Revista Corpus Iuris



Michael Luyo Castañeda
Gustavo M. Rodríguez
Carlos Moreano Valdivia y
Rosa Barrantes Tanaka
Marilú Merzthal Shygo
Alfredo F. Soria y
Luis Minoru Yamada

VI Edición
Noviembre 2017

Dirección General
Nicole Allemant Castañeda

Dirección de Edición
Diego Guzmán Zecenarro
Andrés Franco Urdanegui

Dirección de Eventos
Mauricio Izaguirre Ikehara
Josemaría Salazar Fernández
Juan Manuel Denegri Primo

Dirección de Financiamiento y Relaciones Exteriores
Azucena Cueva Pasache

Dirección de Medios Digitales
Ian Pierre Castañeda Perales

Dirección de Marketing
Alexandra Hesse Rodriguez
Antonella Velasquez Ramos

Dirección de Administración y Economía
Michael Dorado Cáceres

Lima, Perú
2017

Índice:

El control de las concentraciones económicas: una mirada al derecho europeo
-*Michael Luyo Castañeda* 3

Los monopolios pueden ser buenos (y deberías saberlo)
-*Gustavo M. Rodríguez* 23

Apuntes sobre la infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 178 del código tributario
-*Carlos Moreano Valdivia y Rosa Barrantes Takata* 29

La facultad (¿o necesidad?) de inhibición de la Inspección del Trabajo: análisis de la competencia de la Autoridad Administrativa de Trabajo en casos judicializados y una propuesta de solución
-*Marilú Merzthal Shigyo* 47

El Abuso del Derecho en las Contrataciones con el Estado
-*Alfredo F. Soria y Luis Minoru Yamada* 66

Dirigido a las nuevas generaciones:

La última vez que escribí unas líneas para una publicación periódica de estudiantes, era yo mismo estudiante. Fue el año 2007, en el cual sucedieron varios cambios: fue mi último año como alumno de la UPC, culminé mis funciones como Director General de Corpus Iuris, escribí la última presentación de Do Ut Des (Revista de Corpus Iuris) y la Facultad de Derecho de la UPC cumplía sus primeros 10 años de fundación. Fueron muchos cambios, en un mismo año, y con escasa certeza sobre el futuro.

Pasaron 10 años desde ese momento y muchas cosas han cambiado. Sin embargo, veo como el tiempo ha discurrido de tal forma que otro grupo de estudiantes, en quienes reconozco el mismo ímpetu de quienes fundamos la Asociación en su momento, se han propuesto exceder nuestras expectativas más ambiciosas. Ellos se han reunido para dar vida a la segunda etapa de Corpus Iuris, la cual inicia a los 10 años de haberse publicado la última edición de la revista.

Definitivamente Corpus Iuris lideró la generación de espacios de intercambio de ideas desde, para y por los estudiantes. Esa fue siempre su mística. Por eso estuvimos siempre al frente del cambio. Por eso aquí estamos nuevamente ante un escenario distinto, con diferentes actores y con la misma pasión.

Gracias a sus nuevos directores por concederme la deferencia de dirigirme a todos en esta nueva etapa, confiando siempre en que la esencia de Corpus Iuris seguirá siendo la misma: ser “Los Primeros en la UPC”.

¡Saludos y gracias!

Luis Gabriel Paredes Morales
Past Director General
Asociación Corpus Iuris

Revista
Corpus Iuris



El control de las concentraciones económicas: Una mirada al derecho europeo

Michael
Luyo Castañeda

El control de las concentraciones económicas: Una mirada al derecho europeo

Por: Michael Luyo Castañeda[1]

I. Introducción

De la revisión de la legislación peruana podemos observar que la tutela la libre competencia se efectúa mediante la prohibición y sanción de determinadas conductas anticompetitivas tales como el abuso de posición de dominio, prácticas colusorias horizontales y verticales; siendo que respecto del control de las concentraciones económicas, esta únicamente se contempla para el sector eléctrico.

En esa línea, la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, establece que el objeto del análisis de la autorización previa de una operación de concentración es el de evitar aquellas operaciones que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en el mercado eléctrico.

Al respecto, en términos generales, se ha destacado que determinadas operaciones de concentración empresarial que provocan una modificación duradera y permanente de la estructura de los mercados, en determinados casos, pueden tener efectos negativos para la competencia en dichos mercados.

En atención a lo anterior, así como considerando el debate nacional respecto de una normativa general del control de concentraciones, resulta valioso explorar la regulación de las concentraciones económicas en la Unión Europea a fin de conocer su evolución, así como cuáles son los parámetros utilizados para concluir que una actuación de este tipo podría afectar la libre competencia de los mercados.

II. ¿Qué es una concentración económica?

Al respecto, se ha señalado que «el concepto se concentración se limita a cambios en la estructura y/o en el control de las empresas afectadas, como consecuencia directa de la operación en causa. Tal cambio, puede consistir en la fusión de dos empresas anteriormente independientes, en la modificación de la estructura o la calidad de control en una empresa, o aún en la creación de una empresa en participación controlada por diversas matrices. Dicho cambio, más allá de su envoltorio

jurídico-legal, debe conllevar a una modificación estructural real y efectiva.»[1]

En particular, la adquisición del control se genera por las siguientes vías: (i) Incorporación de uno o varios accionistas nuevos (compra de la empresa, fusión por absorción, etc.); (ii) adquisición de una participación en el control por uno o varios accionistas minoritarios (paso de control exclusivo a control conjunto); y, (iii) sustitución de accionistas manteniéndose el mismo número y estructura de propiedad (compra de acciones que otorgan el control conjunto o exclusivo).

III. Insuficiencia del concepto de abuso de posición dominante frente al control de concentraciones

Previamente al análisis correspondiente sobre el control concentraciones vigente en el derecho europeo, cabe recordar que tradicionalmente, la política de competencia de las Comunidades Europeas se basó en el control del comportamiento de las empresas, siendo que la Comisión Europea (en adelante, la CE) tenía la potestad de aplicar sanciones a las empresas que incurrían en restricciones apreciables de competencia o en el abuso de una posición dominante, así como atacar situaciones monopolísticas derivadas de la concesión de derechos exclusivos o especiales por partes de los Estados miembros a determinadas empresas.

Sin embargo, la normativa europea no contemplaba ninguna competencia sobre el control de las fusiones o adquisiciones de empresas, de las que podrían derivarse en determinados casos serios problemas de competencia. En dicho escenario, la autoridad competente buscó llenar el vacío legal mediante una interpretación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea[2], e intentó aplicar estas disposiciones frente a situaciones en las cuales empresas en posición dominante adquirían el control de un competidor y reforzaban así su dominio en el mercado.

Ante ello, diversos estudiosos han destacado[3] que desde un punto de vista de política de competencia, este enfoque presentaba límites claros. De esta manera, han indicado que tales instrumentos jurídicos no permitían en primer lugar controlar la

[1] Abogado graduado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. En la actualidad, tiene el cargo de Ejecutivo 2 de la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y se desempeña como docente en la Escuela de la Competencia y la Propiedad Intelectual del INDECOPI.

creación de posiciones dominantes mediante la adquisición de empresas competidoras a no ser que una de ellas se encontrara previamente en posición dominante y la adquisición en sí misma podía calificarse como abusiva, así como tampoco permitía el control de operaciones de concentración entre empresas que daban lugar a una estructura de la oferta que facilitaba la colusión en mercados oligopolísticos.

Ahora bien, de igual manera se ha mencionado[4] que desde un punto de vista del impacto real de una política

[2] BENEYTO PÉREZ, José María (Director). Tratado de Derecho de la Competencia. Editorial Boch, Barcelona, 2005, pp. 636-637

[3] TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

Artículo 81.

1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

b) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

d) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

e) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

a) Cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;

b) Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;

c) Cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

d) Impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

e) Ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Artículo 82.

Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a) Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

b) Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

c) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

[3] BRIONES, Juan; FOLGUERA, Jaime; FONT, Andrés; y, NAVARRO, Edurne. El control de las concentraciones en la Unión Europea. Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 31-32

de defensa de la competencia sobre la eficiencia de la economía, el control del comportamiento presenta insuficiencias notorias. Por ejemplo, se ha manifestado que una multa impuesta a una empresa que ha abusado de una posición dominante no resarce a los clientes y/o a los competidores de los daños sufridos ni compensa por las ineficiencias económicas que tal abuso ha creado en términos de precios y producción. De esta manera, no se ha dudado en sostener que sería más eficaz para el propio funcionamiento del mercado impedir en la medida de lo posible la creación de esa posición dominante, en vez de penalizar ex post el abuso.

De esta manera, existía una lógica interna a la política de defensa de la competencia para que el sistema jurídico comunitario se dotara de un mecanismo de control de fusiones y adquisiciones de empresas, en un sentido amplio, de las operaciones que resultan en un incremento de la concentración de la oferta en un mercado. Por el cual el control de la conducta resultaba ser esencialmente disuasoria, el control de la estructura de la oferta comportaba un efecto esencialmente preventivo y por tanto de mayor eficacia para la libre actividad de los operadores económicos y para optimizar la asignación de recursos y la fijación de precios en favor de consumidores y usuarios.

Así, el control de las concentraciones era importante y necesario porque podía evitar la creación de estructuras de mercado anti-competitivas, puesto que tomaba precauciones para evitar que los procesos de modificación de las estructuras de los mercados ocasionen un aumento excesivo del grado de la concentración empresarial. «Y el grado de concentración será excesivo cuando suponga la creación de una situación de competencia perjudicial que el propio mercado, por sí sólo no puede restaurar, con el riesgo que las empresas partícipes en él incurran en las prácticas anticompetitivas que prohíbe el derecho de la competencia: los acuerdos restrictivos y los abusos de posición de dominio»[5].

Por ello, la acción preventiva resulta preferible, dado que las medidas que puedan adoptarse sobre las actuaciones de las empresas una vez concentradas pueden no ser suficientes para solucionar el problema de raíz que es la estructura del mercado posterior a la fusión o adquisición.

[4] Ídem.

IV. Una breve mención a los tipos de control de practicas anti-competitivas

En virtud a lo anterior, cabe precisar que existen dos tipos de control frente a situaciones que pueden afectar la competencia en los mercados: (i) un control de las conductas o comportamientos anticompetitivos, orientado a la represión y sanción de las conductas empresariales contrarias a la libre competencia; y, (ii) un control de las estructuras del mercado, dirigido a evitar la celebración de concentraciones entre empresas que puedan resultar potencialmente peligrosas para el mantenimiento de una competencia efectiva. Al respecto, se ha explicado[6] lo siguiente:

> (i) El control de los comportamientos anticompetitivos.- se sustenta fundamentalmente en la prohibición de las prácticas colusorias y abusivas de posiciones de dominio. Su infracción acarrea la imposición de sanciones administrativas (sustancialmente multas). Básicamente, con estas normas se persigue controlar ciertas conductas restrictivas de la competencia, tanto si son protagonizadas por varios operadores económicos independientes (acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas) como si en ellas sólo interviene un único sujeto (abusos de posiciones dominantes).

(ii) El control de las estructuras del mercado.- se lleva a cabo a través de las normas controladoras de las operaciones de concentración entre empresas o concentraciones económicas[7]. La activación de este mecanismo de control exige la concurrencia de dos presupuestos: 1º) de un lado, la operación ha de ser una concentración económica o concentración de empresas, entendiéndose por tal toda operación que suponga una modificación estable de la estructura de control de las empresas participantes (fusiones, tomas de capital, creación de empresas comunes, etc.); 2º) de otro lado, dicha concentración económica ha de alcanzar una determinada dimensión (para el caso europeo, existen la dimensiones comunitarias y nacionales).

---

[5] ARPÓN DE MENDÍVIL Y DE ALDAMA, Almudena. La nueva regulación sobre concentraciones empresariales en España. En: El Nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia. Editorial Boch, Barcelona, 2002, p. 324.

[6] PÉREZ MOLINA, Mario Antonio. La Evaluación de las Concentraciones de Empresas en la Unión Europea, 2012, disponible en: http://www.uca.edu.sv/deptos/ccjj/media/archivo/b75be7_unioneuropeaempresas.pdf, p. 16 (del documento pdf).

V. El inicio de la regulación normativa de control de concentraciones a escala comunitaria europea

La normativa de control de concentraciones a escala comunitaria data de finales de los años ochenta, cuando el Consejo aprobó el Reglamento (CEE) 4064/89, de 21 de diciembre de 1989 mediante el que se dotó a la CE de facultades específicas para el control de las concentraciones empresariales al objeto de garantizar que la competencia no fuese falseada por este tipo de operaciones[8].

En términos generales, dicha normativa planteó avances significativos en la materia, dentro de ellos se han resaltado[9] los siguientes:

a. Abordó el derecho de la competencia desde una visión dinámica y con ello planteó la reorganización de la actividad industrial europea;
b. Presentó por primera vez dentro del territorio Europeo el concepto de «dimensión comunitaria» el cual se logra determinar a partir de los niveles de facturado de las empresas interesadas. De esta manera deja de utilizarse, en materia de concentraciones, el concepto de «perjuicio al comercio entre estados» implementado para los artículos 81 y 82 del Tratado;
c. Estableció el principio de «autoridad única» con el cual se clarifica la relación entre intervención comunitaria e intervención

[7] PROGRAMA DE COMPETENCIA Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN AMÉRICA LATINA. Instructivo para el Análisis de Concentraciones. Disponible en: http://www.programacompal.org/manuales_guias.html. Al respecto, se ha destacado que «las concentraciones económicas en el mercado presentan tanto ventajas como desventaja. Por lo que hace a las ventajas se encuentra el hecho de constituir un importante factor de racionalización y dinamización de la economía, a través de las de competitividad de los agentes económicos, al lograr por este medio importantes economías de escala; y por lo que hace a sus posibles desventajas está el hecho de poder alterar algunas veces la estructura de los mercados reduciendo el número de agentes económicos y otorgando a la empresa resultante de la concentración un elevado poder de mercado, situándola en una posición de privilegio, que termina dificultando la existencia de una competencia eficaz o practicable.»

[8] PÉREZ MOLINA, Mario Antonio. Ob. Cit. Dicho autor, destacó que: «La aprobación del Reglamento 4064/89 supuso la desautorización del manipulado uso alternativo que las autoridades comunitarias habían hecho de los artículos 82 y 81 TCEE como instrumentos de control indirecto de las concentraciones. Con él se introdujo por vez primera en Europa un control directo de estas operaciones, que se tradujo en un ensanchamiento del espacio concurrencial regulado hasta ese momento por el Derecho antitrust comunitario, en el sentido de que, tras su aprobación y entrada en vigor, dicho ordenamiento dejó de prestar atención sólo a la dimensión competitiva o conflictual de la competencia (control de los comportamientos concurrenciales) para atender también a su dimensión estructural (control de las estructuras del mercado).»

nacional a través del sistema de envíos y reenvíos, evitando así el riesgo de la llamada «doble barrera». Con esto se confirió a la CE la competencia única de valorar las concentraciones empresariales que entren dentro de los márgenes de la denominada «dimensión comunitaria», evitando de esa manera que las autoridades garantes de la competencia de los Estados miembros tengan jurisdicción sobre estos casos, para así evitar al máximo la interferencia en la actividad empresarial; y,

d. Respecto al criterio sustancial de valoración de las concentraciones, se cambia el concepto de «el abuso de la posición dominante», por el de la «creación o el reforzamiento de una posición dominante», sin que se especifique la naturaleza ni la tipología del acto que la determina.

En particular, el artículo 2.2 del Reglamento (CEE) 4064/89[10] señalaba que resultaba incompatible con el mercado común las operaciones de concentraciones que creasen o reforzasen una posición dominante a resultas de la cual se obstaculizase de forma significativa la competencia en el mercado común o en una parte sustancial del mismo[11]. De esta manera, la declaración de compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común se basaba en el requisito previo de que dicha operación no conllevase la creación o reforzamiento de una posición de dominio en el mercado o mercados afectados como resultado de la concentración.

Al respecto, la noción de dominación por una o varias empresas fue recogida por la CE de aquella elaborada por el Tribunal de Justicia en sentencia del 14 de febrero de 1978, caso United Brands Company vs United Brands Continental B.V.[12], cuando definió la posición dominante en los siguientes términos:

> «(…) situación de potencia económica gracias a la cual la empresa que la ostenta está en grado de obstaculizar la subsistencia de una competencia efectiva sobre el mercado en referencia, y tiene la posibilidad de tener comportamientos además independientes frente a sus competidores, a sus clientes y a los consumidores».

De esta manera, la creación o reforzamiento de dicha posición do-

[9] SABOGAL BERNAL, Luis Fernando. Evolución y Desarrollo del Criterio Sustancial de Evaluación de las Concentraciones Empresariales en el Derecho Comunitario Europeo, 2008. En REVISTA e – Mercatoria Volumen 7, Número 1, disponible en: http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3627130.pdf, p. 4 (del documento pdf).

minante era por sí misma necesaria pero no suficiente para que una concentración fuese declarada incompatible con el mercado común. De igual manera, era necesario que se produjera además una distorsión significativa de la competencia en los mercados afectados; sin embargo, la creación o reforzamiento de una posición de dominio constituía un requisito previo de carácter ineludible, que, de no darse, impedía a la CE prohibir una concentración (aunque incluso éste produjera distorsiones en la competencia)[13].

[10] REGLAMENTO (CEE) Nº 4064/89 DEL CONSEJO, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1989, SOBRE EL CONTROL DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ENTRE EMPRESAS

Artículo 2

Evaluación de las operaciones de concentración

1. Las operaciones de conce ntración contempladas en el presente Reglamento se evaluarán en función de las disposiciones que figuran a continuación, con el fin de establecer si son compatibles con el mercado común.

En esta evaluación, la Comisión tendrá en cuenta:

a) la necesidad de preservar y de desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, en particular, de la estructura de todos los mercados en cuestión y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad;

b) la posición en el mercado de las empresas participantes, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de hecho o de derecho de obstáculos al acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales así como la evolución del progreso técnico o económico, siempre que ésta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.

2. Se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al no crear ni reforzar posición dominante alguna en el mercado común o en una parte substancial del mismo.

3. Se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte substancial del mismo.

[11] CALVIÑO, Nadia; y, MARTÍNE, Ana María. La reforma del sistema comunitario de control de concentraciones. En: Boletín Económico de ICE N° 2792, Sumario del Número 2792, 2004 (12 al 25 de enero), p. 4. Al respecto, se ha mencionado que «En general, se distinguen dos aproximaciones principales al análisis de concentraciones o test sustantivos: el test de dominio (dominance test) y el test de reducción sustancial de la competencia efectiva (substantial lessening of competition o SLC).

En esencia, el primero se basa en valorar si como consecuencia de una operación de concentración se creará o reforzará una posición dominante en uno o varios mercados relevantes previamente definidos. Para determinar si una empresa tiene o no una posición dominante, se atiende a indicadores tanto cuantitativos (grado de concentración del mercado, cuotas de mercado) como cualitativos (barreras a la entrada, probabilidad de la colusión).

En cuanto al test SLC, se centra en determinar si la concentración analizada tendrá como resultado un deterioro sustancial de la competencia efectiva en los mercados relevantes analizados. Si bien la creación o refuerzo de posición de dominio puede ser una de las fuentes de deterioro de la competencia, este test suele considerar indicadores que apuntan más a la estructura competitiva del mercado que a la posición concreta de una o varias empresas en el mismo.»

[12] SABOGAL BERNAL, Luis Fernando. Ob. Cit. p. 8 (del documento pdf).

Ante ello, la CE propuso la introducción de un criterio más flexible que permitiese centrar el análisis de una concentración en los efectos que la misma produce sobre la competencia en los mercados afectados, aproximándose así al criterio de evaluación contemplado en la normativa norteamericana: la «disminución sustancial de la competencia» (en adelante, «DSC»)[14]. De esta manera, se buscaba mediante la propuesta de modificación del criterio sustantivo de evaluación de las concentraciones controlar aquellas concentraciones que pudieran producir una disminución significativa de la competencia en el mercado sin crear o reforzar una posición de dominio individual o colectivo.

VI. La regulación vigente en el Derecho Europeo

Posteriormente, el 20 de enero de 2004, se emitió el nuevo Reglamento (CE) 139/0429 luego de un arduo debate al interior del Consejo Europeo. Este nuevo Reglamento modificó integralmente el sistema de control de las concentraciones.

En particular, de las diferentes posturas que se discutieron en el seno del Consejo de la Unión Europea se llegó a un punto de consenso respecto al criterio a utilizar para el control de las concentraciones. De esta manera, el resultado de ese gran consenso se concretó en el artículo 2.2 del Reglamento (CE) 139/2004[15], que estableció el criterio de la obstaculización significativa de la competencia efectiva como elemento evaluador de las concentraciones empresariales.

De esta manera, la autoridad comunitaria debe centrar su análisis en detectar todos los efectos nocivos, duraderos y esenciales, que emanan de una operación y que impiden la

[13] ENGRA MORENO, José Carlos; y, RODRÍGUEZ ENCINA, Ana. El sistema de control de concentraciones en la Unión Europea. En: Ekonomiaz: Revista vasca de economía, Nº. 61, 2006, p. 112, disponible en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2151322.

[14] SABOGAL BERNAL, Luis Fernando. Ob. Cit. pp. 14-15 (del documento pdf). En particular, sobre este tema específico dicho autor nos menciona que: «En materia específica de concentraciones en los Estados Unidos, así como en Canadá, Australia, Irlanda e Inglaterra se ha adoptado el sistema de Substantial Lessening of Competition (de forma abreviada SLC) que implica que una concentración debe ser prohibida o limitada en la medida en que se encuentre que la misma produce una reducción sustancial de la competencia.

El test de Reducción Sustancial de la Competencia se edifica a partir de analizar el equilibrio que puede resultar entre el mercado con ausencia de la concentración y el mercado luego la concentración, de la diferencia entre esos dos equilibrios es que va a depender la eventual reducción del bienestar de los consumidores. Es por tanto objeto del análisis, mirar los aumentos de precios y la reducción de la cantidad de la oferta.

consecución de los beneficios de interés general inherentes a una competencia efectiva (ad ex., precios bajos, productos de calidad, amplia oferta de bienes y servicios, la innovación de éstos).

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 2.3 del Reglamento en mención mantiene una referencia expresa a la creación o refuerzo de una posición de dominio como una muestra particular de obstaculización significativa de la competencia, por lo que este concepto seguirá constituyendo un elemento relevante en el sistema de control de concentraciones comunitario[16].

Ahora bien, se ha destacado que «el test de obstaculización significativa de la competencia, como criterio de carácter general para la evaluación de concentraciones económicas de dimensión comunitaria, se manifiesta en diversos efectos que deben ser objeto de valoración para determinar la compatibilidad de una operación con el mercado común. Los eventuales efectos anticompetitivos de una operación de concentración pueden ser de naturaleza coordinada o no coordinada, en función de que se incremente el poder individual de una empresa, o las posibilidades de una colusión tácita entre la entidad resultante de la concentración y el resto de empresas presentes en el mercado afectado por la operación.»[17]

Este es un sistema muy elástico y sus decisiones son muy discrecionales, de allí que se haya visto la necesidad de limitar su aplicación a través de las líneas guía que se han emitido en este sentido por los diferentes países que lo utilizan. Igualmente se ha visto la necesidad de hacer que la decisión final sea tomada por un juez imparcial.»

[15] REGLAMENTO (CE) N° 139/2004 DEL CONSEJO, DE 20 DE ENERO DE 2004, SOBRE EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ENTRE EMPRESAS

Artículo 2

Evaluación de las concentraciones

1. Las concentraciones contempladas en el presente Reglamento se evaluarán con arreglo a los objetivos del presente Reglamento y a las disposiciones que figuran a continuación, a fin de determinar si son compatibles con el mercado común.

En esta evaluación, la Comisión tendrá en cuenta:

a) la necesidad de preservar y desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, entre otros factores, de la estructura de todos los mercados afectados y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad;

b) la posición de mercado de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de barreras legales o de otro tipo para el acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales, así como el desarrollo del progreso técnico o económico, siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.

VII. Los criterios para la evaluación de los efectos anticompetitivos de las concentraciones

Conforme lo anterior, los eventuales efectos anticompetitivos de una operación de concentración pueden ser de naturaleza coordinada o no coordinada. En ese sentido corresponde conocer cómo se manifiestan dichos efectos en el mercado.

1. Posibles efectos anticompetitivos de las concentraciones horizontales

Existen, esencialmente, dos maneras en que las concentraciones horizontales pueden obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, en particular al crear o reforzar una posición dominante:

> (i) eliminando gran parte de la presión competitiva sobre una o varias empresas, que en conse-

---

2. Las concentraciones que no sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán compatibles con el mercado común.

3. Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común.

4. En la medida en que la creación de una empresa en participación que constituya una concentración con arreglo al artículo 3 tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, dicha coordinación se valorará en función de los criterios establecidos en los apartados 1 y 3 del artículo 81 del Tratado, con objeto de determinar si la operación es compatible con el mercado común.

5. En esta evaluación, la Comisión tendrá en cuenta, en particular:

- si dos o más empresas matrices se mantienen significativamente activas en el mismo mercado que el de la empresa en participación o en un mercado relacionado en sentido ascendente o descendente con dicho mercado o en un mercado próximo estrechamente vinculado a éste,
- si la coordinación directamente derivada de la creación de la empresa en participación permite a las empresas afectadas eliminar la competencia en lo que respecta a una parte considerable de los productos y servicios de que se trate.

[16] DIRECTRICES SOBRE LA EVALUACIÓN DE LAS CONCENTRACIONES HORIZONTALES CON ARREGLO AL REGLAMENTO DEL CONSEJO SOBRE EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ENTRE EMPRESAS. Diario Oficial de la Unión Europea (2004/C 31/03).

4. La creación o el refuerzo de una posición dominante ocupada por una sola empresa resultante de una concentración, ha constituido el argumento principal para concluir que tal concentración, acabaría convirtiéndose en un obstáculo significativo a la competencia efectiva. Por otra parte, el concepto de posición dominante también se ha aplicado en situaciones de oligopolio a casos de dominio colectivo. Por ello, es previsible que la incompatibilidad de una concentración con el mercado común siga basándose, en la mayoría de los casos, en la conclusión de que existe una posición dominante. Este concepto constituye, por tanto, un indicador importante en lo relativo al parámetro del perjuicio de la competencia que debe aplicarse para determinar si es probable que una concentración obstaculice la competencia de forma significativa y, por ende, en lo relativo a la probabilidad de una intervención. (…)

cuencia dispondrán de un poder de mercado incrementado sin tener que recurrir a un comportamiento coordinado (efectos no coordinados);

(ii) cambiando la naturaleza de la competencia de tal manera que resulte mucho más probable que empresas que previamente no coordinaban su comportamiento pasen a coordinarse y a subir sus precios o a perjudicar por otros medios la competencia efectiva. Una concentración también puede facilitar o hacer más estable o efectiva la coordinación entre empresas que ya se coordinaban antes de la concentración (efectos coordinados).

a. Efectos anticompetitivos no coordinados (unilaterales)

Mediante el Reglamento (CE) 139/2004, la CE sanciona los efectos anticompetitivos materializados en un incremento del poder de mercado de las empresas afectadas con posterioridad a la operación, aun cuando no exista posición de dominio individual de la entidad resultante de la concentración.
Los efectos no coordinados suponen la eliminación de la presión competitiva que existía sobre una o varias de las empresas partícipes en la operación con anterioridad a la misma, en la medida en que dispondrán de un mayor poder de mercado por sí solas (esto es, sin necesidad de recurrir a un comportamiento coordinado o estratégico). Así, el efecto más directo de la concentración será la desaparición de la competencia entre las empresas que se fusionan[18].

La reducción de estas presiones competitivas puede conducir a un importante aumento de los precios en el mercado de referencia. Tal es el caso en particular de mercados oligopolísticos, en los que además de la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes de la concentración ejercían previamente entre sí, la concentración también puede conllevar la reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes, aun cuando resulte poco probable la coordinación entre los miembros del oligopolio[19].

[17] ENGRA MORENO, José Carlos; y, RODRÍGUEZ ENCINA, Ana. Ob. Cit., p. 114.

b. Efectos anticompetitivos coordinados

Al respecto, se ha destacado[20] que una fusión en un mercado concentrado puede obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, a través de la creación o el refuerzo de una posición dominante colectiva, debido a que aumenta la probabilidad de que las empresas puedan coordinar su comportamiento y subir los precios, incluso sin necesidad de llegar a un acuerdo o de recurrir a una práctica concertada en el sentido del artículo 81 del Tratado CE.

De igual manera, una concentración también puede facilitar o hacer más estable o efectiva la coordinación entre empresas que ya se coordinaban antes de la concentración, bien sea robusteciéndola o permitiendo que las empresas acuerden unos precios más altos[21].

2. Posibles efectos anticompetitivos de las concentraciones no horizontales

En particular, se ha distinguido dos grandes grupos de concentraciones no horizontales: las concentraciones verticales y las concentraciones conglomerales[22].

Al respecto, si bien se han mencionado que dicha clase de concentraciones pueden ser positivas[23], se ha resaltado que en ciertos casos, las concentraciones no horizontales pueden obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, en especial a raíz de la creación o consolidación de una posición domi-

[18] Ídem, p. 114. Al respecto, «A modo de ejemplo, cabe indicar el supuesto en el que una de las empresas participantes en la operación perdiese parte de sus ventas en beneficio de la otra empresa participante en caso de que la primera hubiera subido sus precios antes de la concentración. Si la concentración pone in a esta presión competitiva estaríamos ante un efecto no coordinado, sin perjuicio de que las empresas del mismo mercado que no participan en la fusión también puedan beneficiarse de la reducción de la presión competitiva resultante de la concentración, ya que la subida de precios realizada por las empresas que van a fusionarse puede desviar parte de la demanda hacia sus competidores, para los que también puede resultar rentable incrementar los precios.»

[19] DIRECTRICES SOBRE LA EVALUACIÓN DE LAS CONCENTRACIONES HORIZONTALES CON ARREGLO AL REGLAMENTO DEL CONSEJO SOBRE EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ENTRE EMPRESAS. Diario Oficial de la Unión Europea (2004/C 31/03).

25. En general, una concentración que produzca tales efectos no coordinados obstaculizará de forma significativa la competencia efectiva al crear o reforzar la posición dominante de una sola empresa, que habitualmente dispondrá, después de la concentración, de una cuota de mercado muy superior a la del siguiente competidor en importancia. Por otra parte, las concentraciones en mercados oligopolísticos que impliquen la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes de la concentración ejercían previamente entre sí, así como la reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes, también pueden dar lugar a una

nante. Esto se debe esencialmente a que una concentración no horizontal puede modificar la capacidad y el incentivo para competir de las empresas participantes en la concentración y de sus competidores de forma perjudicial para los consumidores.

En ese sentido, se ha destacado que existen dos formas principales en las que las concentraciones no horizontales pueden obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva: los efectos no coordinados y los efectos coordinados.

---

obstaculización significativa de la competencia, incluso cuando resulte poco probable la coordinación entre los miembros del oligopolio. El Reglamento de concentraciones establece que las concentraciones que den lugar a este tipo de efectos no coordinados también han de ser declaradas incompatibles con el mercado común. (…)

[20] ENGRA MORENO, José Carlos; y, RODRÍGUEZ ENCINA, Ana. Ob. Cit., p. 115.

[21] DIRECTRICES SOBRE LA EVALUACIÓN DE LAS CONCENTRACIONES HORIZONTALES CON ARREGLO AL REGLAMENTO DEL CONSEJO SOBRE EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ENTRE EMPRESAS. Diario Oficial de la Unión Europea (2004/C 31/03).

40. La coordinación puede revestir diversas formas. En algunos mercados, la coordinación más probable puede implicar el mantenimiento de los precios por encima del nivel competitivo. En otros, puede estar destinada a limitar la producción o el volumen de nueva capacidad introducida en el mercado. La coordinación entre empresas también puede consistir en un reparto del mercado, por ejemplo por zonas geográficas o en función de otras características del cliente, o en la adjudicación de contratos en mercados de licitación.

41. La probabilidad de que se produzca una coordinación es mayor en mercados en los que resulta relativamente fácil alcanzar un acuerdo sobre las condiciones de la coordinación. Además, se han de cumplir tres condiciones para que la coordinación sea viable. En primer lugar, las empresas que se coordinan deben poder ejercer un control suficiente sobre el cumplimiento de las condiciones de la coordinación. En segundo lugar, la disciplina requiere que haya algún mecanismo de disuasión creíble que pueda activarse en caso de detectarse una desviación de lo acordado. En tercer lugar, los resultados esperados de la coordinación deben estar al abrigo de las reacciones tanto de los competidores actuales o futuros que no participen en ella como de los clientes.

42. La Comisión examina si sería posible que se fijen unas condiciones para la coordinación y si es probable que la coordinación resulte viable. A este respecto, la Comisión toma en consideración los cambios que conlleva la concentración. La reducción del número de empresas presentes en un mercado puede, en sí misma, ser un factor que facilite la coordinación. Sin embargo, una concentración también puede aumentar por otros medios la probabilidad o la importancia de los efectos coordinados. Así, puede estar inmersa en la concentración una empresa «díscola» que en el pasado haya impedido o roto la coordinación, por ejemplo por no seguir los aumentos de precios de sus competidores, o que tenga unas características que le sirvan de incentivo para privilegiar opciones estratégicas distintas de las que preferirían sus competidores que se coordinan entre sí. Si la empresa fusionada adoptara unas estrategias similares a las de sus competidores, a las demás empresas les resultaría más fácil coordinarse, y la concentración aumentaría la probabilidad, la estabilidad o la eficacia de la coordinación.

43. Al evaluar la probabilidad de que se produzcan efectos coordinados, la Comisión tiene en cuenta toda la información pertinente disponible sobre las características de los mercados afectados, incluyendo tanto aspectos estructurales como el comportamiento de las empresas en el pasado. Las pruebas de una coordinación realizada en el pasado son un elemento importante si las características del mercado de referencia no han cambiado de forma apreciable o si no es probable que lo hagan en un futuro próximo. Del mismo modo, las pruebas de coordinación en mercados similares pueden aportar información útil.

a. Efectos anticompetitivos no coordinados (unilaterales)

Los efectos no coordinados pueden aparecer principalmente cuando las concentraciones no horizontales dan lugar al cierre del mercado. Al respecto, el término «cierre del mercado» se emplea para describir cualquier situación en la que el acceso de los rivales reales o potenciales a las fuentes de suministro o a los mercados se ve obstaculizado o eliminado a consecuencia de la concentración, reduciendo así la capacidad y/o el incentivo de estas empresas para competir. Como consecuencia de dicho cierre del mercado, las empresas de la concentración — y, posiblemente, también algunos de sus competidores — pueden, en función de sus intereses, incrementar los precios aplicados a los consumidores .

Estas situaciones dan lugar a una obstaculización significativa de la competencia efectiva y por lo tanto se denominarán «cierre anticompetitivo del mercado».

Al respecto, se han distinguido dos formas de cierre del mercado. La primera existe cuando es probable

---

[22] DIRECTRICES PARA LA EVALUACIÓN DE LAS CONCENTRACIONES NO HORIZONTALES CON ARREGLO AL REGLAMENTO DEL CONSEJO SOBRE EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ENTRE EMPRESAS. Diario Oficial de la Unión Europea (2008/C 265/07)

4. Las concentraciones verticales atañen a empresas que operan en distintos niveles de la cadena de suministro. Por ejemplo, cuando un fabricante de un determinado producto («empresa del mercado ascendente» o «empresa ascendente») se fusiona con uno de sus distribuidores («empresa del mercado descendente» o «empresa descendente»), la operación se denomina concentración vertical.

5. Las concentraciones conglomerales son concentraciones entre empresas cuya relación no es ni horizontal (como competidores en el mismo mercado de referencia) ni vertical (como proveedores o clientes). En la práctica, las presentes Directrices se centran en las concentraciones entre empresas que operan en mercados estrechamente relacionados (por ejemplo las concentraciones que atañen a proveedores de productos complementarios o de productos que pertenecen a la misma gama de productos).

[23] DIRECTRICES PARA LA EVALUACIÓN DE LAS CONCENTRACIONES NO HORIZONTALES CON ARREGLO AL REGLAMENTO DEL CONSEJO SOBRE EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ENTRE EMPRESAS. Diario Oficial de la Unión Europea (2008/C 265/07)

11. Por lo general las concentraciones no horizontales tienen menos probabilidades de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva que las concentraciones horizontales.

12. En primer lugar, a diferencia de las concentraciones horizontales, las concentraciones verticales o conglomerales no suponen una pérdida de competencia directa entre las empresas de la concentración en el mismo mercado de referencia. Como consecuencia, la principal fuente de efecto anticompetitivo presente en las concentraciones horizontales no existe en las concentraciones verticales y conglomerales.

13. En segundo lugar, las concentraciones verticales y conglomerales ofrecen un margen sustancial para las eficiencias. Una característica de las concentraciones verticales y de ciertas

que la concentración aumente los costes de los rivales en sentido descendente restringiendo su acceso a un insumo importante (bloqueo de insumos[25]). La segunda existe cuando es probable que la concentración excluya a los rivales en sentido ascendente restringiendo su acceso a una base suficiente de clientes (bloqueo de clientes[26]).

De igual manera, cabe destacar que en el contexto de las concentraciones conglomerales, la combinación de productos en mercados relacionados puede conferir a la entidad resultante de la concentración la capacidad y el incentivo para apalancar una sólida posición de mercado en uno de los mercados sobre otro, ya sea vinculando los productos o vendiéndolos por paquetes o mediante otras prácticas de exclusión[27].

b. Efectos anticompetitivos coordinados

Los efectos coordinados aparecen cuando la concentración altera la naturaleza de la competencia de tal manera que resulte mucho más probable que empresas que previamente no coordinaban su comportamiento pasen a coordinarse y a incrementar sus precios o a perjudicar por otros medios la competencia efectiva. De igual manera, una concentración también puede facilitaro hacer más estable o efectiva la coordinación entre empresas que ya se coordinaban antes de la concentración.

---

concentraciones conglomerales es que las actividades y/o los productos de las empresas implicadas son complementarios entre sí. La integración de actividades o productos complementarios en una sola empresa puede producir eficiencias significativas y ser beneficiosa para la competencia. En las relaciones verticales, por ejemplo, de resultas de la complementariedad, una disminución de los márgenes descendentes también dará lugar a una mayor demanda en sentido ascendente. Una parte del beneficio de este incremento de la demanda revertirá a los proveedores ascendentes. Una empresa integrada tendrá en cuenta este beneficio. La integración vertical puede así ofrecer un incentivo mayor para intentar disminuir los precios y aumentar la producción porque la empresa integrada puede obtener una fracción mayor de los beneficios. Esto se suele denominar «internalización de márgenes dobles». Del mismo modo, otros esfuerzos para incrementar las ventas en un nivel (por ejemplo mejorando el servicio o intensificando la innovación) pueden resultar más beneficiosos para una empresa integrada que tendrá en cuenta los beneficios que revertirán a otros niveles.

[24] Ídem.

[25] DIRECTRICES PARA LA EVALUACIÓN DE LAS CONCENTRACIONES NO HORIZONTALES CON ARREGLO AL REGLAMENTO DEL CONSEJO SOBRE EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ENTRE EMPRESAS. Diario Oficial de la Unión Europea (2008/C 265/07)

31. El bloqueo de insumos se produce cuando, tras la concentración, es probable que la nueva entidad restrinja el acceso a los productos o servicios que en cambio habría suministrado de no existir la concentración, incrementando así los costes de sus rivales en sentido descendente al hacer que les sea más difícil obtener suministros del insumo a unos precios y condiciones

En una concentración vertical puede facilitar que las empresas del mercado ascendente o descendente lleguen a un acuerdo común sobre las condiciones de la coordinación[28].

Por otra parte, una de las maneras de que una concentración conglomeral puede influir en la aparición de una conducta coordinada en un mercado determinado consiste en reducir el número de competidores efectivos hasta tal punto que la coordinación tácita se convierte en una posibilidad real. Además, aun cuando no se excluya a los rivales del mercado, éstos pueden llegar a encontrarse en una situación más vulnerable, por lo que los rivales excluidos pueden optar por no oponerse a la situación de coordinación y llegar a preferir operar amparados en los precios más

similares a los que existirían si no se hubiese producido la concentración. Esto puede llevar a la entidad resultante de la concentración a incrementar en función de sus intereses el precio facturado a los clientes, lo que obstaculizaría de forma significativa la competencia efectiva (…)

[26] DIRECTRICES PARA LA EVALUACIÓN DE LAS CONCENTRACIONES NO HORIZONTALES CON ARREGLO AL REGLAMENTO DEL CONSEJO SOBRE EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ENTRE EMPRESAS. Diario Oficial de la Unión Europea (2008/C 265/07)

58. El bloqueo de clientes puede ocurrir cuando un proveedor se integra con un cliente importante en el mercado descendente. Debido a esta presencia en sentido descendente, la entidad resultante de la concentración puede impedir que sus rivales reales o potenciales en el nivel superior del mercado (el mercado del insumo) accedan a una base suficiente de clientes y reducir su capacidad o incentivo para competir. A su vez, esto puede aumentar los costes de los rivales en sentido descendente al hacer que les sea más difícil obtener suministros del insumo a precios y condiciones similares a los existentes sin la concentración. Esto puede permitir que la entidad resultante de la concentración fije unos precios mayores en el mercado descendente en función de sus intereses. Sin embargo, cualquier eficiencia resultante de la concentración puede empujar a la entidad resultante de ésta a reducir el precio, de tal modo que en conjunto no exista un impacto negativo en los consumidores. Para que el bloqueo de clientes sea perjudicial para ellos, no es pues necesario que los rivales de la empresa resultante de la concentración se vean forzados a salir del mercado. (…)

59. Al evaluar la probabilidad de una situación anticompetitiva de bloqueo de clientes, la Comisión examina, primero, si la entidad resultante de la concentración tendría la capacidad de bloquear el acceso a los mercados descendentes reduciendo sus compras a sus rivales ascendentes, segundo, si tendría el incentivo para reducir sus compras ascendentes, y tercero, si una estrategia de cierre del mercado tendría un importante efecto perjudicial para los consumidores en el mercado descendente (…).

[27] DIRECTRICES PARA LA EVALUACIÓN DE LAS CONCENTRACIONES NO HORIZONTALES CON ARREGLO AL REGLAMENTO DEL CONSEJO SOBRE EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ENTRE EMPRESAS. Diario Oficial de la Unión Europea (2008/C 265/07)

93. (…) La vinculación y la venta por paquetes son en sí mismas prácticas comunes que no suelen tener ninguna consecuencia contraria a la competencia. Las empresas aplican estas prácticas para suministrar a sus clientes unos mejores productos u ofertas de manera rentable. Sin embargo, en ciertas circunstancias, estas prácticas pueden dar lugar a una reducción de la capacidad o del incentivo para competir de los rivales reales o potenciales. Esto puede reducir la presión competitiva sobre la entidad resultante de la concentración, lo que le permite incrementar los precios.

94. Para evaluar la probabilidad de tal situación, la Comisión examina primero si la empresa resultante de la concentración tendría la capacidad de excluir a sus rivales, a continuación si tendría un incentivo económico para hacerlo y, por último, si una estrategia de cierre del mer-

elevados.

VIII. Notas finales

En virtud a lo analizado, podemos observar que la Unión Europea pasó un proceso lento pero decidido hacia el control de las concentraciones como una medida preventiva para evitar la creación de estructuras de mercado anti-competitivas que puedan privar a los consumidores de una competencia efectiva, siendo un ejemplo útil que refleja la necesidad de establecer controles previos a fin de evitar afectaciones permanentes en el funcionamiento de los mercados.

En esa línea, mediante el Reglamento (CE) 139/2004, se optó por utilizar como criterio para el control de las concentraciones el «significativo obstáculo a la competencia» el cual pasó a ser el test general para el control de las concentraciones, y la posición dominante a ser solo un elemento caracterizante, del significativo obstáculo a la competencia. En este nivel, se observa que los eventuales efectos anticompetitivos de una operación de concentración pueden ser de naturaleza coordinada o no coordinada, en función de que se incremente el poder individual de una empresa, o las posibilidades de una colusión tácita entre la entidad resultante de la concentración y el resto de empresas presentes en el mercado afectado por la operación.
En atención a ello, existen una serie de criterios para identificar los casos en los que puedan existir efectos anticompetitivos en los diversos tipos de concentraciones que se dan en la realidad (como son: concentraciones horizontales y no horizontales), observándose de esta manera reglas claras a fin de impedir que este tipo de conductas puedan afectar a los mercados involucrados y, en especial, a los consumidores, así como se evita incertidumbre en los agentes económicos.

---

cado produciría un efecto perjudicial considerable sobre la competencia, en detrimento de los consumidores. En la práctica, estos factores se examinan a menudo juntos pues están relacionados estrechamente.

[28] DIRECTRICES PARA LA EVALUACIÓN DE LAS CONCENTRACIONES NO HORIZONTALES CON ARREGLO AL REGLAMENTO DEL CONSEJO SOBRE EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ENTRE EMPRESAS. Diario Oficial de la Unión Europea (2008/C 265/07)

83. Por ejemplo, cuando una concentración vertical conduce al cierre del mercado da lugar a una reducción del número de competidores efectivos en el mercado. En términos generales, una reducción del número de operadores facilita la coordinación entre los demás operadores del mercado.

84. Las concentraciones verticales también pueden aumentar el grado de simetría entre las empresas que operan en el mercado. A su vez esto puede incrementar la probabilidad de la coordinación haciendo que sea más fácil llegar a un acuerdo común sobre las condiciones de la coordinación. Del mismo modo, la integración vertical puede mejorar el grado de transparencia de mercado, facilitando más la coordinación entre los demás operadores del mercado.

Revista
Corpus Iuris



Los monopolios pueden ser buenos (y deberías saberlo)

Gustavo M. Rodríguez

Los monopolios pueden ser buenos (y deberías saberlo)

Por: Gustavo M. Rodríguez[1]

El título pretende ser provocador pero, en realidad, plantea una imprecisión que resulta importante aclarar desde el principio. Los monopolios no son ni buenos ni malos.

El término "monopolio" hace referencia a una situación –en términos simples, una en la que existe un vendedor o proveedor único de un determinado producto o servicio que no enfrenta sustitutos adecuados- que puede facilitar la generación de efectos indeseados o gatillar consecuencias beneficiosas para la sociedad en su conjunto. La primera posibilidad referida a la generación de efectos indeseados se encuentra fuertemente arraigada en la mente no solo de nuestros políticos sino, en general, en la de la colectividad. La posibilidad de efectos positivos asociados al monopolio o bien resulta desconocida para la mayoría o resulta convenientemente escondida en el discurso público (e incluso, muchas veces, académico).

Resulta imposible delinear de manera adecuada el tipo de intervención legal que se requiere en el mercado (siendo la ausencia de intervención una alternativa también) asumiéndose que el monopolio tiene puros efectos anti-competitivos sin posibles efectos pro-competitivos. El sesgo anti-monopolio puede conducirnos a planteamientos perversos que afectarán el bienestar de los consumidores y el desarrollo económico. La tarea orientada a emprender una lucha frontal contra los monopolios teniendo a la vista los posibles efectos negativos, ignorando (o escondiendo) los posibles efectos positivos, debe ser desterrada sin titubeo alguno.

La lucha contra los monopolios por parte del Estado puede expresarse, de manera general, de tres formas distintas: (i) leyes de competencia; (ii) regulación directa; o, (iii) adquisición de la propiedad / control de la empresa por parte del propio Es-

*Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister por la Universidad Austral de Argentina. Fue Summer Scholar en el 2016 en el Coase-Sandor Institute for Law and Economics de la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago y siguió estudios de Fashion Law en el Fashion Law Institute de la Universidad de Fordham en Nueva York. Actualmente enseña el curso "Derecho de la Competencia y Libre Mercado" en la carrera de derecho corporativo de ESAN y ocupa la presidencia de la Comisión Permanente de Ética No. 2 del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (CONAR). Se precisa que la exposición del autor es personal y no compromete a alguna entidad a la que se encuentre vinculado.

tado[1]. Ninguna de esas alternativas representa una opción libre de costos y exenta de riesgos. La combinación sesgo anti-monopolio con sesgo pro-Estado se presenta, entonces, como una muy mala receta para un pésimo plato.

El objetivo de este pequeño trabajo no es indagar sobre los costos asociados a la represión de los monopolios –que existen y pueden (suelen) ser considerables- sino sobre los posibles efectos beneficiosos asociados a un monopolio y que pueden ser destruidos con un combate intuitivo y apriorístico a éste. Creemos que únicamente al poner los posibles efectos beneficiosos lado a lado con los posibles efectos indeseados, se puede proponer una política pública sensata y cuidadosa.

En una interesante columna de Alex Moazed titulada *"Why modern monopolies are good"* se lee la siguiente frase: "todo negocio quiere ser un monopolio pero ninguno quiere ser identificado como uno"[2]. Es lógico que nadie quiera ser considerado como monopolio dado que, en la creencia popular, los monopolios son malos. Pero más importante que la discusión sobre si una empresa es un monopolio es la discusión respecto de cómo llegó a serlo. Uno puede llegar a ser un monopolista "a la mala", es decir, implementando prácticas de coerción, planteando litigios costosos para obstruir al otro o cualquier otra medida de naturaleza similar. Sin embargo, uno puede ser un monopolista simplemente porque logró ser el mejor en lo que hace.

El deseo de muchos por llegar a ser el único en el mercado incentiva la competencia que se estima tan beneficiosa. Antes de que el monopolio se haya logrado, los competidores pugnan por ser el único y eso beneficia a los consumidores (la calidad mejora, se ofrecen más alternativas, los precios disminuyen, etc.) pero una vez que se logra el monopolio, la situación tampoco deja ser buena. Previsiblemente, la posición de monopolista sea tan atractiva que incentive a otros a tratar de quitársela. Como puede apreciarse, el monopolio es simplemente parte del proceso competitivo y, de hecho, es una idea dinamizadora de ese proceso.

Los monopolios, se suele perder de vista, fomentan la innovación.

[1] STIGLER, George. "Monopoly", En: The Concise Encyclopedia of Economics, Segunda edición, Library of Economics and Liberty, http://econlib.org/library/Enc/Monopoly.html
[2] MOAZED, Alex. "Why modern monopolies are good", En: Inc.com (2/6/2016): http://www.inc.com/alex-moazed/why-modern-monopolies-are-good.html

Si usted anticipara que el producto que piensa crear enfrentará intensa competencia, ¿invertiría en el costo de desarrollo y publicidad de su producto? Salvo que usted tuviera algún tipo de derecho de exclusiva –irónicamente, algo que funciona como un generador artificial de un monopolio- la fuerte competencia impediría la recuperación de sus costos. Si usted prevé que la recuperación de sus costos será imposible, se abstendrá de crear el producto y, obviamente, los consumidores jamás se beneficiarán de algo que no ha sido creado. Es por eso que se ha señalado con lucidez que "(…) en el mundo real en el que los empresarios crean bienes, el precio competitivo idealizado (que iguala el costo marginal) difícilmente es una mejor señal respecto de qué productos deberían ser producidos dado que captura poco (…) del valor del producto para los consumidores)"[3].

¿Los monopolios suelen implicar precios más elevados? Más allá de que la fórmula que profesa que los monopolios implican precios exorbitantemente elevados en contraste con el precio que sería cobrado en un escenario competitivo resulta de polémica aceptación teórica y empírica, lo cierto es que si los precios subieran, esa situación señalizaría –como ya fuera adelantado- que el negocio es bueno y que vale la pena entrar en éste. El combate directo a los precios altos pierde de vista que los precios son señales. Nuevamente, la discusión adecuada no se centra en el precio bajo como fin en sí mismo sino en el cómo se logran precios bajos: podemos dejar que la competencia empuje los precios a la baja o podemos confiar en un burócrata para que empuje ese precio "a su leal saber y entender".

La acción del Estado en respuesta a la sola presencia de un monopolio o, incluso, en respuesta a una empresa con un tamaño o posicionamiento "políticamente incómodo" puede, de hecho, evitar que las correcciones de mercado en beneficio de la sociedad en su conjunto lleguen. Una producción restringida o un precio aparentemente elevado pueden ser el comportamiento racional de una empresa que tiene poder de mercado pero no evidencian un ánimo exclusorio o de afectación al proceso competitivo. Como regla general, debe permitirse a los monopolistas que ejerzan su poder precisamente para que activen las correcciones de mercado necesarias. De esta manera, cuando alguien pregunte por

[3] McKENZIE, Richard B. "In Defense of Monopoly", En: Regulation, Invierno (2009-2010).

qué demoran tanto las soluciones de mercado, normalmente hay una pregunta previa que no se está respondiendo: ¿por qué existen remedios legales que obstruyen o lentifican las respuestas de mercado?

El empleo de cualquier remedio o respuesta legal implica un riesgo inevitable: el de, eventualmente, impactar de manera prohibitiva o restrictiva en una conducta que tiene efectos positivos superiores a los costos asociados a tal conducta. Una presunción anti-monopolio no tiene sentido por varias razones. La primera, ya explicada, porque es evidente que el monopolio puede tener efectos positivos. La segunda, también señalada, porque la existencia del monopolio no nos dice nada de la forma en la que surgió el mismo. La tercera, que recién explicitamos, es que la represión en sí misma puede importar más costos que aquellos que se pretenden evitar.

Puede discutirse sobre la lentitud del mercado en reaccionar en corrección de ciertos males pero no puede discutirse que la auto-corrección de los males asociados a un monopolio es más factible que la aut o-corrección de los males asociados a una decisión judicial o administrativa equívoca. Como dice Frank Easterbrook en un importante trabajo, los costos del monopolio erróneamente permitido podrían ser pequeños en contraste con los costos asociados a un proceso competitivo erróneamente cuestionado[4]. Como nota adicional, resulta claro que la indagación respecto del grado de cooperación ideal en un mercado puede tornarse en una tarea imposible para los encargados de la resolución de controversias de derecho de la competencia.

Leonard Read ha sostenido que "cuando todos son libres de perseguir una exclusiva posición de mercado por la ruta de la superioridad, en lugar de imponiendo inferioridad a otros, las potencialidades creativas que existen en los sujetos encontrarán expresión y realización"[5]. De esta manera, entonces, vuelve a destacarse que la cuestión no es si se tiene un monopolio sino cómo se llegó a éste. No puede quedar duda de que existen medios que deben rechazarse (por ejemplo, apelando al poder de la fuerza que asegura la acción Estatal) y no debería, a estas alturas, quedar dudas de que existen medios que deberían ser saludados y no combatidos.

[4] EASTERBROOK, Frank E. "The limits of Antitrust", Texas Law Review, Vol. 63, No. 1, (1984).
[5] READ, Leonard E. "Good and Bad Monopoly", FEE Foundation for Economic Education, (1/9/1960), https://fee.org/articles/good-and-bad-monopoly/

¿Por qué, entonces, el sesgo anti-monopolio? Una buena explicación puede residir en una combinación sutil de envidia con hipocresía. Quizás sea impopular decirlo de esta manera pero es claro que si una empresa invierte en innovación esperaría disfrutar los frutos de su inversión. Algunos sujetos se harán increíblemente ricos en ese proceso pero el punto fundamental es de qué modo la posibilidad de hacerse rico permite el enriquecimiento para la sociedad en su conjunto en forma de nuevas opciones de consumo[6]. Tratar de perseguir a quien gana la pugna competitiva puede evidenciar la envidia de quienes no obtuvieron la recompensa deseada y la hipocresía de quienes, exigiendo a las empresas que compitan, promueven la persecución al ganador de la pugna que ellos mismos avivaron.

Una lectura atenta de este breve trabajo debería haber dejado una idea en claro: no existe aquí defensa al monopolio. Lo que existe es un planteamiento específico: no es posible juzgar una situación sin ponderar lo bueno y lo malo. Esta problemática ha sido, en otro contexto, señalada en estos términos: "(…) uno no puede distinguir entre una atadura competitiva y una atadura anticompetitiva entendiendo únicamente a las ataduras anticompetitivas. Uno necesita entender también las ataduras competitivas para conocer la diferencia"[7]. En ese espíritu, sostenemos que no es posible entender los monopolios sin conocer los efectos buenos y los efectos nocivos que podrían ser gatillados por un monopolio. Ignorar ambas potencialidades, nos conduce a políticas públicas prejuiciosas y sesgadas. El buen diseñador de políticas públicas debería saberlo.

[6] De hecho, el argumento tradicional no descansa en el hecho de que pueda existir una transferencia de renta de consumidores hacia empresarios sino en el hecho de que el bienestar económico se ve reducido como consecuencia de que la elevación de los precios impide a algunos consumidores adquirir el producto (deadweight loss) reduciéndose la producción de dicho bien.

[7] EVANS, David y SALINGER, Michael. "Curing Sinus Headaches and Tying Law: An Empirical Analysis of Bundling Decongestants and Pain Relievers", En: Recent Developments in Antitrust: theory and evidence (Editado por Jay Pil Choi), CESifo Seminar Series, (2007).



M&C
commerce
Ventas y Servicios





Somos una empresa dedicada a la venta al por mayor de diversos productos y servicios generales basada en lo que buscan nuestros clientes. La calidad en los productos y servicios es un atributo en el cual nos caracterizamos.



myccommerce@outlook.com



969 282 379

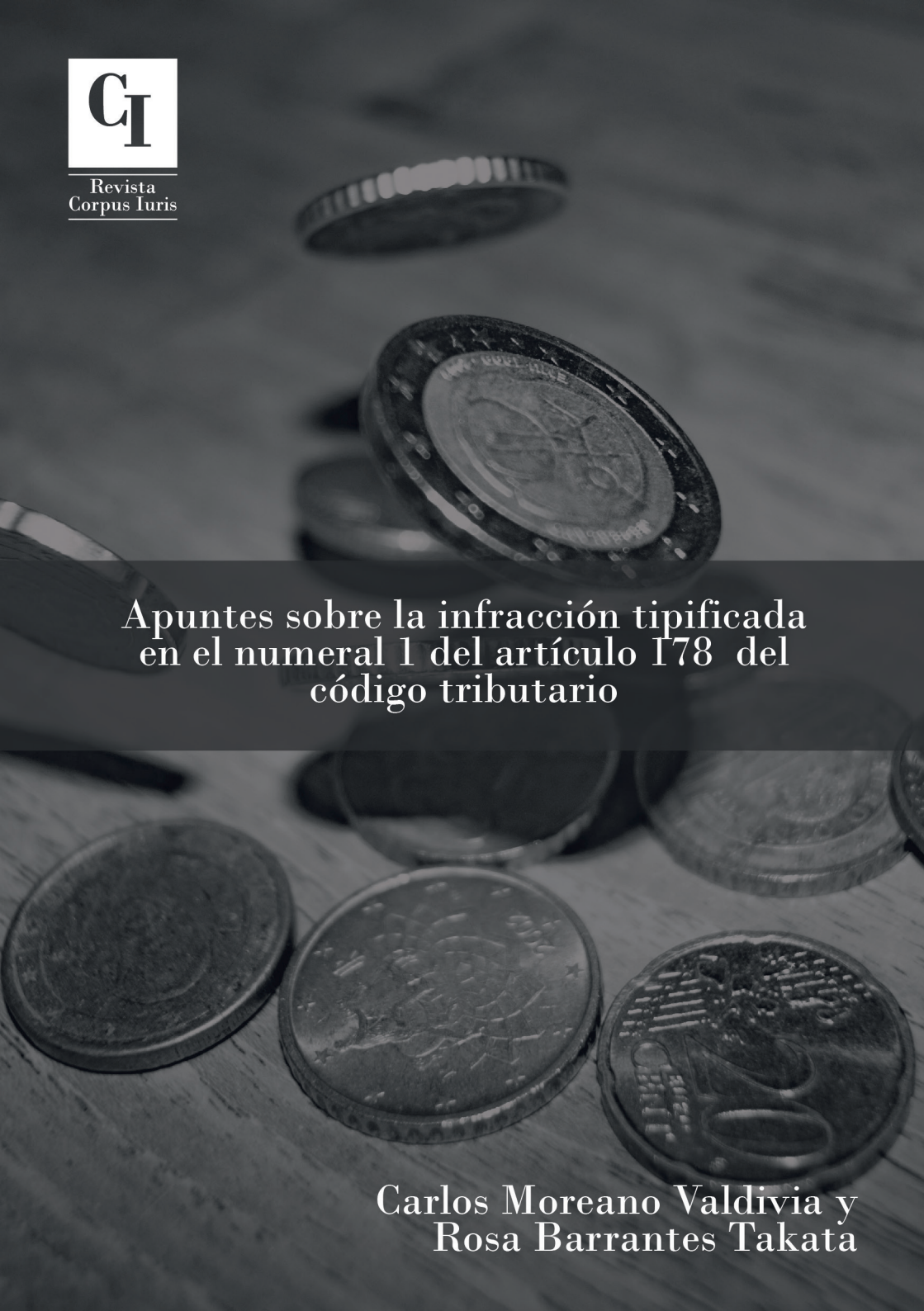


Jr. Eduardo Giraldo 175 - SMP

MZA

Martín
Zecenarro
Abogados

Revista
Corpus Iuris



Apuntes sobre la infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 178 del código tributario

Carlos Moreano Valdivia y
Rosa Barrantes Takata

Apuntes sobre la infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 178 del código tributario[1]

Por: Carlos Moreano Valdivia y Rosa Barrantes Takata[2]

1. Introducción

El numeral 1 del artículo 178º del Código Tributario, según Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo Nº 133-2013-EF, modificado por el Decreto Legislativo Nº 1311[3], tipifica como infracción: "No incluir en las declaraciones ingresos y/o remuneraciones y/o retribuciones y/o rentas y/o patrimonio y/o actos gravados y/o tributos retenidos o percibidos, y/o aplicar tasas o porcentajes o coeficientes distintos a los que les corresponde en la determinación de los pagos a cuenta o anticipos, o declarar cifras o datos falsos u omitir circunstancias en las declaraciones, que influyan en la determinación y el pago de la obligación tributaria; y/o que generen aumentos indebidos de saldos o pérdidas tributarios o créditos a favor del deudor tributario y/o que generen la obtención indebida de Notas de Crédito Negociables u otros valores similares."

Como es de conocimiento público, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, al ejercer discrecionalmente la facultad sancionadora a que se refiere el artículo 82º del Código Tributario antes mencionado, emite resoluciones de multa por la comisión de la infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 178º del mismo Código Tributario, entre otros supuestos, cuando el deudor tributario presenta

[1] Los comentarios contenidos en el presente artículo son estrictamente personales y no constituyen posición alguna de la entidad donde labora el autor.

[2] Director de Litigios Fiscales del Estudio Iberoamericano Philippi Pietro Carrizosa Ferrero DU & Uría. Abogado por la Universidad de Lima. Maestría en Derecho Corporativo Económico por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Estudios de Maestría en Tributación y Política Fiscal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Post grado en Métodos Alternativos de Disputas y Análisis Económico en Lousiana State University – Law Center. Post Grado en Política y Técnica Tributaria en el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias con sede en Panamá (CIAT). Post Grado en Fiscalidad Internacional de la Universidad de Santiago de Compostela. Profesor de la facultad de Derecho de la Universidad de Ciencias Aplicadas. Profesor de post grado en la Universidad Esan. Ex funcionario de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT. Ex Vocal del Tribunal Fiscal del Ministerio de Economía y Finanzas. Abogada por la Universidad Nacional Federico Villarreal, con estudios de Maestría en Tributación y Política Fiscal con mención en Contabilidad en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Post Grado en la Universidad Tecnológica de Dresden- Alemania.

[3] Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 30.12.2016.

declaraciones rectificatorias en las que determina un mayor monto del tributo a pagar al liquidado en la declaración inicial.

En efecto, aun cuando el referido ente fiscal no haya emitido resoluciones de determinación como resultado del ejercicio de su facultad fiscalizadora, procede a girar resoluciones de multa por la comisión de la infracción en examen, sobre la base de declaraciones rectificatorias en las que el deudor tributario determina un mayor monto del tributo a pagar al consignado en su declaración inicial, aplicando una sanción pecuniaria conforme a las Tablas de Infracciones y Sanciones contenidas en el aludido Código Tributario. Ello nos impele a reflexionar si, independientemente de cualquier interpretación normativa, resulta eficiente tipificarla como tal y, de ser el caso, proponer algún cambio normativo.

Para fines didácticos nuestro análisis sobre el anotado tipo infractor sólo estará referido al caso en el que el administrado tributario rectifica su declaración y liquidación inicial, determinando un mayor tributo a pagar (en el caso de Personas y Entidades Generadores de Renta de Tercera Categoría - Régimen General). Por ello, no analizaremos los supuestos de "(…) aplicar tasas o porcentajes o coeficientes distintos a los que les corresponde en la determinación de los pagos a cuenta o anticipos (…)" ni "declarar cifras o datos falsos (…) que generen aumentos indebidos de saldos o pérdidas tributarias o créditos a favor del deudor tributario y/o que generen la obtención indebida de Notas de Crédito Negociables u otros valores similares", que comprende también el citado tipo infractor.

Así, examinaremos la descripción de: "no incluir en las declaraciones ingresos y/o remuneraciones y/o retribuciones y/o rentas y/o patrimonio y/o actos gravados y/o tributos retenidos o percibidos, (…) o declarar cifras o datos falsos que influyan en la determinación y el pago de la obligación tributaria (…)".

2. Análisis jurídico

Como se sabe, además de la obligación tributaria sustancial –que nace como consecuencia del acaecimien-

[4] "(…) Se ha sostenido que el criterio delimitador entre obligación y deberes es el carácter patrimonial o no; configurándose como obligación aquella situación de sujeción o vínculo jurídico que origina en el deudor una conducta, un deber jurídico que recae sobre una prestación susceptible de valoración económica, con contenido económico o patrimonial; (…) en el deber jurídico sensu stricto la situación del sujeto pasivo no va referida a una prestación patrimonial, con tenido susceptible

to del hecho imponible previsto en la norma– se han establecido legalmente innumerables deberes de colaboración que son de cargo de los administrados tributarios. Éstos deberes forman parte del denominado derecho tributario formal y pretenden facilitar el control por parte del ente fiscal para constatar el nacimiento de la obligación tributaria, realizar una exacta determinación del tributo y, por ende, efectivizar el cumplimiento de tal obligación.[4]

Con el fin de neutralizar el incumplimiento de tales deberes formales nuestro ordenamiento sanciona administrativamente aquellas conductas que –por acción u omisión– importen dicho incumplimiento, siempre que se encuentren debidamente tipificadas como infracción; de allí que no todo incumplimiento de deberes formales califique como una contravención.

En efecto, según lo dispone el artículo 164º del Código Tributario bajo examen, la infracción es definida como toda acción u omisión que importe la violación de normas tributarias, siempre que se encuentre tipificada como tal en el Código Tributario o en otras Leyes o Decretos Legislativos. Por su parte, el primer párrafo del artículo 165º del mismo Código Tributario prescribe que la infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente con penas pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes y suspensión de licencias, permisos, concesiones o autorizaciones vigentes otorgadas por entidades del Estado para el desempeño de actividades o servicios públicos[5].

El numeral 1 del artículo 178º del Código Tributario en análisis tipifica como infracción, entre otros supuestos, el: "no incluir en las declaraciones ingresos y/o remuneraciones y/o retribuciones y/o rentas y/o patrimonio y/o actos gravados y/o tributos retenidos o percibidos, (…) o declarar cifras o datos falsos que influyan en la determinación y el pago de la obligación tributaria (…)".

La Tabla I de Infracciones y Sanciones del Código Tributario en estudio

de valoración económica, sino a una conducta a la que está sometido el sujeto con independencia de su posición como deudor". (FERNÁNDEZ PAVES, María José. "La Autoliquidación Tributaria", Madrid – España: Instituto de Estudios Fiscales – Marcial Pons, 1995, Págs. 20 y 21).

[5] "La sanción administrativa es un mal inflingido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal". (GARCIA ENTERRÍA Eduardo. "El Problema Jurídico de las Sanciones Administrativas" En: "Curso de Derecho Administrativo". Civitas 1989, Pág. 399).

–aplicable a Personas y Entidades Generadores de Renta de Tercera Categoría - Régimen General– establece como sanción aplicable a la infracción antes anotada el pago de una multa ascendente al 50% del tributo por pagar omitido, siendo preciso anotar que la Nota N° 21 de la anotada tabla precisa que el tributo por pagar omitido será la diferencia entre el tributo por pagar declarado y el que debió declararse, y que en el caso de los tributos administrados y/o recaudados por la SUNAT se tomará en cuenta para estos efectos los saldos a favor de los períodos anteriores, las pérdidas netas compensables de ejercicios anteriores, los pagos anticipados, otros créditos y las compensaciones efectuadas.

Como se puede advertir, el mencionado tipo infractor se remite a dos deberes de colaboración diferentes aunque íntimamente vinculados y que son de cargo de los administrados tributarios: 1) el deber de declarar y; 2) el deber de determinar la obligación tributaria.

El deber de declarar es el deber jurídico de cargo del administrado tributario y que es establecido legalmente, consistente en una manifestación de conocimiento sobre los datos, circunstancias y elementos, de hecho y de derecho –integrantes del hecho imponible– y que la Administración necesita conocer para poder determinar el an y el quantum de la obligación tributaria.[6]

Por su parte, el deber de determinar es aquél deber jurídico establecido por ley a cargo de un particular legitimado, cuyo objeto es la realización de todas aquellas operaciones de interpretación, valoración y cálculo necesarias para la cuantificación de la obligación tributaria derivada de los hechos imponibles declarados por el mismo.[7]

Cabe destacar el carácter accesorio del deber de autoliquidar respecto del deber de declarar; ello porque el sujeto, para que pueda practicar esas operaciones de cuantificación del tributo, precisa partir de los datos fácticos, de hecho, que ha declarado haber realizado. Así, los hechos imponibles realizados –y que el sujeto incluye previa y simultáneamente en su declaración– serán los que servirán de punto de partida, de base, a esa autoliquidación, ya que son los

[6] FERNÁNDEZ PAVES, María José. "La Autoliquidación Tributaria", Madrid – España: Instituto de Estudios Fiscales – Marcial Pons, 1995, Pág. 95.
[7] FERNÁNDEZ PAVES, María José. Op. Cit., Pág. 27.

[8] FERNÁNDEZ PAVES, María José. Op. Cit., Pág. 27.

hechos declarados los autoliquidados a continuación.[8]

En tal sentido, el deber de autoliquidar presupone, siempre y en todo caso, el de declarar; depende de él y por él se justifica. Su objeto es una prestación complementaria de la declaración. Se trata de un deber distinto pero de cumplimiento simultáneo, puesto que al realizarse el acto de declaración el sujeto también ha de efecuar otras prestaciones que acompañan aquel acto, pero que son distintas de él (en este caso de cuantificar la cuota resultante de los hechos imponibles realizados y declarados).[9]

Según lo dispuesto en el artículo 59º del Código Tributario, según Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo Nº 133-2013-EF, por el acto de la determinación de la obligación tributaria:

"a) El deudor tributario verifica la realización del hecho generador de la obligación tributaria, señala la base imponible y la cuantía del tributo.

b) La Administración Tributaria verifica la realización del hecho generador de la obligación tributaria, identifica al deudor tributario, señala la base imponible y la cuantía del tributo."

Al respecto, el artículo 60º del mismo Código Tributario establece que la determinación de la obligación tributaria se inicia "por acto o declaración del deudor tributario o por la Administración Tributaria; por propia iniciativa o denuncia de terceros".

Como se puede advertir de las normas citadas, el acto de liquidación de la obligación tributaria no sólo corresponde a la Administración Tributaria –en virtud de su facultad de determinación– sino también

[9] FERNÁNDEZ PAVES, María José. Op. Cit., Pág. 27.

[10] Al respecto nos referimos a aquellos tributos que deban ser liquidados por el deudor tributario conforme lo prevé el artículo 3º del Código Tributario.

[11] Cabe destacar la reseña histórica evocada por Durán Rojo cuando menciona que hasta mediados del Siglo XX, los regímenes tributarios nacionales se estructuraron sobre la base de la heterodeterminación, es decir, vía la acción de la Administración para determinar la deuda tributaria, lo que suponía para el contribuyente la inexistencia de actividad alguna tendente hacia ese fin. Sin embargo la devastación organizativa que significó la II Guerra Mundial en la vida de los estados europeos originó que éstos crearan sistemas por los cuales comprometían acciones de los contribuyentes tendentes a la determinación de la deuda tributaria - autodeterminación. (DURÁN ROJO, Luis Alberto. «Los Deberes de Colaboración Tributaria Un Enfoque Constitucional» En: Revista Vectigaglia, Vol. Nº 2. Octubre 2006, Pág. 19).

al deudor tributario,[10] en cumplimiento del deber jurídico del mismo nombre,[11] cuya liquidación[12] –según el anotado artículo 60º– se inicia por acto o declaración, la que a su vez, conforme lo indicado en el primer párrafo del artículo 88º del Código Tributario, según Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo Nº 133-2013-EF, es "la manifestación de hechos comunicados a la Administración Tributaria (…) la cual podrá constituir la base para la determinación de la obligación tributaria".[13]

Asimismo, el cuarto párrafo del mismo artículo 88º dispone que "la declaración referida a la determinación de la obligación tributaria podrá ser sustituida dentro del plazo de presentación de la misma. Vencido éste, la declaración podrá ser rectificada, dentro del plazo de prescripción, presentando para tal efecto la declaración rectificatoria respectiva (…)", la que conforme al quinto párrafo del mismo artículo "(…) surtirá efecto con su presentación siempre que determine igual o mayor obligación".[14]

Nótese que si bien la redacción del mencionado artículo 60º del Código Tributario no resulta muy precisa para distinguir el acto de declaración del acto de determinación –ello porque indica que la determinación de la obligación tributaria del deudor tributario se inicia por acto o declaración del mismo–[15] también lo es que dicha norma se remite tácitamente al primer párrafo del artículo 88º del mismo Código Tributario, el cual, al definir la declaración tributaria, señala que ésta podrá consti-

[12] Resulta pertinente invocar la definición realizada por Fernández Paves, según el cual "La autoliquidación tributaria (…) es (…) aquel acto realizado por un particular, en cumplimiento del deber de autoliquidar, por el que manifiesta su voluntad proponiendo a la Administración una determinada cuantía de su prestación tributaria por él calculada, y para cumplirla en tal cantidad, colaborando así en la gestión del tributo" (FERNÁNDEZ PAVES, María José. Op. Cit., Pág. 89).

[13] Asimismo, el tercer párrafo del referido artículo 88º indica que los deudores tributarios deberán consignar en su declaración, en forma correcta y sustentada, los datos solicitados por la Administración.

[14] La figura de la declaración rectificatoria surgió por la " (…) posición de indefensión o al menos de desequilibrio, que suponía en un principio para los sujetos el no haberse previsto un procedimiento, para que pudieran instar la rectificación de propia autoliquidación por parte de la Administración (…)" (FERNÁNDEZ PAVES, María José Op. Cit., Pág. 212). Ello explica la razón por la cual se haya instituido el derecho de rectificar (artículo 92º del Código Tributario).

[15] Tampoco resultan muy precisos, entre otras normas, el cuarto párrafo del artículo 88º y los numerales 1, 7 y 8, del artículo 176º del Código Tributario, según Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo Nº 133-2013-EF, los cuales al referirse a la declaración que contiene la determinación de la obligación tributaria, aluden en rigor al documento que contiene los actos de declaración y de determinación de dicha obligación.

tuir la base para la liquidación. Con ello, alude a que el acto de autoliquidación presupone el acto de declaración, no refiriéndose a ambos actos como uno solo; sin perjuicio que éstos se manifiesten materialmente a través del mismo documento.

Ahora bien, según el artículo 61º del indicado Código Tributario la determinación de la obligación tributaria efectuada por el deudor tributario está sujeta a fiscalización o verificación por la Administración Tributaria[16], la que podrá modificarla cuando constate la omisión o inexactitud en la información proporcionada, emitiendo actos administrativos como la resolución de determinación, orden de pago o resolución de multa, en concordancia con el primer párrafo del artículo 75º del anotado Código Tributario[17].

A su vez, el artículo 76º del mismo Código Tributario prescribe que la resolución de determinación es el acto por el cual la Administración Tributaria pone en conocimiento del deudor tributario el resultado de su labor destinada a controlar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, y establece la existencia del crédito o de la deuda tributaria.

Conforme se desprende del citado artículo 61º del Código Tributario, en concordancia con sus artículos 59º, 60º y 76º, la autoliquidación realizada por el deudor tributario no constituye un acto definitivo pues siempre está latente el ejercicio de la facultad de determinación por parte de la Administración como resultado de su facultad de fiscalización. En efecto, dicha autodeterminación no enerva la facultad de fiscalización del ente fiscal mediante la cual constatará la veracidad de la determinación realizada por el deudor como resultado de la verificación de los datos consignados en su declara-

[16] Ello en concordancia con el artículo 63º del Código Tributario, según Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo Nº 133-2013-EF, el cual prescribe que: "Durante el período de prescripción, la Administración Tributaria podrá determinar la obligación tributaria considerando las bases siguientes: 1. Base cierta: tomando en cuenta los elementos existentes que permitan conocer en forma directa el hecho generador de la obligación tributaria y la cuantía de la misma. 2. Base presunta: en mérito a los hechos y circunstancias que, por relación normal con el hecho generador de la obligación tributaria, permitan establecer la existencia y cuantía de la obligación."

[17] El primer párrafo del artículo 75º del Código Tributario señala que "concluido el proceso de fiscalización o verificación, la Administración Tributaria emitirá la correspondiente Resolución de Determinación, Resolución de Multa u Orden de Pago, si fuera el caso".

[18] La liquidación de la obligación tributaria realizada por el administrado se convertirá en definitiva si con posterioridad la Administración Tributaria no determina dicha obligación en el término prescriptorio.

ción; dictándose, de ser el caso, una resolución de determinación que reliquide la obligación tributaria[18].

Según F. Clavijo Hernández "la liquidación tributaria es (…) un instrumento de generación de certidumbre en tanto supone la "declaración de voluntad de la Administración sobre el an y el quantum de la obligación tributaria material", haciéndola inmodificable en el transcurso del procedimiento de gestión y considerando finalizada la función pública en el caso concreto"[19].
Se advierten entonces dos liquidaciones de la obligación tributaria que se efectúan en etapas excluyentes. La primera, voluntaria, a cargo del deudor tributario, se realiza en el mismo documento en el se que presenta la declaración tributaria; y la segunda –practicada por la Administración como resultado del ejercicio de su facultad de fiscalización– se materializa a través de la emisión de una resolución de determinación.
Debe indicarse que si bien la descripción del tipo infractor materia de análisis se refiere inicialmente al incumplimiento del deber de declarar cuando alude a "no incluir en las declaraciones ingresos y/o remuneraciones y/o retribuciones y/o rentas y/o patrimonio y/o actos gravados y/o tributos retenidos o percibidos (…) o declarar cifras o datos falsos (…)", dichas conductas sólo tipificarán como infracción en la medida que "(…) influyan en la determinación y el pago de la obligación tributaria (…)", esto es, en caso se constaten omisiones en la determinación del deudor tributario, incumpliéndose de este modo con el deber de determinar.

Así, para incurrir en dicha infracción no bastará omitir en la declaración "(…) ingresos y/o remuneraciones y/o retribuciones y/o rentas y/o patrimonio y/o actos gravados y/o tributos retenidos o percibidos (…)" o "(…) declarar cifras o datos falsos (…)", sino que tales conductas deberán influir en la determinación y el pago de la obligación tributaria, sancionándose al administrado con el 50% del tributo omitido conforme a la Tabla I de Infracciones y Sanciones del Código Tributario, según Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo Nº 133-2013-99-EF (aplicable a Personas y Entidades Generadores de Renta de Tercera Categoría - Régimen General). Ello nos permite advertir que, mediante el anotado tipo infractor,

[19] Citado por GARCÍA NOVOA, César. En: "El principio de seguridad jurídica en materia tributaria", Madrid – España: Marcial Pons, 2000, Pág. 1531.

el legislador pretende disuadir el incumplimiento del deber de determinar la obligación tributaria, neutralizando o desincentivando que mediante las denominadas autoliquidaciones el deudor tributario proponga a la Administración un menor monto de tributo al debido.

Cabe precisar que del acto de determinación no nace la obligación tributaria sustancial, sino que el mismo es meramente declarativo de una situación jurídica consolidada y preexistente[20]. En efecto, la obligación tributaria prevista en el proyecto abstracto de una norma legal se perfecciona, se constituye o efectiviza en el momento en que el hecho imponible tiene lugar. Esta afirmación es de una relevante significación, puesto que implícitamente quiere decir que el acto de la determinación de la obligación tributaria, no representa un elemento constitutivo de aquella obligación, sino meramente declarativo de ella.[21]

Así, por ejemplo, tratándose de impuestos de liquidación mensual como el Impuesto General a las Ventas, el acto de determinación realizado por el deudor tributario tiene carácter declarativo respecto de todos los actos gravados que acaecieron durante el mes materia de determinación.

Dado que la autodeterminación realizada por el deudor tributario tiene carácter declarativo respecto de los hechos gravados en el período tributario correspondiente, su modificación –efectuada mediante la denominada declaración rectificatoria– tiene igualmente ese carácter. Y habida cuenta que ésta surtirá efecto con su presentación –siempre que se determine igual o mayor obligación a la declaración anterior conforme se señala en el tercer párrafo del numeral 88.2 del artículo 88º del Código Tributario antes anotado– se modificará automáticamente la determinación inicial. En tal sentido, en adelante, sólo tendrá eficacia jurídica la liquidación rectificada mas no la liquidación inicial (o anterior), lo que resulta consecuente con la unicidad del deber de determinar el tributo y período respectivo.

En efecto, habida cuenta que las declaraciones rectificatorias son presentadas para modificar la declaración y determinación inicialmente

[20] MELZI Flavia Irene: "Régimen Tributario de los Concursos y las Quiebras", Editorial La Ley, Año 2003, Pág. 41.
[21] MELZI Flavia Irene Op. Cit., Pág. 41.

realizadas por el deudor respecto del tributo y período correspondiente, aquellas no son independientes a las declaraciones precedentes. De esta suerte, no cabe aseverar jurídicamente que existen dos o más liquidaciones y mucho menos autónomas y comparables para verificar la comisión de la infracción bajo estudio. En consecuencia, si la Administración inicia una fiscalización y realiza la determinación del tributo, sólo constatará la comisión de la infracción prevista en el numeral 1 del artículo 178º del Código Tributario cuando establezca omisiones de la comparación de su liquidación con aquella efectuada por el administrado tributario. Ésta, de ser el caso, será el resultado de la presentación de las "rectificatorias" que modifiquen la autodeterminación inicial.

Debe indicarse que el Régimen Sancionador Administrativo - Tributario, que es una manifestación del poder punitivo del Estado –al igual que el Régimen Sancionador Penal– debe respetar ciertos principios que garantizan lo derechos de los administrados ante el ejercicio de tal poder estatal. Así, el artículo 171° del Código Tributario preceptúa que la Administración Tributaria ejercerá su facultad de imponer sanciones de acuerdo con los principios de legalidad, tipicidad, non bis in idem, proporcionalidad, no concurrencia de infracciones, y otros principios aplicables.

Asimismo, el artículo 246º del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto N° 006-2017-JUS, enuncia los principios que debe atender la Administración Pública cuando se encarga de apreciar la existencia de la infracción y de determinar la sanción administrativa correspondiente.

Uno de los referidos principios es el de Tipicidad, según el cual sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en las normas legales pertinenes, sin admitir la interpretación extensiva o analógica de las mismas, de allí que sólo cabe atribuir la comisión de una infracción en los términos claros e inequívocos del texto legal que la contiene.[22]

[22] La tipicidad resulta relevante considerando que la claridad de los tipos infractores y sanciones aplicables permitirá cumplir con el rol disuasivo del sistema sancionador, de tal suerte que el administrado conocerá con exactitud qué conducta importa la comisión de dicha infracción y la sanción respectiva, así como el deber formal que ha sido contemplado en dicha descripción y cuyo incumplimiento pretende evitarse por el legislador.

Dado que el tipo infractor materia de análisis se remite al acto de declaración, así como al acto de determinación de la obligación tributaria por parte del deudor tributario –en cumplimiento de los deberes jurídicos que los sustentan– por una interpretación sistemática por comparación normativa, y a efecto de establecer su comisión, debemos acudir a las normas que regulan tales instituciones.

Pues bien, considerando que según la mencionada normativa del Código Tributario –conforme nos hemos referidos en los párrafos precedentes– sólo caben dos determinaciones de la obligación tributaria: una realizada por el deudor tributario (que incluye las modificaciones efectuadas por las declaraciones rectificatorias) y otra: que es la practicada por la Administración como resultado del ejercicio de su facultad de fiscalización; por el Principio de Tipicidad¬ sólo podrá constatarse la comisión de dicha infracción (y establecer la sanción pecuniaria respectiva) de la observancia de ambas liquidaciones.

Otro de los principios a que se refiere el Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto N° 006-2017-JUS, es el de Presunción de Licitud o de Inocencia, según el cual "Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario".[23]

En atención a este principio Zornoza Pérez indica que la sanción administrativa ha de justificarse en una prueba contrastada de los hechos que constituyan la infracción, sin que sea hacedero acudir –en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador– a los hechos presuntos, apreciaciones subjetivas o presunciones de culpabilidad, de donde resultaría el rechazo –en el ámbito sancionador administrativo y, en concreto, en las infracciones tributarias– de

[23] Según el análisis económico en el derecho sancionador hay una prueba más exigente o severa: 1) porque sancionar a una persona que no cometió la infracción es peor que absolver a una persona infractora y 2) porque la prosecución puede hacer que todos los recursos del Estado se pongan de su lado por lo que la imposición de una pesada carga de la prueba a la prosecución disminuye esta ventaja (Cooter y Uler "Teoría Económica del Delito y el Castigo", Pags. 547 y 548).
[24] ZORNOZA PÉREZ, Juan. "El Sistema de Infracciones y Sanciones Tributarias, Madrid – España: Editorial Civitas, 1992, Págs. 136 y 137.
[25] GONZÁLES, Mariano Carmelo. "Potestad Sancionadora y Carga de la Prueba". En RAP Nº 57-1967, Pág. 13.
[26] TALLEDO MAZÚ, César: "Manual del Código Tributario", Editorial Economía y Finanzas SCRL., Pág. 110.1.

la responsabilidad presunta y de la responsabilidad objetiva.[24] En ese mismo sentido, Carmelo Gonzáles indica que la prueba es indispensable como cobertura fáctica del acto sancionador y que la Administración ha de probar en forma completa sus alegaciones sin ampararse en presunciones.[25]

Ahora bien, debe indicarse que, según Talledo Mazú[26], del último párrafo del artículo 88º del Código Tributario antes mencionado –en el que se indica que "se presume sin admitir prueba en contrario que toda declaración tributaria es jurada"– se presume que el declarante jura decir la verdad sobre el contenido de la declaración.[27]

Según Durán Rojo[28]–cuando evoca al mismo autor– la autodeterminación se hace efectiva por medio de la declaración tributaria dirigida a la Administración Tributaria, en la que deben distinguirse tanto el acto de declarar, que produce efectos jurídicos y es una carga para el sujeto pasivo; y el contenido de la declaración, que se presume cierto[29] y que constituye la base de la determinación que dicho órgano efectúa.

Atendiendo a lo señalado por los citados autores y a lo expuesto en los párrafos precedentes debe distinguirse, los actos de declarar y de determinar –que producen efectos jurídicos y que constituyen cargas para el sujeto pasivo– del contenido presunto de la declaración y de la autoliquidación.

En tal sentido, nos preguntamos si se infringe o no el principio de presunción de inocencia cuando se atribuye la comisión de la infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 178º del Código Tributario en examen, únicamente sobre la base del contenido presunto de documentos de declaraciones determinativas de la obligación tributaria (original y rectificatoria), aseverando que con ello la Administración tiene los elementos de prueba suficientes que justifique una acreditación contrastada de los hechos para imputar dicha infracción; la respuesta resulta

[27] El mismo autor señala incluso que dicha presunción no tiene ningún efecto legal. (TALLEDO MAZÚ, César: Op. Cit., Pág. 110.1).
[28] DURÁN ROJO, Luis Alberto. Op. Cit., Pág. 20.
[29] Cabe indicar que conforme se dispone en el artículo 49º de Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto N° 006-2017-JUS, "Todas las declaraciones juradas (…) se presumen verificados por quien hace uso de ellos, respecto a su propia situación, así como de contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario"

evidente.[30]

En efecto, cómo constatar la omisión en las declaraciones de ingresos y/o remuneraciones y/o retribuciones y/o rentas y/o patrimonio y/o actos gravados y/o tributos retenidos o percibidos; o la "falsedad" de las cifras o datos declarados, a que se refiere el tipo infractor en estudio, sino es través del ejercicio de la facultad de fiscalización de la Administración mediante la inspección, investigación y control de las obligaciones tributarias, verificando los medios probatorios sobre los cuales el deudor sustentó los datos o cifras declaradas y, como resultado de ello, su autoliquidación.

Lo dicho resulta consecuente, inclusive, con la aplicación de la responsabilidad objetiva de las infracciones a que se refiere el artículo 165º del Código Tributario antes mencionado. Este criterio si bien ha sido proscrito por la doctrina al ser contrario a la presunción de licitud o de inocencia, su aplicación sólo cabe, respecto del tipo infractor en estudio, de la constatación "objetiva" de los medios probatorios que sustentan la determinación tributaria y no únicamente por la sola razón del contenido presunto del documento en el que se manifiesta la declaración y autodeterminación.[31]

Así las cosas, si el deudor tributario rectifica el documento que contiene la declaración y determinación de la obligación tributaria, estableciendo un monto mayor de tributo, no debería considerarse que se ha cometido la infracción prevista en el numeral 1 del artículo 178º del Código Tributario antes anotado; máxime, si según lo previsto en el literal c) del artículo 92º del mismo Código Tributario uno de los derechos de los deudores tributarios es rectificar su declaración jurada; lo que nos invita a reflexionar si el legislador pretendió tipificar dicha infracción sobre la base del ejercicio de tal derecho. En tal sentido, reiteramos que, res-

[30] Debe mencionarse que si bien es cierto el último párrafo del artículo 65º del Código Tributario, según Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo Nº 133-2013, señala que "La aplicación de las presunciones será considerada para efecto de los tributos que constituyen el Sistema Tributario Nacional y será susceptible de la aplicación de las multas establecidas en la Tabla de Infracciones Tributarias y Sanciones"; el mismo se refiere a las presunciones determinativas de la deuda tributaria, las que son resultado de un procedimiento de fiscalización.

[31] Distinto es el caso de los actos de declaración y de determinación respecto de los cuales la no observancia del plazo, lugar y forma –legalmente establecidos para su presentación– resulta objetiva, y cuyas omisiones se encuentran tipificadas como infracción en los numerales 1, 7 y 8, del artículo 176º del Código Tributario, según Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo Nº 133-2013-EF.

pecto del supuesto que nos ocupa, la comisión de la infracción sólo debería ser acreditada como resultado de la fiscalización efectuada por la Administración, de constatarse que la determinación de la obligación tributaria realizada por el deudor tributario –resultado final de la presentación de su declaración inicial y rectificatoria– es incorrecta, y dado que la normativa vigente del Código Tributario no permitiría sostener ello, debería establecerse en forma expresa alguna norma que preceptúe que tal infracción sólo debiera ser probada como resultado de una fiscalización y la emisión de la resolución de determinación correspondiente.

3. Aspectos económicos del tipo infractor

Un sistema sancionador resulta mucho más eficiente en la medida que sea más disuasivo en la comisión de las infracciones tributarias. Con ello se reduce el incumplimiento de los deberes a que se refieren tales tipos infractores.[32]

Los recursos destinados a cubrir los costos para reprimir la comisión de infracciones, esto es, los que corresponden a su detección, al procedimiento sancionador y a los de aplicación o ejecución de la sanción[33], están en relación directa con la reducción de las mismas, debiendo precisarse que el pago de sanciones pecuniarias debe ser destinado fundamentalmente a la mejora de dicha capacidad represiva. Sin embargo, lo más importante es determinar qué tipo y qué intensidad de la sanción son más eficientes en la prevención de tal suerte que ésta sea internalizada por el potencial infractor, el que adoptará una actitud más reflexiva antes de incurrir en dicha infracción. En otras palabras, la comisión de la infracción no debe resultar más ventajosa que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción[34], conforme al principio de razonabilidad a que se refiere el numeral 4 del artículo 246º del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444 - Ley

[32] "La infracción tributaria tiene como objetivo inmediato el poder sancionar el incumplimiento de una obligación expresamente señalada en la ley, para obtener el cumplimiento voluntario de tal obligación. (ILLANES, Luis. "Un Modelo de sistema de infracciones y sanciones". CIET Nº 861, Pág. 10).

[33] El que depende de la eficiencia y rapidez con que actué la Administración.

[34] Asimismo, debe tomarse en cuenta, entre otros, la gravedad de la infracción en función del perjuicio causado, las circunstancias de su comisión, la repetición y/o continuidad en la misma, esto es, el principio de proporcionalidad a que se refiere el numeral 3 del mismo artículo 230º de la Ley de Procedimiento Administrativo General aprobado por Ley Nº 27444, modificado por el Decreto Legislativo N° 1029.

del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto N° 006-2017-JUS.

Debe mencionarse que la conducta del tipo infractor bajo estudio –referido al incumplimiento de los deberes formales de determinar la obligación tributaria y de declarar– si bien supone una puesta en peligro del crédito tributario, no implica de manera directa un menoscabo económico para el interés recaudatorio (bien jurídico protegido de carácter colectivo), pretendiendo anticiparse (preventivamente) a la culminación de la omisión de ingresos al fisco (obligación tributaria sustancial).

Aún cuando la comisión de la mencionada infracción no afecta concretamente la recaudación tributaria, la Tabla I de Infracciones y Sanciones del Código Tributario, según Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo Nº 133-2013-EF, modificado por Decreto Legislativo N° 1311 –aplicable a Personas y Entidades Generadores de Renta de Tercera Categoría del Régimen General– establece una sanción equivalente al 50% del tributo omitido en la autoliquidación; vale decir, dicha multa es proporcional al monto que dejaría de ingresarse a la Administración. Ello se explicaría por la inmediata vinculación de tal tipo infractor con la probable y consecuente omisión al pago del tributo, a diferencia de aquellas infracciones relativas a otros deberes formales que –por tener una relación más distante con la probable omisión al pago– son sancionadas con una multa de carácter fijo; es el caso de la infracción tipificada en el numeral 3 del artículo 175º del mismo Código Tributario, consistente en omitir registrar ingresos, rentas, patrimonio, bienes, ventas, remuneraciones o actos gravados, o registrarlos por montos inferiores, sancionada con 0.6% de los Ingresos Netos –aplicable a los mismos sujetos– independientemente del monto omitido en el registro respectivo.

A efecto de apreciar ilustrativamente cómo debería cumplirse con el principio de razonabilidad respecto del tipo infractor bajo análisis, proponemos el siguiente ejemplo, considerando la clásica relación de causalidad probabilística aplicada a las sanciones administrativas:

Un contribuyente omite tributos en su autoliquidación por S/. 1,000.00. Supongamos que la probabilidad que dicho contribuyente sea detectado y sancionado es de 0.5. El costo esperado de la omisión para el contribuyente es igual a la responsabilidad esperada de: 0.5 (1,000.00) = 500.00. El beneficio para el contribuyente es de 1,000.00. Por lo que

el beneficio neto esperado será de: 1,000.00 – 500.00 = 500.00. Entonces debe aplicarse una multa suficiente de tal suerte que el beneficio neto esperado de la omisión sea negativo. Así, se requiere una multa de por lo menos S/. 1,000.00, pues de aplicársele la probabilidad de detección y sanción de 0.5 tendremos un beneficio neto esperado de "0".

Debemos entender que la sanción correspondiente al 50% del tributo omitido –aplicable a las Entidades y Personas Generadoras de Renta de Tercera Categoría del Régimen General– ha sido establecida por el legislador, considerando, entre otras variables, la probabilidad que se detecte y sancione la incorrecta determinación de la obligación tributaria (omisión) a que se refiere la infracción en examen,[35] de tal suerte que su comisión no resulte más ventajosa para el infractor.[36]

---

[35] Sin perjuicio de la aplicación del Régimen de Gradualidad a que se refiere el artículo 166º del Código Tributario, según Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo Nº 133-2013-EF, y sus normas reglamentarias y complementarias; régimen que corresponde a la aplicación del Principio de Proporcionalidad que subyace en el Principio de Razonabilidad a que se refiere el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar y el numeral 3 del artículo 246º del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto N° 006-2017-JUS, los que señalan lo siguiente:

> Numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar.
> "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."
>
> Numeral 3 del artículo 246°.
> "Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:
> a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
> b) La probabilidad de detección de la infracción;
> c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
> d) El perjuicio económico causado;
> e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
> f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
> g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor."

[36] Consideramos que en la exposición de motivos de las normas que regulan las infracciones y sanciones el legislador debe explicitar estadísticamente la razón de la disminución o aumento de la sanción o, de ser el caso, el cambio de una sanción por otra.

Por otro lado, consideramos que no resultaría eficiente sancionar al administrado tributario cuando rectifica la omisión inicial de su autoliquidación. No sólo porque ello desincentiva el que los administrados subsanen voluntariamente dicha omisión y cumplan con su deber de determinar, sino porque el riesgo que crea el ente fiscal en los administrados para que rectifiquen su omisión inicial depende básicamente de su capacidad para ejercer su facultad fiscalizadora, la que le permite realmente detectar y sancionar conductas evasivas, objetivo que no se logra en función a la mera detección de declaraciones rectificatorias dado que las mismas –al igual que las declaraciones iniciales– son presentadas en forma directa a dicha entidad.

4. Conclusión

En los últimos tiempos se han realizado cambios normativos respecto del ejercicio discrecional de la facultad sancionadora de la Administración Tributaria –como el de la Resolución de Superintendencia Nacional Adjunta Operativa N° 039-2016-SUNAT/60000– y del Régimen de Gradualidad (Resolución de Superintendencia N.° 063-2007/SUNAT) tratándose de la infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 178° del Código Tributario, e incluso beneficios de extinción de la sanción aplicable como el regulado en la Primera Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo N° 1311; sin embargo consideramos que dichos cambios resultan insuficientes dado que lo relevante es que el legislador considere la naturaleza jurídica y económica de dicho tipo infractor y los principios rectores del Derecho Administrativo Sancionador para así efectuar los cambios necesarios en la atribución de dicha infracción.

Por lo expuesto, somos de opinión que –independientemente de cualquier interpretación que suscite la normativa que regula la infracción analizada– resultaría atendible reexaminar –a nivel legislativo– la conveniencia de sancionar la presentación de declaraciones rectificatorias cuando se determine en ellas un monto mayor del tributo al inicialmente liquidado.

CI
Revista
Corpus Iuris



La facultad (¿o necesidad?) de inhibición de la Inspección del Trabajo: análisis de la competencia de la Autoridad Administrativa de Trabajo en casos judicializados y una propuesta de solución

Marilú Merzthal Shigyo

La facultad (¿o necesidad?) de inhibición de la Inspección del Trabajo: análisis de la competencia de la Autoridad Administrativa de Trabajo en casos judicializados y una propuesta de solución

Por: Marilú Merzthal Shigyo[1]

1. Introducción

Hoy en día la inspección del trabajo se ha convertido en un actor relevante en la fiscalización laboral y el cumplimiento de normas laborales, y por tanto, es una entidad que juega una papel muy importante en la sensibilización de los empleadores y cumple un rol preventivo en nuestra sociedad.

A su vez, el proceso laboral ha cobrado importancia toda vez con la Ley N° 29245, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) presenta un proceso oral distinto y novedoso, dotado de una nueva estructura procesal que lo hacen más dinámico, ágil y célere. Además, goza de principios como el de economía procesal e inmediación del juez con las partes, lo que colabora a que la justicia sea más accesible para todos.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando ambos se cruzan? Es decir, ¿qué sucede cuando se inicia una inspección o la misma se encuentra en curso, y a la vez se inicia un juicio sobre la misma materia? ¿La Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) debe esperar a que el juez emita una orden de suspensión del procedimiento administrativo? Cuando la AAT toma conocimiento de la materia judicializada, ¿debe dar cuenta al Poder Judicial o suspenderlo de oficio? ¿Existe sustento legal para que proceda esta suspensión? Estas son algunas de las interrogantes que plantea resolver el presente artículo.

En suma, este artículo versa sobre el conflicto que se puede suscitar entre la Inspección del trabajo y el Poder Judicial, el cual representa una amenaza al sistema, tanto inspectivo como judicial, en la medida que puede ocasionar fallos contradictorios entre ambos.

Nuestro análisis partirá de la Constitución, y posteriormente de normas

[1] Abogada por la PUCP. Estudiante de la Maestría de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la PUCP. Adjunta de Docencia del curso “Derecho Laboral Especial” del Dr. Jorge Toyama en la PUCP. Asociada de Rubio, Leguía & Normand.

complementarias que consisten en la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley 27444 (LPAG), y la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). A través de una lectura integral de estos instrumentos del derecho, y pronunciamientos emitidos por la AAT, analizaremos si se debe suspender el procedimiento administrativo cuando la misma materia se tramita paralelamente en la vía judicial, y bajo qué principios y figuras jurídicas es que se sustenta esta postura.

2. Marco normativo:

2.1. Análisis de la supremacía de la función jurisdiccional: artículo 139° inciso 2 de la Constitución

Vamos a iniciar el análisis de este artículo partiendo de la Constitución Política de 1993, toda vez que nos encontramos en un estado democrático de derecho. Así, la misma contiene un artículo específico que trata sobre los principios de la función jurisdiccional, y en particular sobre la independencia de la misma.

> Artículo 139°.- Principios de la Administración de Justicia Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (…)
> 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

Es importante recalcar que la independencia jurisdiccional tiene como finalidad última el respeto de un derecho constitucional propio de los usuarios de dicha función: el derecho a recibir de la administración de justicia una decisión apoyada en la ley y la Constitución, esto es, una decisión justa, sin que en su espíritu se lleve la carga de prejuicios políticos, conveniencias estatales o parcializaciones de algún tipo[2]. Es por ello que es tan importante reconocer este principio como una garantía de

[2] BARRIOS ALVARADO, Elvia. En: Obra colectiva "La Constitución comentada". Tomo III, Gaceta Jurídica, 2013. Pp. 50.

un estado de derecho.

Como bien anota el profesor Chirinos Soto , en concordancia con lo establecido por el tercer párrafo del artículo 43° de la Constitución, que consagra el principio de la separación de poderes, la función jurisdiccional es independiente. Estando en trámite un proceso judicial, ninguna autoridad ni organismo puede avocarse a su conocimiento ni interferir en el ejercicio de la función. En palabras de Rubio Correa , la prohibición de avocarse equivale a decir que basta que un asunto haya iniciado su trámite ante el Poder Judicial (vía demanda o denuncia aceptadas por el juez) para que ninguno de los órganos del Estado deba intervenir en dicho asunto hasta la sentencia definitiva.

Cabe recalcar que no existe restricción en la Constitución respecto del momento en el que se inicia a trámite el proceso en la vía judicial, punto que retomaremos más adelante. Como bien anotan los autores antes citados, la independencia de la función jurisdiccional es el fundamento por el cual ninguna instancia o autoridad puede fallar sobre materias judicializadas, lo que a su vez es una garantía para que no se emitan fallos contradictorios.

Finalmente, este principio es trascendental para determinar si procede la suspensión del procedimiento administrativo ante materias judicializadas, ya que la independencia judicial constituye la mayor manifestación de la separación de poderes, y por lo tanto busca garantizar la ausencia de vínculos de sujeción política tanto al exterior como al interior de la organización judicial[5].

2.1.1. Pronunciamientos jurisprudenciales sobre la supremacía de la función jurisdiccional

Al respecto, también resulta importante mencionar jurisprudencia emitida tanto por Tribunal Constitucional como por la Corte Suprema, en donde dichos órganos se han pronunciado respecto de la relevancia de la supremacía de la función jurisdiccional, y concretamente, respecto de la trascendencia de este principio en casos en donde una misma causa se ventila en sede administrativa y

[3] CHIRINOS SOTO, Francisco. “Constitución de 1993. Lectura y comentario”. Neman. S/F. Pp. 286.
[4] RUBIO CORREA, Marcial. “Estudio de la Constitución Política de 1993”. Tomo V, Fondo Editorial PUCP. 1999. Pp. 39.
[5] BARRIOS ALVARADO, Elvia. Op. Cit. Pp. 51.

judicial de manera paralela.

Concretamente, el TC se ha pronunciado en la sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad seguido por más de 5000 ciudadanos en contra del Poder Ejecutivo y Legislativo. En dicha ocasión, señaló en su fundamento jurídico 149° lo siguiente:

> 149° (…) Dicho párrafo del artículo 139.2 de la Ley Fundamental contiene dos normas prohibitivas. Por un lado, la proscripción de avocarse el conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional; y, de otro, la interdicción de interferir en el ejercicio de la función confiada al Poder Judicial[6].

Es importante pronunciarnos respecto de esta importante distinción realizada por el TC, en los dos mandatos que contiene la artículo 139° de la Constitución objeto de análisis que son: (i) la prohibición de que cualquier autoridad se avoque a cualquier causa que se encuentra pendiente de resolución en el poder judicial; y (ii) la restricción que interferir en el ejercicio de la función jurisdicción.

Reiteramos que esta distinción es vital, ya que esta interpretación del artículo 139° inciso 2 de la Constitución nos permite concluir que no se hace una distinción en el orden en el que se puede suscitar el conflicto, es decir, si es que primero se inicia el proceso judicial y luego se ventila en la sede administrativa, o viceversa. De manera preliminar podemos concluir que la figura del avocamiento indebido al que alude la Constitución no se limita a un conflicto donde la administración llega de manera posterior al litigio en el Poder Judicial, sino también a la inversa.

Siguiendo esta línea de análisis de Supremo Intérprete de la Constitución señaló en su fundamento jurídico 150 lo siguiente:

> 150: Por lo que hace al avocamiento, en su significado constitucionalmente prohibido, consiste en el desplazamiento del juzgamiento de un caso o controversia que es de competencia del Poder Judicial, hacia otra autoridad de carácter gubernamental, o incluso jurisdiccional, sobre asuntos que, además de ser de su competencia, se encuentran pendientes de ser resueltos ante aquel. La prohibi-

[6] Véase también: CORREA RUBIO, Marcial. Op. Cit.

ción de un avocamiento semejante es una de las garantías que se derivan del principio de independencia judicial, puesto que como este Tribunal recordó en la STC 00023-2003-AI/TC[7].

La Corte Suprema se ha pronunciado respecto a la problemática que nos compete mediante la Casación N° 14047-2014-MOQUEGUA, publicada el 30 de junio de 2016:

> Octavo.- De lo señalado precedentemente se desprende que una vez iniciado el proceso judicial que se encuentra pendiente de resolver ante el Poder Judicial, la administración pública se encuentra impedida de poder avocarse al conocimiento de un asunto litigioso, así como interferir en la función jurisdiccional otorgada a los jueces de todos los instancias, pues lo contrario significaría vulnerar los alcances del artículo 139° numeral 2) de la Constitución Política del Estado, (…)

Así las cosas, queda claro que la supremacía de la función jurisdiccional es el principio mediante el cual, no solo la administración, sino cualquier autoridad se encuentra obligada a respetar esta función y por tanto no interferir en el ejercicio de su función de impartir justicia. Para finalizar este acápite, quisiéramos cerrar citando nuevamente al TC, quien redondea la preeminencia que debe existir de la función jurisdiccional en los casos en donde coexiste un mismo conflicto en sede administrativa y en sede judicial. Así concluye en la sentencia antes comentada:

> 151: En efecto, el principio de independencia judicial no sólo exige la ausencia de vínculos de sujeción o de imposición de directivas políticas por parte de los otros poderes públicos o sociales, sino también la imposibilidad de aceptar intromisiones en el conocimiento de los casos y controversias que son de conocimiento del Poder Judicial. Pero, de otro lado, la prohibición del avocamiento de causas pendientes ante el Poder Judicial también es una garantía compenetrada con el derecho al juez predeterminado por

[7] A su vez, en dicha sentencia el TC indicó lo siguiente: (...) El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso" [fundamento 26. Cf. igualmente, STC 0004-2006-AI/TC, fundamentos 17-18].

la ley, cuyo contenido constitucionalmente declarado excluye que una persona pueda ser juzgada por órganos que no ejerzan funciones jurisdiccionales o que, ejerciéndolas, no tengan competencia previamente determinada en la ley para conocer de un caso o controversia.

2.2. La figura del avocamiento indebido contenido en el artículo 4° de la LOPJ

En concordancia con el artículo comentado previamente de la Constitución, la LOPJ señala en su artículo 4° lo siguiente:

> Artículo 4.- Carácter vinculante de las decisiones judiciales. Principios de la administración de justicia. Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala. Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso. Esta disposición no afecta el derecho de gracia.

Como bien señala Morón Urbina[8], es bueno tener presente que el avocamiento no es más que la acción de desplazar la competencia de otra autoridad para conocer de un caso que originalmente estaba siendo conocido por aquel. En ese sentido, resulta evidente que dicho artículo se encuentra alineado con la Constitución, y que en ambos casos se busca evitar que cualquier autoridad se avoque a una causa que se encuentra pendiente en el Poder Judicial. Como agrega Morón Urbina[9], dentro de la misma lógica [del artículo 139 de la Constitución], se encuentra tratado como una forma

[8] MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. 2015. Pp. 344-345
[9] Ídem. Pp. 345.

de preservar la independencia de la autoridad jurisdiccional en la Constitución Política del Estado y en la LOPJ, e incluso garantizada con una penalidad específica (art. 410° del Código Penal).

2.3. Inhibición por parte de la administración ¿Qué implica un conflicto con la función jurisdiccional?

2.3.1. Lectura del artículo 64° de la LPAG

Por el lado administrativo, es indispensable realizar un análisis del artículo 64° de la LPAG, ya que es el artículo que regula la suspensión del procedimiento administrativo cuando existe un conflicto con la función jurisdiccional. El artículo el cual pasaremos a disgregar, es el siguiente:

> Artículo 64°.- Conflicto con la función jurisdiccional
> 64.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.
> 64.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio. La resolución inhibitoria es elevada en consulta al superior jerárquico, si lo hubiere, aun cuando no medie apelación. Si es confirmada la resolución inhibitoria es comunicada al Procurador Público correspondiente para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersone al proceso"

Un aspecto importante es la causa de la suspensión: la cuestión litigiosa. Sin embargo, respecto a ello es indispensable anotar que la cuestión litigiosa debe cumplir con requisitos copulativos: (i) que surja entre dos administrados; (ii) que versan sobre relaciones de derecho privado; y (iii) que deban ser esclarecidas previamente en la vía judicial. De lo señalado por la norma, estimamos necesario profundizar el tercer requisito: que la cuestión litigiosa se deba resolver ex ante en la vía judicial. Así, extrayendo una conclusión, entendemos a la cuestión litigiosa como una suerte de "cuestión previa" que está vinculada a la controversia que se ventila en sede administrativa,

pero no se trata del mismo conflicto, lo que complementaremos más adelante. Analicemos a continuación los requisitos señalados en el artículo 64° inciso 1 de la LPAG:

2.3.2. Que la cuestión litigiosa verse sobre relaciones de derecho privado

Respecto de este requisito, la norma ha querido dejar en claro que la administración pública no puede emitir un pronunciamiento respecto de materias que versen sobre derecho privado, y por tanto regulado por sus propias normas, a diferencia de las materias de derecho público o general, en las cuales subyace el interés general del Estado.

Morón Urbina[10], citando al destacado administrativista español García-Treijano Fos, relata un claro ejemplo que ayuda a entender el sentido de la norma: cuando se discute sobre cuestiones matrimoniales, en relación con determinados efectos ante la Administración Pública, esta puede obligar a que las partes acudan con carácter previo a los tribunales civiles para que decidan su estado. Por ejemplo, si se discute el derecho de pensión de una madre y la esposa de un funcionario fallecido. La madre alega que no puede existir pensión a favor de la viuda, porque le matrimonio de su hijo era nulo. En este claro ejemplo, resulta evidente que la administración no puede resolver esta cuestión de derecho de pensión hasta que vía judicial se dilucide el tema de la validez del matrimonio, lo que únicamente puede ser determinado por un juez.

Sobre este requisito no cabe duda que el mismo sí podría ser aplicable a los conflictos laborales, toda vez que estamos ante dos privados, el empleador y el trabajador, discutiendo si al trabajador le corresponderá o no el derecho que reclame, y si, por tanto, se están aplicando correctamente las normas laborales en el caso concreto.

Morón Urbina[11] comenta que en este caso se requiere no solo que la materia del conflicto y el asunto administrativo sometido al conocimiento de la autoridad, tengan vinculación o sean relativos a un mismo tema, sino que tengan una relación de interdependencia de modo que lo resuelto en la vía judicial sea supuesto de hecho para que la resolución del caso administrativo.

[10] Ídem. Pp. 346.
[11] Ídem. Pp. 347.
[12] Ibídem

2.3.3. Identidad de sujetos, hechos y fundamentos

Otro requisito de la norma bajo comentario es que debe existir una triple identidad: de sujetos, hechos y fundamentos. Sobre ello comenta Morón Urbina[12] que debe existir identidad entre las partes que están en el procedimiento administrativo, identidad entre los hechos que vienen instruyendo en ambos procedimientos y además, los fundamentos de las pretensiones deben también ser los mismos.

En este requisito aparece un primer fundamento por el cual, este artículo no podría ser aplicado a los casos laborales. Ello ya que en un procedimiento inspectivo las partes serán la AAT y el empleador, siendo que el trabajador que efectúa la denuncia es un tercero con legítimo interés, pero no es parte propiamente en el procedimiento. En cambio, en el proceso judicial las partes son el trabajador y el empleador.

2.3.4. Cuestión litigiosa y la necesidad de un pronunciamiento judicial previo

Analizaremos el último de los requisitos de la norma, toda vez que, como veremos más adelante, la AAT consideró que este artículo era de aplicación a efectos de suspender diversos procedimientos administrativos con materias judicializadas.

Estamos de acuerdo en que el supuesto de la cuestión judicial previa a la vía administrativa establecido por este artículo es distinto al del avocamiento de causa pendiente en el Poder Judicial [artículo 139 inciso 2 de la Constitución], pues se refiere a aquellos casos en los cuales la AAT se convenza que una situación contenciosa surgida en el procedimiento que instruye no permita su resolución, se suspenda hasta que la autoridad judicial declare el derecho[13].

En ese sentido, y adelantando nuestra opinión, consideramos que este artículo no resulta aplicable en supuestos en donde, iniciado el procedimiento inspectivo, luego el o los trabajadores acudan al Poder Judicial, reclamando se les reconozca el mismo derecho. Ello ya que como indicamos líneas arriba, este artículo está pensado para cuestiones litigiosas que surjan en el procedimiento administrativo, y que deban dilucidarse ex ante en sede judicial, ya que imposibilitan al procedimiento

[13] Ídem. Pp. 345.
[14] Ídem. Pp. 345-346.

a que continúe su curso.

Ello ha sido claramente expresado por Morón Urbina[14], quien señala que orientándose a preservar la función administrativa dentro de sus propios límites, sin asumir implicancias jurisdiccionales, es que ha desarrollado la figura contemplada en estas normas y que se conoce en la doctrina como la preadministratividad de la vía judicial o "carácter prejudicial civil ante la Administración. Continúa este autor sobre esta cuestión aclarando que esta figura se suscita cuando, anticipadamente a la resolución administrativa sobre alguna materia de su competencia, resulta necesario obtener la decisión en la vía judicial sobre una cuestión litigiosa o contenciosa cuya competencia es natural del órgano jurisdiccional.

No obstante, no por ello el procedimiento no se debería suspender, solo que no por la aplicación de este artículo de la LPAG, ya que es un supuesto de suspensión diferente al que es materia de análisis.

2.4. Cuestión contenciosa sobreviniente: artículo 13 de la LOPJ

El tema de la cuestión contenciosa previa también se encuentra recogido en la LOPJ en los siguientes términos:

> Artículo 13.- Cuestión contenciosa en procedimiento administrativo.
>
> Cuando en un procedimiento administrativo surja una cuestión contenciosa, que requiera de un pronunciamiento previo, sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la administración pública, se suspende aquel por la autoridad que conoce del mismo, a fin que el Poder Judicial declare el derecho que defina el litigio. Si la autoridad administrativa se niega a suspender el procedimiento, los interesados pueden interponer la demanda pertinente ante el Poder Judicial. Si la conducta de la autoridad administrativa provoca conflicto, éste se resuelve aplicando las reglas procesales de determinación de competencia, en cada caso.

De una lectura literal de este artículo, resulta evidente que el mismo se encuentra en la misma línea de lo establecido en el artículo 64° de la LPAG antes comentado, toda vez que hacen alusión a la cuestión

[15] Ídem. Pp. 347.

litigiosa sobreviniente, la que debe ser dilucidada de manera previa en la vía judicial.

Como bien apunta Morón Urbina[15] sobre este artículo de la LOPJ, la cuestión litigiosa previa explicada en el acápite anterior configura una condición de ineludible cumplimiento para la preferencia a favor de la sede judicial constituida cuando el artículo 13° de la LOPJ dispone que requiere de un pronunciamiento previo, sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la administración pública.

3. El procedimiento administrativo y la facultad de inhibición

Respecto del procedimiento administrativo, en palabras de Arbulú Alva[16], una de las formas de intervención estatal directa es la fiscalización de oficio del cumplimiento de las normas laborales, asegurando así su vigencia efectiva. Continúa el citado autor señalando que esta función es necesaria puesto que resultaría iluso el establecimiento de normas protectoras a favor de los trabajadores, si pretendemos que sea la propia parte débil quien las haga valer. De esta manera, la Inspección del Trabajo tiene una función preventiva y disuasiva de incumplimientos para los empleadores.

Como bien concluye Arbulú Alva[17], el sistema inspectivo concretiza, en realidad, una función pública de naturaleza administrativa que se impone obligatoriamente a toda la sociedad, dando origen a una relación reglamentaria y que, por lo tanto, no puede ser delegada totalmente; esto es, de manera integral, a favor de terceros privados. Continúa el autor señalando que en la inspección de trabajo no se pretende satisfacer un interés colectivo, sino darle vigencia real a los derechos de los trabajadores a través de la fiscalización del correcto cumplimiento de las normas laborales, por lo que resulta más exacto referirse al sistema inspectivo como una función pública de naturaleza administrativa. En efecto, esa vigencia real de los derechos a la que alude el autor, es exactamente lo que buscan los trabajadores que acuden a la AAT, en busca del reconocimiento de un derecho.

[16] ARBULÚ ALVA, Luis. "La consideración y aplicación del principio de primacía de la realidad en el procedimiento de inspección del trabajo". Derecho y Sociedad, N° 24. 2005. Pp. 230.
[17] Ídem. Pp. 231.

3.1. La facultad de inhibición: regulación y pronunciamientos: la postura de la AAT

A continuación presentamos una serie de pronunciamientos por parte de la AAT, en los cuales se ha suscitado la misma controversia ventilándose de manera simultánea en un procedimiento administrativo y en la vía judicial. Como podremos analizar en estos casos, la AAT se ha visto en la necesidad de pronunciarse respecto a la procedencia de la suspensión del procedimiento administrativo.

3.1.1. Supuestos de inhibición: postura inicial de la AAT

Hace algunos años, la AAT se inhibía de procedimientos cuando tomaba conocimiento que la materia se encontraba judicializada, de acuerdo a la argumentación que expondremos a continuación.

Por ejemplo, mediante la Resolución Directoral N° 287-2008-MTPE/2/12.3, la AAT señaló:

> Cuarto: Que, atendiendo a lo anterior así como a que, en este procedimiento, la autoridad de primera instancia ha sancionado a la recurrente por incumplimientos laborales frente a los señores Villalobos y Bailón, al haberse determinado la existencia de vínculo laboral en aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, resulta procedente que este Despacho se inhiba de seguir conociendo el presente procedimiento al existir similitud con la materia en discusión en los referidos procesos judiciales, en el que previamente se dilucidará la existencia de vínculo laboral entre las partes, dejando a salvo el valor probatorio de lo actuado en autos y el derecho de los afectados para que, de ser caso lo hagan valer en la vía legal correspondiente; que siendo así, resulta procedente revocar el pronunciamiento venido alzada, dejando sin efecto la sanción económica impuesta;

En un segundo caso, la AAT, realizando una revisión del expediente administrativo, advierte que los trabajadores afectados con los incumplimientos incurridos habían interpuesto, de manera previa, demandas laborales sobre cese de actos de hostilidad, procesos que aún se encontraban pendientes de pronunciamiento. En esta ocasión particular, la AAT mediante Resolución Directoral N° 546-2008-MTPE/2/12.3 se manifestó en los siguientes términos:

> Cuarto: Que, el artículo 64° de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley No 27444

establece que si durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, puede determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio; ello, en estricta observancia del artículo 139°, numeral 2) de nuestra Carta Magna que señala que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones; en consecuencia, atendiendo a que este procedimiento presenta similitud con la materia en discusión en los referidos procesos judiciales, pues la infracción referida al no pago íntegro y oportuno de remuneraciones tiene incidencia con referida a la comisión de actos de hostilidad, este Despacho considera conveniente inhibirse de seguir conociendo el presente, hasta que la autoridad jurisdiccional emita el respectivo pronunciamiento.

Como se puede observar en este segundo pronunciamiento la AAT fundó su decisión en una interpretación del artículo 64° de la LPAG, que como explicamos líneas arribas, estimamos que no es de aplicación en los casos materia de análisis. La AAT se mantuvo en esta línea, y se pronunció en ese exacto sentido en la Resolución Directoral N° 816-2010-MTPE-1-20.4, y la Resolución Directoral N° 158-2011-MTPE-1-20-4.

3.1.2. Cambio de criterio: supuestos de no inhibición

No obstante lo anterior, más recientemente el criterio de la AAT parece haber cambiado, y ha mostrado una tendencia a dejar de suspender los procedimientos administrativos en materias judicializadas, en una nueva interpretación del artículo 64° de la LPAG. A modo de ejemplo podemos comentar la Resolución de Sub Intendencia N° 206-2015-SUNAFIL/ILM/SIRE3 señaló lo siguiente:

> En cuanto a las demandas judiciales de nulidad de despido que Cerámicos alega, es necesario manifestar que conforme a lo establecido en el artículo 64° de la Ley N° 27444, para que este Despacho proceda a inhibirse de una causa ventilada en sede jurisdiccional, se debe establecer la llamada triple identidad (…) Por tanto en el presente caso, del mismo modo, al tratarse de un

> proceso judicial de nulidad de despido frente a un procedimiento administrativo sancionador por incumplimiento de normas sociolaborales, no se configura la triple identidad, por lo que [des]estimar el pedido del sujeto inspeccionado en cuanto a la inhibición de este Despacho para conocer el presente procedimiento.

En octubre de 2015, la Oficina General de Asesoría Jurídica emitió el Informe M° 1445-2015-MTPE/4/8, informe relevante en el cual la AAT realiza un análisis similar al del presente artículo, en el cual se hace una lectura del artículo 64° de la LPAG, llegando a la conclusión que no es aplicable dicho supuesto de suspensión en el caso materia de análisis, razonamiento que compartimos. Sin embargo, también se analiza el artículo 139° de la Constitución, llegando a la conclusión que dicho artículo no es aplicale toda vez que, a este criterio, la Administración Pública no ejerce, en propiedad función jurisidccional por lo que no sería posible que ambas colisionen.

Si bien consideramos que el análisis del Informe bajo comentario es correcto respecto de la interpretación del artículo 64° de la LPAG, no concordamos con la exclusión de aplicación de la figura del avocamiento indebido consagrado en la Constitución. Al respecto estimamos que la Constitución es clara respecto a la figura del avocamiento indebido al mencionar que ninguna autoridada puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdicicional, pues no hace distinción alguna a que las causas pendientes deben ser anteriores al conflicto.

Finalmente, la SUNAFIL ha emitido emitido la Directiva N° 001-2016-SUNAFIL/ILM que aprueba las "Reglas generales para el ejercicio de la función inspectiva" de fecha 31 de marzo de 2016, documento que establece nuevos criterios y parámetros respecto de la facultad de inhibición de la AAT en casos de conflicto con la función jurisidccional. En el capítulo 7 de dicha Directiva, la AAT se manifiesta en los siguientes términos:

> 7.1.5.El inicio de las acciones judiciales durante el trámite de las actuaciones inspectivas, no es causal de inhibición por parte de los servcidores que ejercen función inspectiva, salvo que exista mandato judicial expreso que así lo disponga

Este último criterio plasmado en una Directiva causa sopresa toda vez que, si hasta antes de ella quedaba la posibilidad de que la AAT se inhiba por aplicación del 139° inciso

2, con este artículo se elimina dicha posibilidad. También consideramos inconstitucional que una directiva de alcance nacional establezca como re-

Figura 1

Supuesto de hecho		¿Cabe suspensión?	Base legal	Fundamento
Primero	Segundo			
Proceso judicial	Inspección	Sí	139°- 2 de la Constitución	Avocamiento indebido
Inspección	Cuestión litigiosa (debe dilucidarse previamente en vía judicial)	Sí	64° de la LPAG	Inhibición de la administración
Inspección	Proceso judicial	Sí	139°- 2 de la Constitución	Avocamiento indebido

qusito un mandato judicial expreso para la suspensión. Más aún cuando la Constitución no realiza dicha distinción respecto a la figura del avocamiento indebido, por lo que dicha directiva contraviene de manera directa la Constitución.

4. Propuesta: ¿Se debe suspender el procedimiento administrativo o no?

Como hemos ido adelantando a lo largo del presente artículo, estimamos que siempre se debe suspender el procedimiento administrativo, independientemente de la oportunidad en la que se haya interpuesto la demanda ante el Poder Judicial. Ello siempre en aplicación de la figura del avocamiento indebido, que se encuentra contenida en el artículo 139° inciso 2 de la Constitución.
Los supuestos que hemos analizado a lo largo del presente artículo se pueden resumir en la figura 1.

Cómo se ha analizado a lo largo del artículo los supuestos 1 y 2 son claros al interpretar las normas, pero es el tercer supuesto el que ha sido controvertido y materia de diversos pronunciamientos por parte de la AAT. Consideramos que, aún en el supuesto 3 se debe suspender el procedimiento administración, en aplicación de la figura del avocamiento indebido y de la Constitución. Y además, sustentado en la garantía de un Poder Judicial independiente

[18] BARRIOS ALVARADO, Elvia. Op. Cit. Pp. 44.
[19] HUAMAN ESTRADA, Elmer. "La suspensión del procedimiento de inspección laboral frente a la existencia de un proceso judicial laboral vinculado". Ponencia Libre aprobada en el VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Arequipa, 2014.

como un instrumento básico para asegurar la observancia de las garantías constitucionales[18].

4.1. Fundamento jurídico de los supuestos de suspensión: supremacía del Poder Judicial

Como hemos ido adelantando a lo largo del presente artículo, estimamos que el principal fundamento para que la AAT suspenda un procedimiento administrativo es la supremacía de la independencia de la función jurisdiccional, ello al margen del momento en el que se interponga la acción judicial, es decir antes o después de iniciado el procedimiento. En ese mismo sentido comenta Huamán Estrada al considerar que el primer fundamento para dicha suspensión es la supremacía del Poder Judicial sobre la Administración Pública, mediante la cual se reconoce la circunstancia de que los tribunales en todo caso tienen una posición prevalente institucional sobre los órganos de la Administración.

Adicionalmente, señala dicho autor[20] sobre la fuerza de las sentencias sobre las resoluciones administrativas; siendo que las primeras, una vez que declaradas firmes o consentidas, adquieren carácter de cosa juzgada, mientras que las segundas siempre pueden ser revisadas por la instancia jurisdiccional.

En este extremo, no queremos dejar de mencionar la principal razón por las cual un trabajador acude a la AAT: que se le reconozca un derecho. En ese sentido, en la inspección, la AAT necesariamente se va a pronunciar respecto al derecho que invoque el trabajador, el cual estará ligado a un incumplimiento normativo. Esto quiere decir, que en el fondo, por cualquier de las vías que opte el trabajador, este está buscando el reconocimiento de un derecho ya sea por parte de la AAT o el Poder Judicial.

Finalmente, lo que ha de hacer el trabajador con el pronunciamiento de la AAT es llevarlo a sede judicial a efectos de que se pueda hacer efectivo ese reconocimiento.

---

[20] Véase el artículo completo para mayor información. El autor considera, adicionalmente como argumento la seguridad jurídica y evitar fallos contradictorios, supuesto con el que estamos de acuerdo, pero estimamos se encuentra inmerso dentro de la supremacía de la función jurisdiccional.

[21] El acta de infracción como acto administrativo goza de presunción de veracidad de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 8° y 9° de la LPAG. Véase también: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y NEYRA SALAZAR, Carole. "Debido proceso, nulidad e inspecciones laborales: ¿Qué criterios están aplicando el Ministerio de Trabajo y el Poder Judicial? En: Ius et Veritas. N° 42. 2011.

[22] TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y HIGA GARCÍA, Yoshi. "La prueba en el derecho laboral: el proceso inspectivo y la justicia oral" En: Derecho y Sociedad, N° 37. 2011. Pp. 228.

Por tanto, en la práctica, en la mayoría de ocasiones, el trabajador lo que busca en el procedimiento administrativo es una prueba, ya que una vez que finaliza el mismo se emite un Acta de Infracción. Luego, el trabajador podrá presentar dicho documento como una prueba que goza de una presunción de veracidad iuris tantum[21] pero que es de suma utilidad en el proceso judicial.

Como concluyen Toyama Miyagusuku y Higa García[22], se aprecia en algunos casos que los trabajadores, sobre la base del acta de infracción, inician un proceso judicial. Es decir, aprovechan la existencia de una constatación inspectiva para iniciar un proceso judicial sin esperar los resultados de la etapa sancionatoria de la inspección del trabajo. Se aprecia, en definitiva, un intento por aprovechar la eficiencia de ambos sistemas: la constatación de la fiscalización laboral con la coerción del proceso judicial.

4.2. ¿Cómo debería operar la suspensión del procedimiento administrativo?

Luego del análisis, consideramos que la AAT siempre debería inhibirse y por tanto suspender el procedimiento en aplicación de la Constitución. Sin embargo, entendemos que ello puede ser más complicado de ejecutar en la práctica, toda vez que no se encuentra regulado este supuesto de hecho como lo hemos explicado en la Ley, sino únicamente el supuesto de cuestión litigiosa, el cual como señalamos anteriormente, no es el mismo al que es materia de comentario en este artículo. En ese sentido, debería existir una modificación normativa a la LPAG, e incorporar un nuevo artículo en la ley que obligue a la administración a suspender el procedimiento administrativo, en cuanto tome conocimiento que la materia se está ventilando en la vía judicial.

Como hemos visto en la práctica, también se han dado casos en los que el Poder Judicial ha emitido resolución ordenando a la administración que detenga la inspección. En ese sentido, también se podría plantear una reforma a la NLPT para que posibilite al juez a emitir una resolución de oficio en cuanto tome conocimiento de que la misma causa tiene un procedimiento administrativo abierto.

No obstante, consideramos que no se debería esperar a que se emita esta resolución necesariamente, sino que la AAT debería inhibirse de seguir conociendo el procedimiento en cuanto tome conocimiento que la materia se encuentra judicializada. Para ello, con el marco legal que

tenemos actualmente, solo podría invocar el artículo 139° inciso 2 de la Constitución, más no el 64° de la LPAG como lo hizo con anterioridad la AAT, ya que no resulta de aplicación a los supuestos materia de comentario.

En ese sentido, es que estimamos necesario que se amplíen los supuestos de suspensión del procedimiento administrativo y se incorpore en la LPAG una figura de suspensión o inhibición de la administración por avocamiento indebido. Así, la administración va a poder aplicar un marco legal específico, adicionalmente a la Constitución, y realizar la lectura sistemática de ambas normas.

5. Reflexiones finales

A modo de conclusiones, les dejamos algunas reflexiones finales respecto de la problemática abordada en el presente artículo:

•La independencia de la función jurisdiccional es un principio recogido en el artículo 139° inciso 2 de nuestra Constitución, siendo que se debe respetar la supremacía del Poder Judicial por todas las autoridades del Estado.

•El artículo 64° de la LPAG regula los supuestos de inhibición por parte de la administración. Para poder determinar si este artículo es aplicable a los supuestos de conflictos objeto de un procedimiento inspectivo y un proceso judicial es indispensable definir el concepto de cuestión litigiosa de la norma.

•La cuestión litigiosa del artículo 64° de la LPAG se define como una cuestión previa, ya que es una controversia ligada al procedimiento, y que se debe dilucidar el derecho con anterioridad al procedimiento en vía judicial.

•De acuerdo a pronunciamientos de la AAT, ésta inicialmente suspendía los procedimientos administrativos en aplicación del 64° de la LPAG y una interpretación conjunta con el artículo 139° inciso 2 de la Constitución, fallo con el que concordamos, más no con la interpretación de la LPAG.

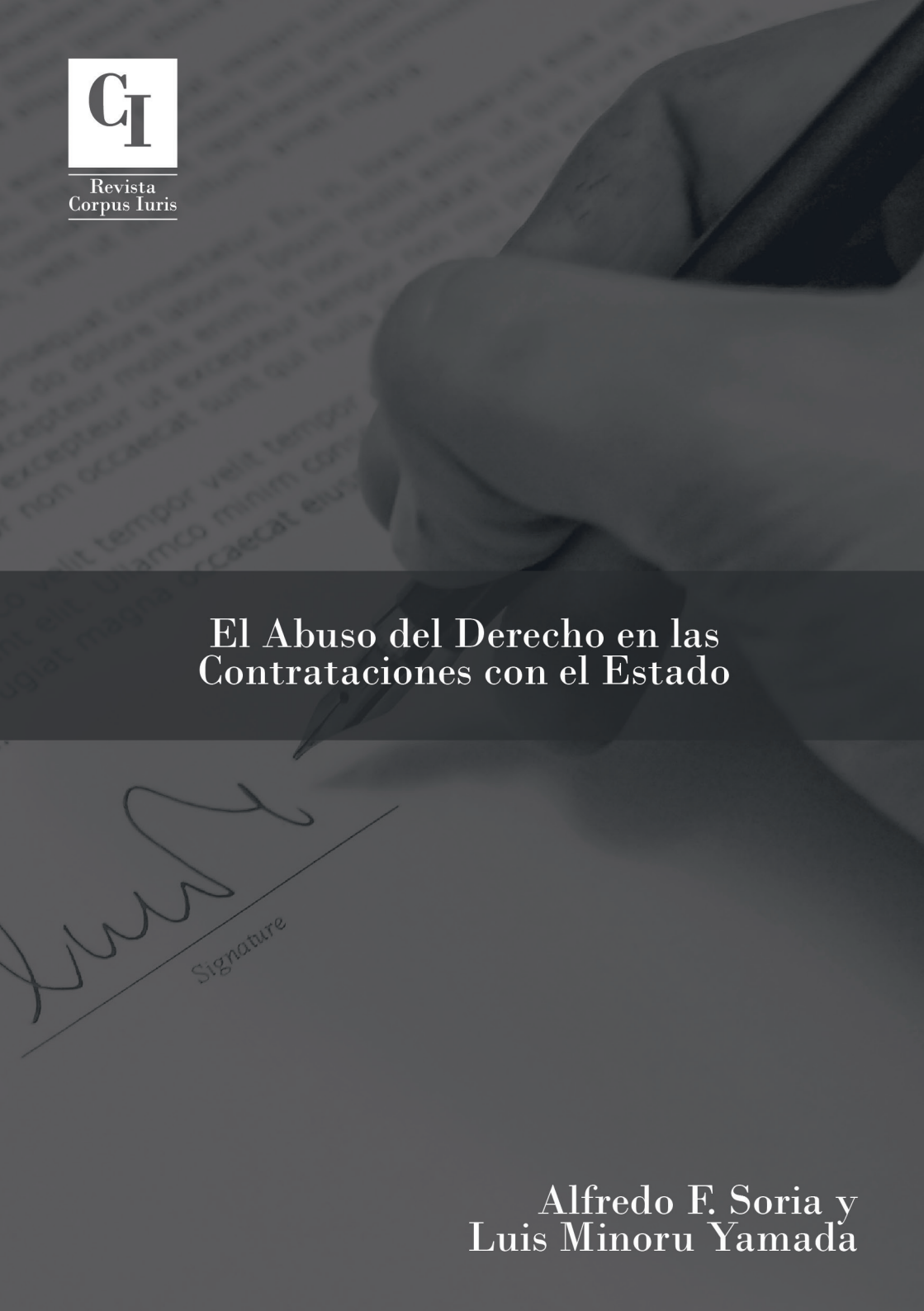
•Recientemente, la AAT ha emitido pronunciamientos mediante los cuales dejó de suspender los procedimientos por considerar que no era de aplicación el 64°, al no cumplirse los requisitos de la triple identidad ni contener la cuestión litigiosa. Estimamos adecuada esta interpretación de la norma, más no concordamos con el sentido del fallo, ya que se debería suspende el procedimiento en aplicación del artículo 139° inciso 2 de la Constitución y aplicando

la figura del avocamiento indebido.

•Criticamos el criterio de la reciente Directiva N° 001-2016-SUNAFIL/ILM, y lo consideramos inconstitucional por contravenir el mandato de supremacía de la función jurisidccional e ir en contra de la independencia del Poder Judicial, estableciendo un requisito no contenido en la Constitución, e innecesario: la emisión de una resolución judicial que ordene la suspensión del procedimiento.

•Ante lo antes expuesto, estimamos complicado que la AAT suspenda su procedimiento sin tener una norma especial específica que complemente a la Constitución que puedan aplicar y regule este procedimiento. En ese sentido, proponemos una reforma normativa de los supuestos de suspensión del procedimiento administrativo contenidos en la LPAG, incorporando la figura del avocamiento indebido.

Revista
Corpus Iuris



El Abuso del Derecho en las Contrataciones con el Estado

Alfredo F. Soria y
Luis Minoru Yamada

El Abuso del Derecho en las Contrataciones con el Estado

Por: Alfredo F. Soria y Luis Minoru Yamada[1]

1. Introducción

En ciertas ocasiones la aplicación de una norma puede ser percibida como abusiva o injusta. A nivel literario, Sófocles, uno de los autores más destacados de la literatura clásica griega, describe en su obra "Antígona" los serios cuestionamientos al cumplimiento de una norma decretada por Creonte, nuevo rey de Tebas.

El mandato legal, puesto en duda por Antígona, impedía dar entierro a uno de sus hermanos[1] por considerarse al fallecido como un traidor a la patria.

El castigo que sería aplicado después de la muerte del supuesto traidor, era una sanción considerada desmedida y sin precedentes para el pueblo de Tebas. Según su tradición, el entierro de los muertos debía cumplir un riguroso ritual que era entendido como un mandato de los Dioses.

A criterio de Creonte era una sanción ejemplar que debía cumplirse aunque, por un lado, exista la oposición expresa de su propio hijo (Hemón) y por el otro, la disconformidad murmurante del pueblo de Tebas.

Para Antígona, en cambio, el derecho a ser sepultado no debería ser restringido por ninguna norma humana[2]. Esta tragedia griega propone, en síntesis, el eventual cuestionamiento a la aplicación de normas consideradas injustas.

Más allá de la literatura, la percepción de una norma como injusta se evidencia en ciertas ocasiones en la realidad y conlleva, de manera intrínseca, el cuestionamiento de su aplicación por ser considerada contraria a sus fines más esenciales.

Si bien el relato de Antígona propo-

[1]Egresado de la Maestría de Derecho de la Empresa Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado titulado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y la Universidad del Pacífico (UP) Abogado adscrito al Registro de Árbitros del OSCE y del Centro de Arbitraje de la PUCP.

Abogado titulado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) Abogado de las empresas del Grupo Telefónica en el Perú, especialista en contrataciones del Estado.

ne el cuestionamiento a las normas injustas per se, en ciertas ocasiones existen normas que siendo razonables y justas en la mayoría de escenarios, conceden derechos cuyo ejercicio resulta discutible o cuestionable bajo determinados supuestos excepcionales. En este último caso ¿estamos condenados a que se ejerzan los derechos aunque se afecten sus fines más esenciales?. Lo cierto es que existe la figura jurídica denominada "abuso del derecho" que evita, precisamente, el ejercicio abusivo de un derecho. La siguiente pregunta consiste ahora en determinar si puede aplicarse o no, la figura del "abuso del derecho", al ejercicio de un derecho respaldado en las normas de contratación del Estado. Este es el tema que será desarrollado a continuación.

2. Las normas en el ámbito de la contratación con el Estado

En el ámbito de la contratación civil, el artículo 1354 del Código Civil consagra el principio de libertad contractual, el cual consiste en que los particulares se encuentran habilitados a establecer libremente el contenido del contrato[3]. Esta libertad contractual en el ámbito civil no es absoluta pues lo pactado debe respetar las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres[4].

Uno de los aspectos o características más importantes de la contratación civil es que lo pactado prevalece inclusive respecto de lo que pudiera disponer la ley, salvo que la norma sea imperativa. Por ello, el artículo 1356 del Código Civil establece el carácter supletorio de las normas contractuales al expresar que "Las disposiciones de la ley sobre contra-

[1] En palabras de Creonte, Rey de Tebas "(…) he hecho proclamar un edicto a los ciudadanos acerca de los hijos de Edipo. A Eteocles, que murió luchando por la ciudad tras sobresalir en gran manera con lanza, que se le sepulte en su tumba y que se le cumplan todos los ritos sagrados que acompañan abajo a los cadáveres de los héroes. Pero a su hermano –me refiero a Polinices-, que en su vuelta como desterrado quiso incendiar completamente su tierra patria y a las deidades de su raza, además de alimentarse de la sangre de los suyos, y quiso llevárselos en cautiverio, respecto a éste ha sido ordenado por un heraldo a esta ciudad que ninguno le tribute los honores postreros con un enterramiento, ni le llore. Que se le deje sin sepultura y que su cuerpo sea pasto de las aves de rapiña y de los perros, y ultraje para la vista". En: Antígona. Sófocles. Editorial Gredos. Madrid. 2014. p. 67.

[2] Refiriéndose a la norma que prohíbe el entierro de su familiar, en diálogo con Creonte, Antígona sostiene que "No fue Zeus el que los ha mandado publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres. No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera trasgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Éstas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron". En: Antígona. Sófocles. Editorial Gredos. Madrid. 2014. p. 78.

tos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas".

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la contratación civil, en el supuesto de los contratos que suscribe el Estado bajo el ámbito de la Ley 30225[5] y su Reglamento (Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF)[6] las normas son imperativas[7] y por ende, de obligatorio cumplimiento para ambas partes. No se trata de un escenario de normas dispositivas o supletorias, como en el supuesto de la contratación civil. En consecuencia, los contratos que se suscriben en el ámbito de la Ley 30225[8] y su Reglamento deben respetar lo dispuesto en dicha normativa y no cabe pactar en contrario, salvo que la propia norma prevea dicha posibilidad.

Cabe añadir que, inclusive en el supuesto que un contrato suscrito en el ámbito de la Ley 30225[9] y su Reglamento, no contenga una cláusula relativa a algún tema regulado por dicha normativa, dicho aspecto igual se considerará regulado por la normativa especial, precisamente, por el carácter imperativo de la norma que lo regula. Es decir, en caso las partes omitan o dejen algún vacío contractual respecto de algún aspecto establecido por la normativa, dicho aspecto será cubierto obligatoriamente por lo expresado por la misma. Este criterio ha sido reconocido expresamente por la Opinión N° 096-2011/DTN del OSCE al expresar que "Así, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la relación contractual entre una Entidad y un proveedor, que surge a partir de la celebración de un contrato, se encuentra expresamente regulada, desde su perfeccionamiento y ejecución, hasta su culminación; en esa medida, las disposiciones que regulan la ejecución contractual rigen independientemente de si se

[3] Artículo 1354 del Código Civil.- "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo".

[4] Estos límites se encuentran en el artículo 1354 del Código Civil y en la Norma V del Título Preliminar del Código Civil que establece que "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".

[5] Modificada por el Decreto N° 1341.

[6] Nos referimos a aquellos contratos en los que el Estado contrata bienes, servicios y obras para el cumplimiento de sus fines públicos.

[7] Como señala RUBIO CORREA: "Desde el punto de vista de su vocación normativa, las normas pueden clasificarse en imperativas y supletorias. La norma imperativa es aquella que debe ser necesariamente cumplida por los sujetos, sin que exista la posibilidad lógico-jurídica contraria." En: RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Décima Edición. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2009, P. 99.

[8] Modificada por el Decreto N° 1341.

encuentran consignadas o no en el documento que contiene el contrato celebrado, justamente en atención al carácter imperativo que ostenta la normativa de contrataciones del Estado"[10].

3. Nociones acerca de la figura "abuso del derecho"

La teoría del abuso del derecho surge como una figura jurídica que plantea un nuevo paradigma a la visión tradicional, estableciendo ciertos límites al ejercicio del Derecho.
Al igual que en la antigua cultura griega, para la concepción romana, era impensable la posibilidad de un ejercicio abusivo del derecho. El derecho subjetivo, así como su ejercicio, para los antiguos griegos y romanos, jamás podría concebirse como causante de daños ilegítimos a terceros. Bajo el precepto de "qui jure suo utitur nominen loedit" (quien usa de su derecho, a nadie lesiona) los romanos expresaban su confianza en el poder del orden jurídico para producir una sociedad justa.

Por derecho subjetivo entendemos a las facultades o atribuciones que se desprenden de la normativa o cuerpos jurídicos, conocidos éstos últimos en la doctrina como derecho objetivo. Ambas expresiones, derecho objetivo y derecho subjetivo, no contienen conceptos opuestos sino todo lo contrario, un concepto deriva del otro, son inseparables.

La doctrina se ha encargado de diferenciar con precisión las características del abuso del derecho al señalar que éste se presenta cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo, se lesiona un interés no tutelado por una norma jurídica específica.

Como lo ha señalado Jorge Mosset Iturraspe[11], los juristas siempre se han preocupado por saber si los derechos subjetivos pueden aplicarse como su titular lo desea o si, por el contrario, se encuentran en manos de los operadores jurídicos establecer cómo se aplican y para qué supuestos a fin de evitar excesos, abusos o daños.

El abuso del derecho nace como una institución jurídica que se contrapone al reconocimiento ilimitado de la libertad y que permite al operador jurídico calificar de no lícitas conductas que, pese a no estar expresamente impedidas, no se encuentran acordes con la sana convivencia so-

[9] Modificada por el Decreto N° 1341.
[10] Si bien esta Opinión fue emitida cuando se encontraba en vigencia una norma distinta a la vigente, de igual forma este criterio continúa aplicando a la fecha.

cial.

4. ¿Cabría aplicar la figura del abuso del derecho en el ámbito de la contratación con el Estado?

Como hemos descrito, en el supuesto específico de la contratación con el Estado, las normas son imperativas y por ende, resultan aplicables de manera obligatoria. En ese sentido, la contratación con el Estado implica que las posibilidades de negociación de los términos contractuales resulten sumamente escasas, toda vez que las distintas Entidades del Estado contratan imponiendo las reglas preestablecidas por las normas imperativas, quedando el contratista en la posición de expresar o no su aceptación a las mismas. Por otro lado, la actuación de la administración pública no puede alejarse de lo establecido por las referidas normas debido al principio de legalidad que rige toda su actuación.

No cabe duda que, en este escenario de relaciones contractuales bajo el ámbito del derecho público, regido por normas imperativas, cobra real importancia el debate de una eventual aplicación de la figura jurídica del abuso del derecho.

Al respecto, Gustavo Ordoqui ha sostenido que "el abuso del derecho opera como principio general en la teoría general del derecho y por tanto se proyecta tanto en el ámbito del derecho privado como en el derecho público, con la peculiaridad de que en este último se le suele denominar "desviación de poder""[12].

No cabe negar la aplicación de la figura del abuso del derecho inclusive en el ámbito de las relaciones contractuales suscritas por el Estado pues, como sostiene Carlos Fernández Sessarego "la conciencia jurídica colectiva reclama, en términos generales y más allá de la vigencia de normas específicas dentro del ordenamiento positivo, el que en las relaciones humanas intersubjetivas se vivencien los valores ínsitos en los principios generales del derecho, como el de la buena fe, el orden público y el de las buenas costumbres. La comunidad reclama que exista plena correspondencia entre estos principios generales, informantes de todo el sistema jurídico, y el real y efectivo comportamiento humano social"[13].

Como lo expresa De La Puente "este deber de ejecutar de buena fe tiene como contenido esencial el que se

[11] Mosset Iturraspe, Jorge. Código Civil y normas complementarias. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2007 P. 117.

actúe lealmente"[14]. La buena fe es un principio rector que resulta aplicable a todo contrato. Por ello, la buena fe no solamente resulta exigible al contratista o proveedor, sino también a las entidades del Estado, las cuales se encuentran supeditadas a regir sus actuaciones contractuales en el marco de la buena fe.

Cabe indicar que, algunos autores, conciben inclusive a la buena fe como un principio general de derecho administrativo. En esa línea, Pablo Gallegos Fedriani ha expresado que: "El principio general de la buena fe ha sido considerado también como un principio general del derecho administrativo y es aplicable durante la ejecución de los contratos administrativos"[15]. No olvidemos que los principios generales del derecho son aquellos que constituyen la causa y la base del ordenamiento jurídico y tratan de impedir la arbitrariedad en su aplicación. Además, son de vital importancia para el ordenamiento jurídico toda vez que posibilitan al operador jurídico no dejar de administrar justicia ante defectos, deficiencias o vacíos en la ley.

Como afirma Gustavo Ordoqui, la buena fe es "un límite de orden público en las formas de relacionamiento de intereses entre particulares" . Por ello este autor precisa que "Varias normas de Códigos Civiles (…) establecen expresamente que el límite del ejercicio de los derechos está en el proceder de buena fe. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe"[17].

Si bien es cierto que ni la Ley de contrataciones del Estado ni su reglamento establecen norma alguna respecto de la buena fe, al igual que Ordoqui, consideramos que igualmente este límite de orden público debe regir el comportamiento de las partes durante todo el iter contractual de los contratos suscritos con el Estado.

Por otro lado, desde el plano normativo, la Ley de Contrataciones del Estado admite que la Constitución prevalece respecto de cualquiera de las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado. Así, el numeral 45.3 del Artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley

[12] ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Abuso de Derecho en civil, comercial, procesal, laboral y administrativo. Ediciones Legales. Lima. 2014. P. 707.
[13] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Abuso del Derecho. 2da. Edición. Grijley. Lima. 1999. P. 26-27.
[14] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XI. Primera parte. Tomo II. Fondo editorial PUCP. Lima. 1993. P. 85.

30225[18]) dispone que: "Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado, manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público".

Precisamente, el artículo 103 de la Constitución Política del Perú establece expresamente que "La Constitución no ampara el abuso del derecho". Dado que se encuentra reconocida expresamente la figura del abuso del derecho por la Constitución Política del Perú, resulta claro que dicho mandato constitucional de no amparar el abuso del derecho será aplicable también a los contratos que se suscriben bajo el ámbito de la Ley 30225[19] y su Reglamento.

Finalmente, cabe precisar que corresponderá al Tribunal Arbitral o al Árbitro Único, analizar y verificar si resulta de aplicación o no, la figura del abuso del derecho al caso particular. Resulta claro que esta figura reviste un carácter excepcional y podrá aplicarse solamente en aquellos casos concretos en los que se evidencie que el ejercicio de un derecho resulta contrario a la buena fe o cuando se haga manifiesta una afectación a la sana convivencia social.

[15] GALLEGOS FEDRIANI, Pablo. El Pacta Sunt Servanda y los Contratos Públicos. En: AA.VV. Derechos, Garantías y Potestades en los Contratos Públicos. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Ediciones RAP. Buenos Aires. 2014. P. 349.

[16] ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Abuso de Derecho en civil, comercial, procesal, laboral y administrativo. Ediciones Legales. Lima. 2014. P. 127.

[17] ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Abuso de Derecho en civil, comercial, procesal, laboral y administrativo. Ediciones Legales. Lima. 2014. P. 127.

[18] Modificada por el Decreto N° 1341.

[19] Modificada por el Decreto N° 1341.



JOSÉ RICARDO ALLEMANT SAYÁN

Extendemos nuestro más sincero agradecimiento a José Ricardo Allemant Sayán, ex integrante de la Asociación Corpus Iuris y ahora un valioso apoyo.



Web: www.corpusiuris.com
Facebook: Asociación Corpus Iuris

