigue el criterio de aplicar las agravantes del artículo 297 al cuarto párrafo del artículo 296, se llega a la conclusión de que serían equivalentes; es decir, que existiría equiparación entre la lesión del bien jurídico salud pública y su puesta en peligro, pese al peligro abstracto de los actos preparatorios.

Además, es una contradicción en sí, porque si el delito de conspiración para el TID se presenta en su modalidad básica tiene una pena menor al delito del tipo base del TID; sin embargo, apenas se le aplica una agravante del artículo 297, las penas de los dos delitos dejan de ser diferentes y se convierten en equivalentes. En este caso, la pena no está en función del menor o mayor grado de afectación al bien jurídico, sino en función de si se le aplica o no una agravante.

5. Principio de proporcionalidad.

El artículo VIII del Título Preliminar del Código establece la necesaria vinculación entre acción y represión fundamentada en una lógica sencilla, que el daño que se produce por la imposición de una pena no puede ser mayor al daño producido por la infracción; es decir, la pena debe guardar un vínculo directamente proporcional con la gravedad del hecho delictivo contemplado en la globalidad de sus aspectos; en consecuencia, debe rechazarse el establecimiento de conminaciones penales o la imposición de penas que no conecten los fines del Derecho Penal y el hecho cometido por el delincuente.⁶⁴ Este principio se expresa en dos aspectos: que la pena sea proporcional al delito, y que la medida de la propor-

61. Claus Roxin, “Protección de bienes jurídicos y libertad individual en la encrucijada de la Dogmática jurídico-penal”, 292

62. Gloria Patricia Lopera Meza, *Principio de proporcionalidad y ley penal* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006), 175 y ss.

63. Si bien se señala que el bien jurídico protegido en el delito de TID es pluriofensivo, nuestra Corte Suprema ha dicho que el bien jurídico salud pública tiene preeminencia.

64. Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (Barcelona: Bosch, 1999), 260.

cionalidad se establezca en función a la nocividad social del hecho.⁶⁵

Desde la argumentación jurídica⁶⁶, que puede ser aplicada perfectamente al Derecho Penal, se considera que una norma que restringe derechos fundamentales debe ser inversamente proporcional a la satisfacción de otro derecho fundamental. Cuando más se restrinja un derecho, mayor debe ser la realización del otro. Siguiendo esta lógica, el principio de proporcionalidad, en virtud del cual la intervención del legislador en derechos fundamentales podrá considerarse válida, procederá siempre y cuando:

- a) Persiga un fin constitucionalmente legítimo;
- b) Constituya un medio idóneo para alcanzarlo;
- c) Sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; y,
- d) Exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa.

Dicho lo anterior, conviene concluir que la aplicación de las agravantes del artículo 297 al cuarto párrafo del artículo 296, infringen el principio de proporcionalidad, pues:

- a) La conspiración es un delito que pune actos preparatorios, es de peligro abstracto; siendo así, no tiene el mismo reproche social que el TID en su fase de consumación; y,
- b) No tienen la misma gravedad. Nuestra razón nos dice en términos de peligrosidad que no es igual reunirse para acordar traficar droga que el hecho mismo de traficarla. En consecuencia, la pena a aplicarse tampoco puede ser igual.

Ahora bien, si analizamos el cuarto párrafo del artículo 296, vemos que tiene una pena conminada de entre cinco a diez años, pero con las agravantes del artículo 297, las penas aumentan de quince a veinticinco años; e incluso, si se tratase de un jefe o cabecilla de una organización criminal, la pena se incrementa en el rango de veinticinco a treintaicinco años. La lógica nos indica que, si para el delito de tráfico de drogas en su fase consumativa —delito grave— existe una pena mínima de quince años, y si se tratase de un cabecilla de una organización criminal la pena mínima es de veinticinco años⁶⁷; no es proporcional que para un acto menos grave —acto preparatorio— exista la misma pena. Siguiendo el test de proporcionalidad, si bien la aplicación de las agravantes puede ser idónea —aunque es cuestionable—, no sería necesaria, porque bastaría con la pena conminada en el delito de conspiración y, peor aún, no sería proporcional, porque la privación de la libertad de hasta treinta y cinco años resulta más grave que el beneficio que se busca obtener, que en este caso sería la tranquilidad pública.

En el plano comparativo, si analizamos la legislación penal alemana, vemos que los actos preparatorios punibles como el delito de traición a la paz —sección 80—, espionaje de secretos de Estado —sección 96.1—, conformación de asociaciones criminales —sección 129—, conformación de asociaciones terroristas —sección 129.A— falsificación de moneda —sección 149—, preparación para el secuestro —sección 234.3—; son actos punibles, pero siempre en menor proporción que el delito en sí. Igualmente con la legislación española, el delito de conspiración para el homicidio —artículo 141—, lesiones —artículo 151—, detenciones ilegales y secuestros —artículo 168—, robo y extorsión —artículo 269—, delitos contra la salud pública —artículo 373—, rebelión —ar-

65. Mir Puig, *Derecho Penal...* p.139.

66. Nuestro Tribunal Constitucional viene aplicando esta teoría por unanimidad.

67. La Fiscalía, en la mayoría de los casos en los que se presenta el delito de conspiración para el tráfico de drogas, está acusando con las agravantes (i) que el hecho sea cometido por tres o más personas, (ii) en calidad de miembro de una organización criminal, o (iii) ser jefe de ésta.

título 477—, delitos contra la corona —artículo 488—, asociación ilícita —artículo 519—, sedición —artículo 548—, etc.; en aplicación del artículo 70, son punibles, pero en uno o dos grados por debajo del mínimo legal. Similar criterio tiene el artículo 471 del Código Penal colombiano, que sanciona el acuerdo para cometer delito de rebelión o sedición, pero la pena es muy por debajo de lo establecido en los delitos tipificados en los artículos 467 y 468. En lógica semejante la legislación penal argentina.

6. Naturaleza configurativa de las agravantes.

Otro argumento muy vinculado a los principios anteriores es que la redacción actual de las agravantes en nuestro Código Penal está pensada o configurada para los delitos consumados y no para los delitos en fases previas. Nuestra Corte Suprema, en reiteradas decisiones —Casación N° 1083-2017-Arequipa, N° 167-2018-Lambayeque, 66-2017-Junín, entre otras— ha señalado que generalmente lo que se regula en la parte especial del Código son delitos en su fase consumada.⁶⁸ En este punto se considera que la parte especial del Código regula la sanción de conductas consumadas, en que se produce la efectiva lesión al bien jurídico.⁶⁹

De allí que lo previsto en dichos dispositivos legales deba interpretarse y aplicarse para los delitos consumados. Siendo así, no será aplicable a las fases previas a la consumación. Por ejemplo, en la tentativa, al momento de determinar la pena, no es posible la aplicación de la regla de los tercios establecida en el artículo 45-A, porque es-

tos criterios se han establecido para los delitos consumados.⁷⁰ Ahora bien, en el artículo 45-A se regula la regla de las agravantes y atenuantes; si estas circunstancias generales no son aplicables a la tentativa, menos lo será en la fase de los actos preparatorios. Asimismo, si las agravantes generales no son aplicables a las fases previas a la consumación —actos preparatorios, tentativa—, con igual o mayor razón no es posible la aplicación de las agravantes de la parte especial.

En base a esta precisión, nuestra Corte Suprema, para determinar la pena en los delitos en fase de tentativa, ha propuesto que la pena debe disminuirse en un tercio por debajo del mínimo legal y este sería el nuevo mínimo legal.⁷¹ El nuevo máximo legal de la pena sería el mínimo establecido para el delito consumado y en aplicación de circunstancias particulares determinarse la pena en concreto. Por lo tanto, es antimetodológico y va contra el esquema de la teoría del delito que las agravantes de la parte especial —por regla— pretenda aplicarse a fases anteriores a la consumación delictiva, porque éstas —sean generales o especiales— están configuradas para los delitos consumados.

7. Prohibición de la analogía *in malam partem*.

Mientras que la interpretación es la búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro del sentido literal posible, la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal.⁷² Es práctica común

68. Casación N° 1083-2017-Arequipa.

69. Casación N° 167-2018-Lambayeque.

70. Casación N° 1083-2017-Arequipa. *“Para la determinación judicial de la pena, en casos de tentativa, no son aplicables las reglas de los tercios previstas en el artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal, dado que la redacción y el sentido ontológico del mencionado artículo denotan una aplicación para casos en los que se determine la sanción en los marcos de la pena legal prevista en la parte especial. Por tanto, no se puede exigir al Tribunal la aplicación de esta regla en casos de tentativa”*. En el mismo sentido en la Casación N° 167-2018-Lambayeque.

71. Casación N° 66-2017-Junín, Recurso de Nulidad 154-2016-Ancash, entre otras.

72. Mir Puig, *Derecho Penal...* p. 125.

y hasta por costumbre se nos hace pensar que, si se indica un tipo base como antecedente, se indicará uno agravado en el consecuente. Este paradigma funciona en algunos casos donde se ha hecho un uso correcto de la técnica legislativa al momento de tipificar un delito, como por ejemplo en el delito de hurto, configurado en el artículo 180, pues nadie dudaría que es el tipo base y que el artículo 186 es el tipo agravado de hurto, ya que el mismo tipo expresamente lo dice; y de igual manera con el delito de robo, tipo base, artículo 188 y el artículo 189, tipo agravado.

La situación cambia totalmente cuando, siguiendo la misma lógica —por analogía—, ésta pretenda aplicarse a los tipos penales en los que la técnica de tipificación no ha sido debidamente utilizada —sino que se ha hecho una mezcla de varios supuestos en el mismo dispositivo legal—, pese a que lo que se pretende tipificar no comparta la misma naturaleza jurídica. Este caso es el que se presenta en el artículo 296 del CP, supuesto tipo base del delito TID, en el que se describe por un lado un delito de tráfico y, por el otro, un delito de actos preparatorios —delitos autónomos uno del otro—; y en el artículo 297, supuesto tipo agravado del delito de TID, pero que no señala expresamente a cuál de los supuestos es aplicable. También ocurre en el delito de sicariato, configurado como tipo base y agravado en el artículo 108-C, pero en el artículo 108-D se tipifica el delito de conspiración para el sicariato. En ese contexto, ¿serán aplicables las agravantes del delito de sicariato al delito de conspiración para el sicariato? Similar problema se presenta con el delito de colusión simple y agravada del artículo 384, empero la Corte Suprema en la Casación N° 542-2017-Lambayeque señaló que el artículo 384 del Código no regula el tipo base ni el agravado del delito de colusión.

En casos como los mencionados, en que la descripción típica del tipo base y agravado no es

precisa y clara, consideremos que no deben aplicarse las agravantes, porque de hacerlo se infringe el principio y garantía de prohibición de analogía *in malam partem*. En un Estado Constitucional no es legítimo sostener que, si en determinados casos se aplica la relación de tipo base a agravado, en los casos en los que la descripción típica sea confusa, se aplique análogamente la misma lógica. En estos tipos penales debe preferirse el análisis de su naturaleza jurídico-dogmática a la de su sumillado. Cabe resaltar que nuestra Constitución Política en el artículo 139 numeral 9, y el artículo III del Título Preliminar del Código, prohíben la aplicación de la analogía no solo para calificar el supuesto fáctico delictivo, sino también para definir la pena, lo que incluye a las agravantes.

8. Interpretación restrictiva de las leyes que restringen derechos.

La Constitución Política, en el artículo 139 numeral 9, prohíbe la aplicación analógica de las normas que restrinjan derechos. En este mismo sentido, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala que las normas que coacten la libertad o derechos afines deben interpretarse restrictivamente. No cabe, pues, una interpretación extensiva ni analógica de aquellas restricciones que se pudieran haber establecido como límite al ejercicio de un derecho, por lo que se exige al intérprete una comprensión de esas restricciones en la forma que más se optimice su ejercicio. Se exige a las leyes que restrinjan el ejercicio de los derechos, además de estar constitucionalmente justificadas y legalmente configuradas, que deban interpretarse siempre de forma restrictiva, precisamente por la fuerza expansiva de los derechos fundamentales. En nuestro caso, las agravantes establecidas en el artículo 297 del Código, dada la ambigüedad por el mal uso de la técnica legislativa, deben ser aplicadas restrictivamente, por lo que no existe razón para su aplicación al cuarto párrafo del artículo 296.

AGRADECIMIENTOS

ADVOCATUS brinda un especial agradecimiento a quienes hicieron posible la presente edición:

Jorge Danós Ordóñez	Antonio Alejandro Vega Bartra
Juan Carlos Morón Urbina	Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera
Alberto Cairampoma Arroyo	Familia Moquillaza Robatty
Annie Fetta Pizzorno	Familia Olaya
José Antonio Tirado Barrera	Familia Eberhart Carpio
Dante Mendoza Antonioli	Mónica Roxana Rosell Medina
Milagros Maraví Sumar	María José García Seminario
Oscar Fernando Herrera Giurfat	Fátima Del Rosario Vega Pinedo
Ramón Alberto Huapaya Tapia	Maria Alessandra Lima Espinoza
Oscar Alejos Guzmán	Alejandro Izquierdo Laca
Eduardo Quintana Sánchez	Mateo Javier Alvarado Maravi
Enrique Felices Saavedra	José Alfredo Agreda Pastor
Rodrigo López Villanueva	Carlos Andrés Fernández Guevara
Jorge Pando Vilchez	Alfredo Martín Benavides Castro Mendivil
Hugo Gómez Apac	Giovana Carolina Gazzo Capocci
Mario Huapaya Nava	Ignacio Gonzalez Caipo
Claudia Arméstar Alzamora	Jorge Francisco Lazo Lema
Michael Luyo Castañeda	Alberto Ernesto Coya Rojas
Eduardo Daniel Jiménez Jiménez	Judith Antonella Paredes Isaak
Gustavo Raúl Ytokazu Minami	Luis Karim Escobar Cachay
Fernando Valdez Pimentel	



ADVOCATUS

agradece especialmente a María José García Seminario, Mauricio Lavaud Allen, Mauricio Olaya Enciso, Valeria Pamela Khalilie Saez, Fátima Moquillaza Robatty, Augusto Bustamante Lozada, Fernando Eberhardt Carpio, Carlos Vidal Torres, Mariana Gandolfo Llontop, María Alessandra Lima Espinosa, Fátima Del Rosario Vega Pinedo, Luis Matías Hernández Parra Morzán, Stéfany Sarit León Grajeda, Sebastian Ignacio Farah Alva, María Paz Neyra Zenteno, Fernanda Campusano Arsentales, Alisson Antonella Coloma Vallejos, Gino Alessandro Germana Zavala, Julia Rosa Victoria Elías de Lavallo, María Fernanda Cusman Calderón, Melani Arteaga Galdo, Valeria Paola Vila Contreras, Manuel Calderón Ruiz, Mateo Javier Alvarado Maraví, Adriana Francesca Chavarri Cordano y Camila Fernanda Mendoza Rosell por su valiosa contribución y por el constante esfuerzo brindado durante el tiempo que permanecieron como Miembros Activos en nuestra Asociación.

