

CORPUS IURIS

Edición VIII

2019 | 1

> “Me volví y vi debajo del sol, que ni es de los ligeros la carrera, ni la guerra de los fuertes, ni aun de los sabios el pan, ni de los prudentes las riquezas, ni de los elocuentes el favor; sino que tiempo y ocasión acontecen a todos”

Eclesiastés 9:11

REVISTA CORPUS IURIS

Edición y Diseño:
Asociación ACIUPC Corpus Iuris

PRIMERA EDICIÓN
ABRIL 2019
250 ejemplares

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
N° 2019-03540

Diagramación de carátula e interiores
Ariana Cecilia Solis Carpio

Distribución y Contacto:
Asociación ACIUPC Corpus Iuris
Ca. Eduardo Ordoñez N° 373
San Borja, Lima
E-mail: dgeneral@acorpusiuris.com; edicion@acorpusiuris.com
www.acorpusiuris.com

Impreso en:
L.S. IMAGEN & COLOR S.A.C.
AV. MILITAR NRO. 1972 – Lince.
Lima – Perú

Impreso: abril 2019
Publicado: abril 2019

Palabras del director

Luego de una VII edición que marcó un hito por la profundidad y relevancia de los temas abordados, esta VIII edición se publica luego de un exhaustivo proceso de revisión, diagramación, e inaugurando ilustración inédita en la portada. Es nuestra intención que la dedicación en la producción de Corpus Iuris se mantenga como una constante, y a la vez se convierta en el sello característico, tanto de nuestra Asociación, como de la revista misma.

La fundación de Corpus Iuris se remonta al año 2005, sin embargo, desde su desactivación en el año 2008, su vuelta a poner en marcha se postergó por cerca 10 años, hasta que en el año 2017 un grupo de alumnos de la Facultad de Derecho emprendió la titánica tarea de revivir este proyecto. Desde entonces, Corpus Iuris ha venido creciendo cualitativa y cuantitativamente, tanto en el número de los asociados que la conforman, como en las páginas de la revista.

La VIII edición de Corpus Iuris, la cual tengo el privilegio de presentar, está dedicada a temas de Derecho Regulatorio, área del derecho que quisimos abordar debida a que probablemente es con la que más interactuamos los ciudadanos, y a la vez, la que menos comprendemos. Adicionalmente, siguiendo la ya tradicional estructura de la revista, hemos incluido dos segmentos de doctrina referidos a derecho laboral y derecho civil, respectivamente.

No podríamos dar las palabras de apertura a la presente edición sin agradecer la desinteresada colaboración de los autores de los artículos que la componen. Finalmente, considero oportuno agradecer también a las personas que leen estas líneas, a quienes nuestro trabajo se debe, y sin cuya colaboración este proyecto sería imposible de materializar.

En nombre de todos los asociados que participaron de la producción de esta revista, los invito a disfrutar del contenido de la VIII edición de Corpus Iuris. Esperamos sea de su agrado

Paulo César Castañeda Montalván
Director General – 2019

Índice

01

La regulación del procedimiento administrativo sancionador en el Perú
Jorge Danós Ordóñez
Pág. 10

02

Los efectos de la declaratoria de nulidad de contratos a propósito de las modificaciones realizadas por el Decreto Legislativo N° 1444
Hugo Sologuren Calmet
Pág. 38

03

Las denuncias en "concreto" y en "abstracto" en el marco del procedimiento de eliminación de Barreras Burocráticas
Alfredo Lindley-Russo
Pág. 50

07

La subsuperficie: ¿derecho real e inscribible?
Yamile Margot Cárdenas
Pág. 164

08

Reflexiones sobre el compliance penal en la atribución de responsabilidad penal / administrativa de las personas jurídicas
Percy André Sota Sánchez
Pág. 182

04

El OSIPTEL y la regulación de los servicios público de telecomunicaciones en el Perú y los nuevos retos

Manuel Cipriano Pirgo
Pág. 90

05

Las medidas preventivas en el marco de la supervisión ambiental

Gianfranco Mejia Trujillo
Pág. 110

06

¿Cómo valorar y cuantificar el daño material (daño emergente y lucro cesante)?

Marco Andrei Torres Maldonado
Pág. 128

09

Sorteando la desigualdad: la agenda laboral peruana de cara a la OCDE

Justo Correa Vega
Pág. 202

10

Naturaleza y alcances del *netting* a propósito de la Casación N° 11823-2015-Lima

Leandro García Valdez / Mauricio Alcedo Arana
Pág. 220

11

La suficiencia de la remuneración mínima vital como una característica ajena a su definición económica

Marino Aguirre Aguirre
Pág. 234



Miembros

Consejo Directivo

Director General: Castañeda Montalván, Paulo César
Director de Edición: Aparicio Aparicio, Jose Martin
Director de Economía: Ayvar Magret, Raul Elías
Director de Eventos: Barrenechea Esparch, Eduardo
Directora de Marketing: Calonge De Paz, Madelaine Lorena
Secretario General: Guzmán Zecenarro, Diego Martin

Dirección de Economía

Coello Guerrero, Raúl Antonio
Delgado Alegría, Ricardo
Dorado Cáceres, Michael Jhonatan
Figueroa Casusol, Ernesto Alonso
Mesarina de la Mata, Gianfranco
Rojas Trinidad, Nely Ruth
Sánchez Ortiz, Jean

Dirección de Edición

Borjas Bolaños, Belén
Castañeda Perales, Ian Pierre
Dorado Cáceres, Michael Jhonatan
Gamarra Casas, Lorena Alessandra
Ponce Ibarra, Jose Emilio
Valdivia Ochoa, Juan Gerardo
Ventura Perez, Luis Angel
Villena Nuñez, Marly Carol

Dirección de Eventos

Brazzini Tessey, Jeanine
Chavarry Salas, Rosario Liliana
Mendoza Marro, Camila Ximena
Montoya Arenas, Diego
Ortega Huaman, Fara
Weyne Flores, Tabatha

Dirección de Marketing

Arenas Montalvo, Fabricio
Cerna Huambachano, Alejandro
Denegri Primo, Juan Manuel
García Velapatiño, Alejandra
Gonzáles Heredia, Daniel Alonso
Loayza Siancas, José Luis
Obando Ojeda, Walter
Torres Ocampo, Nicole

Dirección General

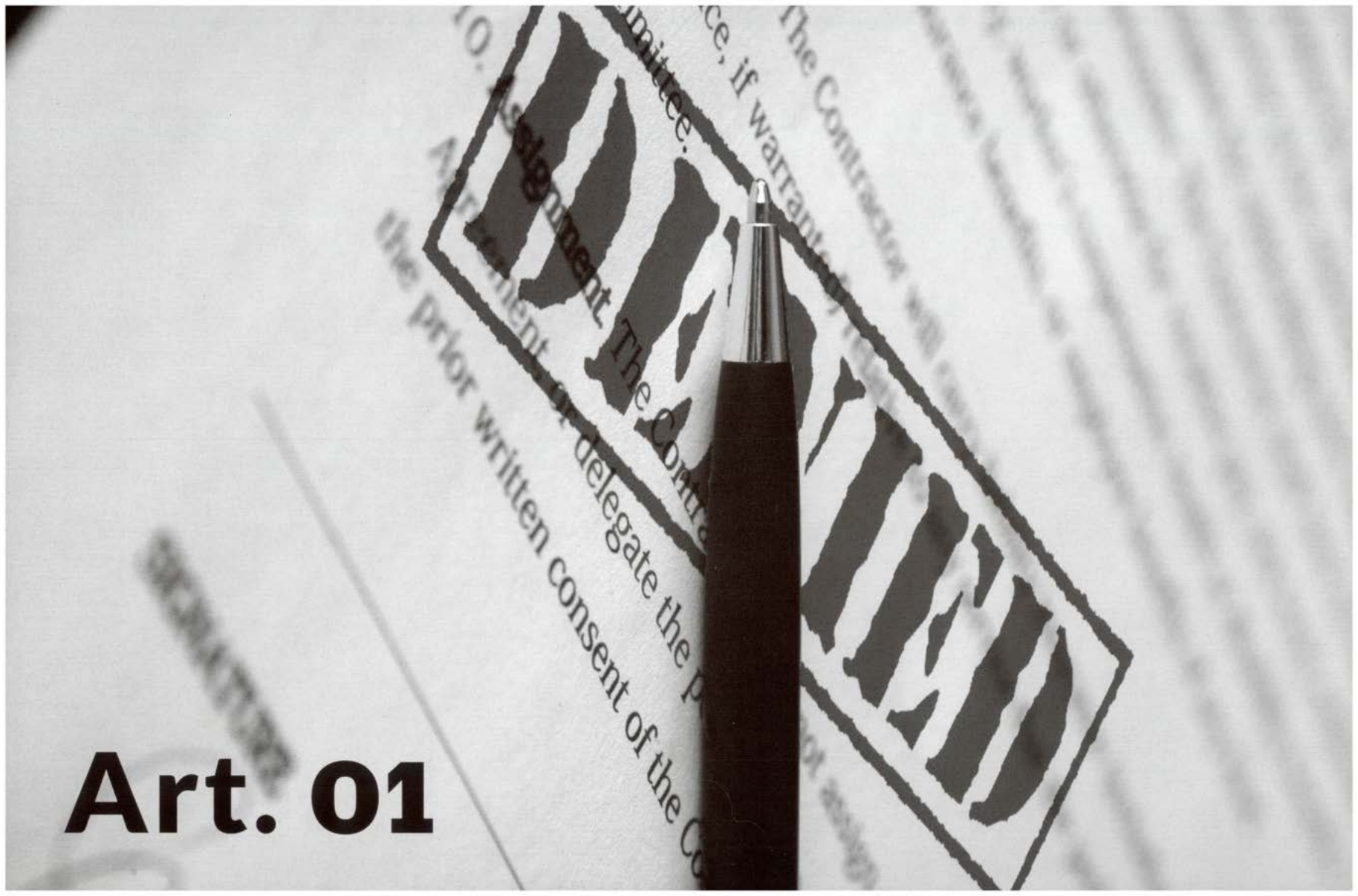
Castañeda Perales, Ian Pierre
Gamarra Casas, Lorena Alessandra

Secretaría General

Barragán Peredo, Mariafe
Franco Corbacho, Valeria
Norabuena Vaccaro, Camila

La regulación del procedimiento administrativo sancionador en el Perú

Jorge Danós Ordoñez


Art. 01

LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN EL PERÚ

JORGE DANÓS ORDÓÑEZ

Profesor categoría principal de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Presidente de la Comisión designada por el Ministerio de Justicia que elaboró el Proyecto de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Miembro fundador del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo - FIDA, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación – ASIER. Miembro del Instituto Chileno de Derecho Administrativo, del Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo Profesor Jesús González Pérez y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo – IIDA. Socio del Estudio Echecopar abogados.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Las implicancias del principio del debido procedimiento administrativo en el ámbito de lo sancionador. 3. Modalidades de inicio de un procedimiento administrativo sancionador. 4. La posibilidad de realizar investigaciones preliminares. 5. La imputación de cargos. Alcances y posibilidad de modificarlos. 6. Los descargos del imputado. 7. La separación de las funciones de instrucción y decisión como garantía de imparcialidad. 8. La prueba. ¿A quién corresponde la carga? El derecho a acceder al expediente. 9. Medidas de carácter provisional. 10. Caducidad del procedimiento sancionador. 10. Terminación del procedimiento sancionador. 11. Medidas correctivas. 12. Régimen de los recursos administrativos. 13. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE

Ley del Procedimiento Administrativo General, potestad sancionadora, Estado, procedimiento sancionador, rol regulador, régimen sancionador administrativo, instructor, resolutor.

1. Introducción

El propósito de este artículo académico es presentar una visión panorámica de las reglas que regulan la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores, conforme al régimen previsto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General ("LPAG"), de obligatoria aplicación en la materia para todas las entidades administrativas en el Perú. Por tanto, este trabajo solo versará acerca de los aspectos procedimentales (formales) para el ejercicio de la potestad sancionadora, excluyendo de nuestro análisis los temas que podríamos denominar como "sustantivos" de la potestad sancionadora, como es el caso de la importante relación de los principios que rigen la potestad sancionadora (a excepción de los que tienen implicancias esencialmente procesales como el caso de los principios del debido procedimiento y de presunción de inocencia), las reglas de la prescripción para determinar la existencia de infracciones administrativas y de la prescripción para la exigibilidad de las multas impuestas, entre otros aspectos.

En la temática sancionadora administrativa, hay un antes y después en el ordenamiento administrativo peruano de la regulación que sobre la materia contiene la LPAG. Antes de esta norma sólo podíamos encontrar regulaciones sumamente dispersas, fragmentadas y sectoriales; es decir, aplicables únicamente a ámbitos específicos de la actuación administrativa, cuyo común denominador era haber sido diseñadas exclusivamente desde la perspectiva de los funcionarios públicos con el objeto de facilitar a las entidades administrativas el ejercicio de dicha potestad, con casi ninguna preocupación por la búsqueda de la armonía o equilibrio que necesariamente debería existir con los derechos de los privados, quienes, finalmente, son los destinatarios de la actividad administrativa, y menos aún, consciencia de los derechos, garantías y principios constitucionales que han de observarse necesariamente en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública.

Conforme hemos señalado en un anterior trabajo (Danós, 2012), uno de los factores que más influyó en la determinación de incorporar en la LPAG un capítulo dedicado a la regulación de la potestad sancionadora y del procedimiento sancionador, lo constituyó el muy importante cambio del rol del Estado peruano en la economía, operado durante la última década del siglo pasado, en el que mutó su rol tradicional empresarial y protagónico en la economía, para desempeñar un rol esencialmente regulador, lo que trajo consigo un fuerte potenciamiento de las potestades sancionadoras otorgadas a las entidades de la Administración Pública para asegurar el acatamiento de los agentes económicos a los marcos legales sectoriales dictados en ejercicio de la referida potestad regulatoria del Estado.

> **Dicha situación generó la necesidad de establecer en la LPAG[1] un marco legal sistematizador de los aspectos centrales de la potestad y del procedimiento administrativo sancionador que establece las reglas y garantías para su correcto ejercicio, de carácter vinculante para todas las entidades administrativas.**

1 La Ley N° 27444 de procedimiento Administrativo General peruana entró en vigencia en octubre del año 2001. Ha sido objeto de diversas modificaciones, la más importante de las cuales ha sido la dispuesta por el Decreto Legislativo N° 1272 de enero del año 2017 que introdujo varias reformas al régimen del procedimiento administrativo sancionador a las que haremos referencia en este trabajo. Su texto vigente ha sido compilado en el denominado "Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General", aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS de 17 de marzo del 2017, que se puede revisar en: http://spij.minjus.gob.pe/content/noticia/pdf/DS-006-2017-JUS.pdf

En los últimos años, tres aspectos han tenido una especial incidencia en el régimen de lo sancionador administrativo en el Perú:

i) La jurisprudencia constitucional sobre la potestad sancionadora de la administración que, hasta la fecha, ha dictado el Tribunal Constitucional peruano, ha tenido como consecuencia la reinterpretación en clave constitucional de las reglas y principios garantistas que, sobre la materia, contiene la LPAG.

La línea seguida por el Tribunal Constitucional ha supuesto la concreción de los derechos fundamentales y los principios constitucionales reguladores de la potestad punitiva del Estado en la interpretación de los principios y reglas positivizados en el capítulo regulador de la potestad y del procedimiento sancionador en la LPAG.

De esa manera, se potencia ostensiblemente el rango jurídico de la mayor parte de dichas disposiciones legales, haciendo indisponible su acatamiento por el legislador que ni siquiera mediante la aprobación de leyes especiales sobre la materia podría apartarse de dichas reglas y principios de carácter constitucional, lo que es más evidente en el caso de la Administración Pública, que está obligada a la aplicación de los referidos principios y reglas garantistas en la tramitación de los respectivos procedimientos administrativos sancionadores.

ii) En la misma línea garantista, es pertinente resaltar que el texto del artículo 245.2 de la LPAG, al disponer que los principios de la potestad sancionadora administrativa consagrados por el artículo 246º de dicho cuerpo legal, así como la estructura y garantías establecidas para el procedimiento sancionador en el capítulo correspondiente de la citada norma legal, se aplican preferentemente a las disposiciones sobre la misma materia que puedan estar contenidas en leyes especiales, invirtió la regla del principio de especialidad de las normas jurídicas, en beneficio de la prevalencia de las garantías de los administrados sujetos a la potestad sancionadora de la administración[2].

En nuestra opinión, la preferencia de los principios generales de la potestad sancionadora y de las reglas garantistas del procedimiento administrativo sancionador establecidos en la LPAG respecto de las leyes sancionadoras especiales sobre la materia, tiene como fundamento adicional que en materia sancionadora realmente es muy difícil que pueda operar el principio de la especialidad normativa que predica la aplicación preferente de la norma especial sobre la general basado en la premisa que la norma especial es la que mejor se adapta al supuesto de hecho (Tardío, 2003).

Esto, porque la mayor parte de las leyes especiales que regulan con carácter sectorial la potestad sancionadora de la administración circunscriben su contenido a la tipificación de las infracciones y correspondientes sanciones a aplicarse exclusivamente en sus respectivos ámbitos, y muy raras veces desarrollan aspectos que podrían considerarse vinculados al régimen general de la potestad sancionadora, y menos aún, se apartan deliberadamente de

2 Hemos analizado este tema en: "La preferencia de los principios de la potestad sancionadora establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General respecto de las normas especiales sobre la materia", publicado en el libro colectivo Modernizando el Estado para un país mejor, que recoge las ponencias presentadas al IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo.

los principios y reglas generales.

iii) Finalmente, también es importante poner de relieve que, a partir de la reforma del texto del artículo II de la LPAG en enero del 2017 dispuesta por el Decreto Legislativo Nº 1272, a su carácter tradicional de ley general, y, por tanto, supletoria respecto de los procedimientos administrativos especiales creados por normas legales sectoriales, le ha sumado a la LPAG el erigirse como un cuerpo legal que simultáneamente contiene normas comunes obligatorias para todos los procedimientos administrativos que deben necesariamente acatar todas las entidades administrativas sin excepción, con independencia de las leyes sectoriales que regulen procedimientos especiales, razón por la cual consideramos que los principios y las reglas de carácter garantista que rigen la actividad sancionadora de la administración forman parte del contenido común de la LPAG y, por lo tanto, son de obligatoria aplicación y/o cumplimiento en todos los procedimientos administrativos sancionadores que tramiten las entidades de la administración pública en el Perú[3].

Culminada esta primera parte introductoria sobre los aspectos generales del régimen de lo sancionador administrativo en el Perú, realizaremos a continuación la presentación de los ejes principales de la regulación del procedimiento administrativo sancionador en la LPAG, cuerpo legal que contiene las reglas esenciales para la tramitación de los procedimientos sancionadores por parte de cualquier entidad de la Administración Pública peruana, sin perjuicio de las precisiones o reglas especiales que pueden ser establecidas por normas legales sectoriales, pero que en ningún caso podrán apartarse de las garantías básicas establecidas por la LPAG para dicho tipo de procedimiento que como ya se dijo tienen fundamento constitucional.

2. Las implicancias del principio del debido procedimiento administrativo en el ámbito de lo sancionador

La consagración del principio del debido procedimiento en el ámbito de lo sancionador administrativo en la LPAG[4], comprende tres garantías las cuales enunciaremos a continuación en el orden de prevalencia que nosotros le asignamos para luego desarrollarlas:

- La obligación de que toda sanción administrativa que se pretenda aplicar solo puede haber sido establecida como consecuencia de un previo procedimiento administrativo sancionador, lo que significa que no es posible jurídicamente aplicar sanciones de plano.

3 Hemos trabajado sobre el tema en: "Las razones de la reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo Peruana: de Ley General a Ley que también contiene las normas comunes para todas las actuaciones administrativas", a ser publicado próximamente en el Libro Homenaje a Juan Carlos Cassagne.

4 LPAG "Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.- La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:... 2.- Debido procedimiento.- No se pueden imponer sanciones si que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas".

• La obligación de que a continuación de la notificación de cargos al imputado comunicándole el inicio del procedimiento administrativo sancionador, se le otorgue la oportunidad de ejercer su derecho de defensa mediante la presentación de sus descargos.

• La obligación que las fases instructora y resolutiva del procedimiento sancionador estén a cargo de diferentes funcionarios, para generar condiciones que promuevan la objetividad e imparcialidad.

En nuestra opinión, la garantía más importante comprendida en los alcances del principio del debido procedimiento, que como sabemos, además de su consagración en la LPAG, tiene fundamento directo en la Constitución Política del Perú, consiste en el reconocimiento del derecho de toda persona a no ser sancionado, sino como consecuencia de la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador que le haya permitido al imputado ejercer legítimamente su derecho de defensa.

En tal sentido, el ordenamiento jurídico administrativo peruano prohíbe tajantemente que las entidades de la Administración Pública puedan imponer sanciones directas o de plano que no hayan sido producto de un procedimiento administrativo sancionador en el que necesariamente se haya dado oportunidad al imputado para poder exponer y presentar lo que considere conveniente para su defensa.

La potestad asignada a la Administración Pública para determinar la posible comisión de ilícitos administrativos requiere que la administración inicie formalmente la tramitación de un procedimiento administrativo durante el cual se identifiquen y comprueben los hechos cuya licitud o ilicitud va a ser evaluada, se escuche lo que tiene que decir al respecto el imputado y se realice la correspondiente valoración de sus descargos, porque debe entenderse que la administración cumple correctamente su función de tutela de los intereses públicos cuya protección tiene encomendada, no mediante la aplicación indiscriminada de sanciones carentes de fundamento fáctico y/o legal -en suma arbitrarias-, sino mediante el ejercicio legítimo y razonado de las potestades que se les confiere para lo cual resulta indispensable escuchar y evaluar lo que puede decir en su defensa el procesado, a efectos de adoptar una decisión tomando en cuenta todos los elementos de juicio disponibles.

Lamentablemente, cabe constatar que, principalmente a nivel local, los regímenes legales de algunas municipalidades, como un residuo de épocas que deberían estar hace mucho tiempo superadas, todavía contemplan en las ordenanzas que regulan el régimen de su potestad sancionadora, supuestos en los que habilitan a sus funcionarios para aplicar sanciones de plano, es decir, sin estar precedido de un procedimiento

administrativo, lo cual indudablemente es contrario a la más elemental interpretación del principio del debido procedimiento administrativo sancionador.

La segunda garantía en orden de prelación comprendida en los alcances del principio que venimos comentando, es aquella que exige que, a continuación de la decisión de la administración de iniciar un procedimiento sancionador, se le notifique al imputado de los cargos que se le formulan otorgándole un plazo, que en ningún caso puede ser inferior a cinco (5) días hábiles, para que presente sus alegaciones y utilice los medios probatorios que considere conveniente.

Esta garantía tiene dos objetivos:

> **i)** Establecer el cauce formal para que el procesado tenga la oportunidad de ejercer su derecho de defensa desde el inicio del correspondiente procedimiento administrativo sancionador y,
>
> **ii)** Que la administración también pueda contar con elementos de juicio proporcionados por quien es el sujeto de la actuación administrativa a efectos de realizar una evaluación considerando todas las aristas de la materia sometida a su competencia para poder cumplir con eficiencia la función encomendada.

En ese sentido, la obligación impuesta a la Administración Pública de otorgar un plazo a los administrados para ejercer su derecho de defensa apenas notificados, comunicándoles el inicio del procedimiento administrativo sancionador, fue en nuestra opinión, probablemente la más importante de las garantías procedimentales que consagró la LPAG cuando comenzó a regir el año 2001, porque en la etapa anterior la regla general era la contraria, es decir que los marcos legales y la práctica administrativa predominante aceptaba la imposición de sanciones administrativa de plano la mayor parte de las veces sin previo procedimiento administrativo o sin otorgar posibilidad al procesado para efectuar sus descargos, porque se entendía erróneamente que el derecho de defensa estaba plenamente satisfecho con la oportunidad que tenían los sancionados para interponer los correspondientes recursos administrativos recién en un momento posterior al de la imposición de la correspondiente sanción.

La tercera garantía cuyo análisis vamos a efectuar con mayor desarrollo en un momento posterior, es la obligación de establecer en la regulación del procedimiento administrativo sancionador la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose su tramitación a autoridades distintas con el objeto de que el funcionario instructor que tiene a su cargo la decisión de iniciar un procedimiento sancionador en base a los elementos de juicio puestos a su disposición, de imputar los cargos al procesado, evaluar sus descargos y de acopiar los elementos de prueba suficiente para adquirir convicción e informar acerca de la existencia o no de una infracción imputable al procesado, no sea el mismo que el funcionario resolutor al que se le otorga competencia en la fase posterior para sobre la base de lo trabajado por el instructor y tomando en cuenta los medios de defensa aportados por el imputado pueda determinar, se supone que con mayor dosis de imparcialidad y objetividad, la existencia o no de responsabilidad administrativa y de aplicar la correspondiente sanción de ser el caso.

Mas adelante haremos referencia a cómo es que a partir de la reforma de la LPAG dispuesta por el Decreto Legislativo N° 1272, el énfasis puesto en que las fases instructora y resolutora del procedimiento administrativo sancionador estén a cargo de

funcionarios diferentes, ha dado lugar a que se establezca que en caso el instructor como producto de sus actuaciones considere que se ha cometido una infracción, está obligado a formular un informe final de instrucción que también debe ser notificado al procesado para que pueda ejercer su derecho de defensa, presentando sus descargos en un plazo no menos de cinco (5) días hábiles .

Para finalizar el análisis de cómo el principio del debido procedimiento consagrado en la LPAG se proyecta sobre el procedimiento administrativo sancionador[5], conviene tener presente que además de lo enunciado en el precepto contenido en el Capítulo dedicado a regular específicamente lo sancionador, en el Título Preliminar de la citada ley se consagra también el mismo principio conteniendo garantías adicionales exigibles en todo tipo de procedimiento administrativo, incluyendo el sancionador[6].

3. Modalidades de inicio de un procedimiento administrativo sancionador

Conforme lo establece la LPAG, el procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio. Entendemos que esta regla se justifica por las siguientes razones:

> **i)** Porque constituye el ejercicio de una potestad exclusivamente otorgada a la administración para aplicar castigos (sanciones) a quienes transgredan el ordenamiento jurídico;
>
> **ii)** Porque una de sus funciones más importantes es promover el cumplimiento del marco legal por la vía de desalentar la comisión de ilícitos mediante la amenaza de la imposición de sanciones.

El precepto correspondiente de la LPAG[7] es enfático al disponer que el procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, ya sea por iniciativa propia del funcionario competente para decidir su inicio, quien también puede adoptar dicha decisión:

> **i)** Por petición motivada de otros órganos o entidades administrativas, o;
>
> **ii)** Por denuncia de terceros.

Corresponde a las leyes especiales que regulan los procedimientos sancionadores en ámbitos sectoriales específicos, determinar al interior de las organizaciones administrativas los órganos a los que se asigna competencia para decidir el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, así como los requisitos y formalidades que debe cumplir.

La posibilidad que al interior de la propia administración se peticione el inicio de un procedimiento sancionador se produce con mayor frecuencia cuando ha sido precedido de un procedimiento administrativo de fiscalización (supervisión o inspección), con motivo del cual el órgano competente

---

5 Numeral 2) del artículo 246° de la LPAG.

6 LPAG "Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo. 1.- El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (....) 1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por la autoridad competente, y en un plazo razonable; y a impugnar las decisiones que los afecten. ...".

7 LPAG "artículo 253.- Procedimiento sancionador.- Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones: 1.- El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativo o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia".

para fiscalizar verifica que se han producido incumplimientos de las obligaciones exigibles a los administrados y que, en consecuencia, existe justificación para recomendar el inicio de un procedimiento sancionador para determinar las responsabilidades administrativas que correspondan legalmente. Así lo prevé la LPAG al establecer las modalidades de conclusión de la actividad de fiscalización[8].

En la LPAG el rol del denunciante es el de un colaborador con la administración para la tutela de los intereses públicos, porque pone en conocimiento de la administración la comisión de una posible infracción para que el órgano competente evalúe la pertinencia o no de iniciar un procedimiento administrativo sancionador[9].

La LPAG le niega en forma expresa al denunciante de una infracción o ilícito administrativo la calidad de parte en el procedimiento administrativo sancionador[10].

Tenemos convicción que durante el proceso de elaboración de la LPAG, se conocía que en la vida real se presentan situaciones en las que el denunciante es a su vez el perjudicado o agraviado con la conducta contraria al ordenamiento legal y que en consecuencia puede tener un interés directo en que la autoridad competente conozca de su situación, sancione al infractor e incluso pueda dictar medidas correctivas que favorezcan la restitución de sus derechos afectados, sin embargo, queda claro que la opción de la LPAG que es una norma que sirve de común denominador para la tramitación de procedimientos sancionadores en todos los casos que no son regulados por una ley especial, es que el denunciante no tiene la calidad de parte y por ende no puede realizar las actuaciones que le correspondería de tener esa posición en el procedimiento administrativo.

En nuestra opinión, la opción de la LPAG es que corresponde al legislador, en los casos especiales en que se justifique por la índole de los interés públicos y derechos subjetivos que podrían ser afectados, determinar en qué marcos sectoriales existe justificación y es conveniente que legalmente se le asigne la calidad de parte al denunciante perjudicado e identificar los derechos que se le reconoce podrá ejercer en el respectivo procedimiento administrativo sancionador.

Al no otorgarle la LPAG al denunciante la condición de parte en un procedimiento administrativo sancionador, en nuestra opinión trae como consecuencia que no tenga legitimidad para recurrir de la decisión de no iniciar un procedimiento sancionador del órgano que conoce de su denuncia, ni tampoco para impugnar la resolución que pueda disponer el archivo del procedimiento o imponer una sanción inferior a la que crea conveniente.

Cabe preguntarse si es posible que el denunciante pueda desistirse de su denuncia. Consideramos que independientemente del sentido de la respuesta que podamos

8 LPAG. "Artículo 243.- Conclusión de la actividad de fiscalización.- 243.1.- Las actuaciones de fiscalización podrán concluir en: (....) 4.- La recomendación del inicio de un procedimiento con el fin de determinar las responsabilidades administrativas que correspondan".

9 LPAG. "Artículo 114.- Derecho a formular denuncias.- 114.1.- Todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera contrarios al ordenamiento, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento. (....)".

10 Además del precepto citado en el pie de página anterior que establece que el denunciante no es "considerado sujeto del procedimiento" que se pueda iniciar (siempre de oficio) a partir de su denuncia, el numeral 6) del artículo 253° de la LPAG sólo le reconoce al denunciante el derecho a ser notificado con la resolución que pone fin al procedimiento administrativo sancionador, ya sea que aplica una sanción al imputado o que dispone el archivo del procedimiento. Sobre el tema: José Antonio Tirado (2013).

brindar **lo importante es que al iniciarse el procedimiento siempre de oficio por decisión de la autoridad competente, el desistimiento del denunciante sería intrascendente y no afectaría la continuidad del procedimiento.**

También es posible preguntarse si el denunciante puede asistir a las audiencias que podrían producirse durante la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador, presentar pruebas o acceder a la información que obra en el expediente del procedimiento. Consideramos que son actividades de cuestionable procedencia si partimos de la premisa que la LPAG expresamente le niega la calidad de parte al denunciante de un hecho infractor, asignándole más bien el rol de un colaborador con la administración en la protección de los intereses públicos que podrían ser vulnerados [11] [12].

Finalmente, a veces se discute si es que el funcionario a cargo de decidir el inicio o no de un procedimiento sancionador, tiene facultad discrecional para determinar que no se inicie el respectivo procedimiento a pesar de tener certeza que se ha producido una infracción o ilícito administrativo, porque el reconocimiento de dicha facultad podría entrar en contradicción con el principio de legalidad. La LPAG no establece norma alguna al respecto, seguramente por contener las reglas comunes para la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores ha preferido que corresponda a la legislación sectorial establecer en qué casos es posible que el funcionario a pesar de tener elementos de juicio suficientes para iniciar un procedimiento sancionador, está facultado legalmente para no hacerlo.

En algunas legislaciones especiales o sectoriales, si se regulan supuestos en los que se faculta en forma expresa al funcionario competente para decidir no iniciar un procedimiento sancionador, en atención a la tutela de otros intereses públicos que el legislador también quiere garantizar. En algunas de dichas normas especiales se le faculta al funcionario no iniciar un procedimiento sancionador cuando la conducta en cuestión es catalogada legalmente como no conforme a las reglas de materialidad, o en los casos en que se dispone que no se inicie un procedimiento sancionador cuando el privado reconoce su condición de infractor, ha procedido a enmendar su conducta y se ha comprometido a no incurrir en los mismos ilícitos[13].

4. La posibilidad de realizar investigaciones preliminares

La LPAG faculta para que antes de iniciar un procedimiento administrativo sancionador el órgano o funcionario competente para decidirlo pueda realizar investigaciones

11 Sin embargo, en la práctica algunas entidades administrativas le confieren algún grado de participación menor (principalmente para presentar pruebas) al denunciante que invoca la condición de tercero en el procedimiento administrativo sancionador fundado en su condición de perjudicado o agraviado por el procesado, basándose en una interpretación bastante laxa del artículo 69° de la LPAG que regula la condición de los terceros administrados en un procedimiento administrativo.

12 Conforme al régimen de acceso a la información público regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, aprobado mediante Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, los terceros ajenos a un procedimiento administrativo sancionador no podrán invocar el derecho de acceso a la información pública para acceder a "la información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública" porque se trata de información que el artículo 17°, numeral 3) de la citada ley, le otorga la calidad de confidencial.

13 Reglamento de incentivos, infracciones y sanciones de OSITRAN aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo N° 009-2018-CD OSITRAN.: "Artículo 85°.- Excepciones a la obligación de iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador. (....) 85. 2 .- Como acto excepcional y discrecional, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización se encuentra facultada a decidir no dar inicio al procedimiento administrativo sancionador, si como consecuencia de los resultados de la acción de supervisión y luego que se haya realizado el correspondiente análisis costo – beneficio, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto y la conducta de la Entidad Prestadora encuentra que no se ha generado grave daño a los Usuarios o no se ha producido una grave afectación al interés público involucrado, al Concedente o a OSITRAN. (.....) ".

con el objeto de obtener información que le permita adquirir indicios u obtener convicción acerca de la pertinencia de iniciarlo[14].

Consideramos que se trata de una potestad que podría utilizarse principalmente cuando se reciben denuncias o el propio funcionario competente obtiene información por otros medios, pero que considera necesario recabar mayores elementos de juicio para adoptar la decisión de iniciar un procedimiento sancionador.

No creemos que la referida potestad de realizar investigaciones preliminares pueda duplicar o sustituir las investigaciones que se realicen con motivo del procedimiento específico de fiscalización regulado por la LPAG[15] que imponen deberes a las entidades que realizan la referida actividad de fiscalización, así como derechos y deberes a los administrados fiscalizados y que, como ya se dijo anteriormente, puede concluir recomendando al órgano o funcionario competente iniciar un procedimiento sancionador con el fin de determinar las responsabilidades administrativas que correspondan.

En nuestra opinión, las investigaciones previas al inicio de un procedimiento sancionador que pueda llevar a cabo el funcionario competente no deberían ser utilizadas como un mecanismo para adelantar la actividad probatoria que conforme al marco legal corresponde más bien realizar durante el procedimiento administrativo sancionador con participación del imputado, garantizando sus derechos al debido procedimiento, a la defensa y a la presunción de inocencia.

5. La imputación de cargos. Contenido y la posibilidad de modificarlos

Decidida la incoación de un procedimiento administrativo sancionador por parte de la autoridad competente, el órgano instructor debe comunicar los cargos que se le imputan al procesado, otorgándole un plazo perentorio en ningún caso inferior a los cinco (5) días para que presente sus descargos[16].

La notificación de los cargos debe comprender:

- Los hechos cuya realización se le impute a título de cargo;
- La calificación jurídica de las infracciones administrativas que los hechos imputados pueden constituir;

14 LPAG. "Artículo 253°.- Procedimiento sancionador.- Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones: (....) 2.- Con anterioridad al inicio del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación".

15 Título IV, Capítulo II "La actividad de fiscalización", incorporado a partir de la reforma dispuesta por el Decreto Legislativo N° 1272, arts. 237° a 244°.

16 LPAG. "Artículo 170.- Alegaciones.- (....) 170.2.- En los procedimientos administrativos sancionadores (....), se dicta resolución solo habiéndole otorgado un plazo perentorio no menor de cinco días para presentar sus alegatos, o las correspondientes pruebas de descargos. Artículo 252°.- Caracteres del procedimiento sancionador.- 252.1 Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por: (....) 3.- Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudieran imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que le atribuya tal competencia. Artículo 253.- Procedimiento sancionador.- las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones: (....) 3.- Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado (....) para que presente sus descargos por escrito en el plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de la notificación".

- Las sanciones que podrían imponerse.

La autoridad competente para determinar la comisión de la infracción y la correspondiente sanción y la norma legal que le atribuye dicha competencia (Morón, 2017).

Cabe preguntarse si los cargos contenidos en la notificación inicial pueden o no ser modificados durante la tramitación del procedimiento sancionador. La LPAG no contiene norma alguna que faculte a hacerlo, o que establezca el procedimiento para realizar alguna modificación. Por el contrario, **se establece en forma expresa que la resolución final del procedimiento no puede basarse en hechos diferentes a los determinados durante el procedimiento, aceptando sin embargo que pueda modificarse su valoración jurídica[17].**

En nuestra opinión, la LPAG no permite que una vez imputado los cargos, durante la tramitación del procedimiento sancionador puedan modificarse los hechos que se imputan al procesado a título de caro[18]. En caso la administración advierta o repare la existencia de otros hechos posiblemente constitutivos de infracción, diferentes a los que motivaron el inicio de un procedimiento sancionador, que ameritarían ejercer su potestad sancionadora, deberán iniciar un nuevo procedimiento sancionador, con las formalidades que se requieren.

La LPAG no contiene la misma prevención respecto de la posibilidad de modificar la calificación jurídica de la infracción imputada durante la tramitación del procedimiento, ya sea para considerar que se ha cometido un ilícito menor o más grave que el originalmente imputado.

En resumen, la LPAG establece la información que necesariamente debe contener la imputación de los cargos al posible sancionado para que pueda ejercer su derecho de defensa. Durante el trámite del procedimiento administrativo la administración no podrá en ningún caso ampliar o modificar los hechos imputados en perjuicio del procesado, pero si podrá modificar la calificación jurídica de dichos hechos para determinar el tipo de infracción cometida y la clase o magnitud de la sanción aplicable.

6. Los descargos del imputado

Conforme hemos afirmado anteriormente, el derecho del imputado a ser informado de los términos de la imputación tiene vinculación directa con los derechos constitucionales a la defensa y al debido procedimiento administrativo, cuyo contenido cuando se manifiestan como principios del procedimiento administrativo se encuentra desarrollado en la LPAG[19].

17 LPAG. "Artículo 256.- Resolución.- 256.1.- En la resolución que ponga fin al procedimiento no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica".

18 Participa de la misma opinión Diego Zegarra Valdivia (2011), para quien los cargos imputados "(....) se constituyen en un límite para el contenido de la resolución administrativa porque no es posible que la administración pueda, producto de la instrucción, sancionar al administrado respecto de hechos respecto de los que no ha ejercido su derecho a la defensa, ni por cargos que no han sido observados con anterioridad" (p. 350 y ss).

19 Además de los artículos 170.2 y 253, numeral 3) de la LPAG anteriormente glosados , también el numeral 4) del artículo 252 establece dicha obligación para la administración que simultáneamente es un derecho para el imputado, de otorgarle "un plazo de cinco días para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico conforme al numeral 171.2 de artículo 171, sin que la abstención de este derecho pueda considerarse elemento de juicio en contrario a su situación". Sobre el tema: Pedreschi (2003).

El acusado en un procedimiento sancionador tiene derecho a desplegar toda la actividad que considere conveniente para desarrollar su defensa mediante alegaciones y presentar los medios de prueba necesarios para su estrategia de defensa.

Cabe preguntarse, ¿tiene carácter preclusivo el plazo mínimo de cinco (5) días que se le otorga al imputado para presentar sus descargos? En otras palabras, en caso de haberse vencido el plazo establecido de la notificación que le comunica al acusado la incoación de un procedimiento administrativo sancionador, ¿se considera que ha perdido o menoscabado en alguna medida la posibilidad de ejercer su derecho de defensa? La respuesta es obviamente negativa[20].

El artículo 155° de la LPAG. proscribe la preclusión procesal en los procedimientos previstos por el citado cuerpo legal, salvo que se establezca lo contrario en procedimientos especiales[21], además de que el citado numeral 4) del artículo 252.1 establece expresamente que la abstención del ejercicio del derecho a presentar descargos no puede considerar "elemento de juicio en contrario a su situación".

En el régimen de la LPAG el vencimiento del plazo para que el imputado pueda ejercer su derecho de defensa al inicio del procedimiento sancionador no le impide presentar en cualquier momento alegaciones o elementos de prueba para que sean considerados durante la tramitación del respectivo procedimiento[22].

7. La separación de las funciones de instrucción y decisión como garantía de imparcialidad

Aunque la LPAG no lo establece en forma expresa, implícitamente el procedimiento administrativo sancionador se articula en base a dos fases:

i) La instrucción y;

ii) La resolución del procedimiento[23].

Como se puede apreciar, la LPAG en principio ha querido incrementar los niveles de objetividad e imparcialidad de los funcionarios que participan en el procedimiento sancionador a través de la anotada diferenciación entre las fases de instrucción y de resolución.

El ejercicio de las citadas funciones de

---

20 Participa de la misma opinión Christian Guzmán (2016).

21 LPAG "Artículo 153.- Unidad de vista.- Los procedimientos administrativos se desarrollan de oficio, de modo sencillo y eficaz sin reconocer formas determinadas, fases procesales, momentos procedimentales rígidos para realizar determinadas actuaciones o responde a precedencia entre ellas, salvo disposición en contrario de la ley en procedimientos especiales".

22 Por tal razón nos parece antijurídico que en el artículo 74.4 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Contraloría aprobado mediante Resolución N° 100-2018-CG, se disponga que: "La presentación extemporánea del escrito de descargos no obliga a la evaluación de su contenido ni da lugar a retraso en la emisión del pronunciamiento".

23 LPAG. "Artículo 253.- Procedimiento sancionador.- Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones: (....) 5.- Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento concluye determinando la existencia de una infracción y, por ende, la imposición de una sanción; o la no existencia de infracción. La autoridad instructora formula un informe final de instrucción en el que se determina, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción; y, la sanción propuesta o la declaración de no existencia de infracción, según corresponda.
Recibido el informe final, el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción puede disponer la realización de actuaciones complementarias, siempre que las considere indispensables para resolver el procedimiento. El informe final de instrucción debe ser notificado al administrado para que formule sus descargos en un plazo no menor de cinco (5) días hábiles".

instrucción y resolución estarán a cargo de los órganos o funcionarios que determine la entidad administrativa conforme a su organización interna. En la práctica, algunas entidades administrativas han encomendado el rol de instructores a funcionarios que forman parte del órgano, dirección o gerencia a cuyo titular se le asigna la función resolutoria del procedimiento sancionador. De esa manera muchas veces se presenta una relación jerárquica entre instructor y resolutor en los procedimientos sancionadores.

Al instructor del procedimiento sancionador le corresponde notificar su inicio al imputado, recibir y evaluar sus descargos, realizar todas las actuaciones probatorias que considere conveniente o que hayan sido presentadas o propuestas por el acusado utilizando las facultades que le confiere la LPAG y concluir su tarea preparando un informe final de instrucción formulando su opinión acerca de la existencia o no de infracción en base a los elementos de hecho (pruebas) recopilados y a su evaluación jurídica.

En el citado informe final el instructor deberá, en primer lugar, determinar si considera que se ha cometido o no una infracción y, de ser el caso, proponer cuál es la sanción a aplicar. En caso su conclusión es que se ha acreditado la existencia de una infracción deberá determinar: i) las conductas probadas que se consideren infracciones; ii) la norma legal que tipifica la sanción a aplicarse y iii) la sanción que se propone aplicar

En principio podría afirmarse que el referido informe de instrucción no es vinculante para el funcionario competente para resolver el procedimiento sancionador, aunque constituye probablemente el insumo más importante que tendrá a su disposición. Por esa razón, la LPAG le otorga potestad a la autoridad resolutora para "disponer la realización de actuaciones complementarias, siempre que las considere indispensables para resolver el procedimiento".

Sin embargo, podríamos reflexionar qué sucede en la hipótesis que el instructor concluya su informe opinando que no se ha cometido una infracción, porque en dicha situación no se entiende cual sería la necesidad de notificar al procesado para que presente nuevamente descargos cuando lo están exonerando de responsabilidad. Por tanto, podríamos concluir que el informe de instrucción que determine la no existencia de infracción si debería ser vinculante para la autoridad resolutora.

> En sintonía con esta interpretación, **en la mayoría de las normas de desarrollo sectoriales de los procedimientos sancionadores, se ha establecido que el informe final de instrucción concluyendo que no se ha cometido alguna infracción por el imputado tiene como consecuencia la terminación del respectivo procedimiento sancionador[24].**

Respecto de la obligación de notificar al procesado el informe final de instrucción para que también en dicha etapa pueda efectuar sus descargos respecto de las conclusiones a las que ha arribado el instructor, sabemos que no existe una interpretación uniforme acerca de a quien corresponde la competencia para realizar

24 Es el caso del artículo 75.2 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Contraloría aprobado mediante Resolución N° 100-2018-CG que refiriéndose al informe final de instrucción dispone lo siguiente: "(....) En caso el pronunciamiento determine la inexistencia de infracción, se emite la resolución correspondiente y dispone el archivo del expediente, la cual se notifica al administrado y se comunica a la entidad". También lo establece el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental –OEFA, aprobado mediante Resolución N° 027-2017-OEFA/CD, "Artículo 8.- Informe final de Instrucción.- (....) 8.2 .- Solo en caso se determine la existencia de una o mas infracciones, el Informe Final de Instrucción se notifica al administrado, otorgándose un plazo improrrogable de cinco (5) días hábiles para presentar sus descargos. 8.3.- En caso no se determine la existencia de infracciones, en el Informe Final de Instrucción se recomienda el archivo del procedimiento".

dicha notificación, porque en las normas de desarrollo de algunos procedimientos sectoriales se ha considerado que compete realizar la notificación al instructor y en otras al resolutor.

Sin embargo, en nuestra opinión, más importante resulta definir cuál es el impacto en el procedimiento de los descargos que pueda formular el procesado respecto del informe de instrucción, en particular si solo corresponde su evaluación por el resolutor, o si es que deberían ser materia de evaluación por el instructor, quien estaría obligado a preparar un nuevo informe de instrucción en el que expresa su opinión motivada acerca de lo alegado por el imputado.

Nosotros nos inclinamos por esta última interpretación, es decir, debe corresponder al instructor una vez conocido los descargos que presente el acusado evaluar los mismos y producir de ser el caso un nuevo informe que sería elevado al resolutor para que ejerce las competencias que la LPAG le confiere [25].

8. La prueba. ¿A quién corresponde la carga? El derecho a acceder al expediente

La probanza en el procedimiento administrativo sancionador está regida por varios principios la mayor parte de los cuales tienen fundamento directo en la Constitución. Es el caso:

- Del principio al debido procedimiento administrativo, que entre otras garantías comprende a título enunciativo los derechos "a acceder al expediente, a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas (...).[26]"

- El principio de verdad material conforme al cual la autoridad administrativa solo podrá resolver cuanto tenga convicción o absoluta certeza sobre los hechos que sirven de base para sus decisiones[27], para lo cual la LPAG le otorga potestades para practicar un conjunto bastante amplio de medios probatorios válidos en derecho para que pueda requerirlos o actuarlos en cualquier momento del procedimiento[28] .

- El principio de impulso de oficio que obliga a las autoridades administrativas a realizar de oficio las actuaciones probatorias necesarias "para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución", sin perjuicio del derecho de los administrados a proponer o proporcionar pruebas para su defensa[29].

- El principio de presunción de ilicitud que en el ámbito de lo penal se conoce como de presunción de inocencia,

25 Reglamento de incentivos, infracciones y sanciones de OSITRAN aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo N° 009-2018-CD OSITRAN.: "Artículo 93.3.- Recibidos los descargos (...) serán evaluados por la Jefatura de Fiscalización la cual emitirá un nuevo informe, en un plazo no mayor de veinte (20) días (....)".

26 Principio del debido procedimiento consagrado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, anteriormente glosado.

27 LPAG, Título Preliminar, artículo IV, "Numeral 1.11.- Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. (....)"

28 En el Capítulo VI Instrucción del Procedimiento de la LPAG, arts 168° a 189° en el que se regula todo lo referido al régimen de las actuaciones probatorias.

29 Principio regulado en el numeral 1.3) del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG y también enunciado en los artículos 168.1 y 171.1 del mismo cuerpo legal.

conforme al cual se presume que el administrado ha actuado con sujeción al ordenamiento jurídico y que repercute con especial incidencia en el ámbito de la prueba en lo sancionador administrativo[30].

En lo sancionador administrativo, por imperio del citado principio de presunción de licitud, la carga de la prueba recae necesariamente en los órganos que tramitan el procedimiento sancionador, estando a su cargo la demostración razonada de que el acusado ha cometido la conducta reprochada que configura la infracción administrativa, de la culpabilidad del procesado y del perjuicio que pueda haber ocasionado[31]. Toda duda razonable sobre la comisión de una infracción tiene que resolverse a favor administrado, absolviéndolo de la imputación.

El procesado en un procedimiento sancionador debe contar con las garantías que le permitan la posibilidad de rebatir las pruebas de cargo que pretenda utilizar en su contra la administración. Una de dichas garantías es la de participar en la práctica de las pruebas o también denominado principio de "contradicción probatoria", que se expresa en la obligación por parte de la administración de poner en conocimiento del procesado con la suficiente antelación el lugar, fecha y la hora en que habrán de practicarse, para que pueda ejercer su derecho a la defensa y de ser el caso controvertir la prueba[32].

Vinculado a la garantía del control de las pruebas, la LPAG es enfática al consagrar el derecho de todo administrado para acceder y de obtener copias en cualquier momento a la información que obra en el expediente que recoge las actuaciones del respectivo procedimiento administrativo[33]. Se trata de un derecho diferente al derecho constitucional de acceso a la información pública que permite a cualquier ciudadano solicitar en virtud del principio de transparencia de los asuntos públicos la información que obra en poder de la administración, para lo cual en caso de negativa por la administración se ha previsto un proceso constitucional ad hoc para demandar su protección como es el caso del habeas data.

Sin embargo, en nuestra opinión el derecho de acceder a la información del expediente del procedimiento administrativo en el que se tiene la condición de parte, es decir, la calidad de procesado en el caso de los procedimientos administrativos sancionadores, es mucho más potente porque están en juego los derechos constitucionales al debido procedimiento y a la defensa de los acusados, razón por la cual se trata de un derecho cuyo ejercicio se rige por el principio de simplicidad y en tal sentido se prevé en forma expresa que puede ejercerse verbalmente y que debe ser otorgado de inmediato en la oficina en la que se encuentre el expediente del procedimiento[34].

---

30 LPAG "Artículo 246°.- Principios de la potestad sancionadora.- Numeral 9) Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario".

31 El Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, Ley N° 27584, establece en el segundo párrafo de su artículo 33° que cuando el sancionado cuestione judicialmente la aplicación de sanciones administrativas o medidas correctivas en su contra, la carga de la prueba se invierte en su favor, porque corresponde a la administración durante el proceso judicial acreditar los hechos en los que ha basado su decisión.

32 LPAG "Artículo 172- Actuación probatoria.- 172.2.- La autoridad administrativa notifica a los administrados, con anticipación no menor de tres días, la actuación de prueba, indicando el lugar, fecha y hora".

33 Lo regula esencialmente en el artículo 169 de la LPAG, pero también lo consagra a título de principio del procedimiento administrativo en el artículo IV, numeral 1.19) del Título Preliminar y como uno de los derechos de los administrados en el procedimiento administrativo en el numeral 3) del artículo 64° del mismo cuerpo legal.

La LPAG no establece propiamente una etapa probatoria o un plazo máximo para que el acusado presente pruebas.

El plazo mínimo de cinco (5) días que se prevé para que ejerza su defensa respecto de los cargos que le imputan al iniciar el procedimiento sancionador, no impide que pueda presentar las pruebas que considere convenientes en cualquier momento de la tramitación del procedimiento administrativo, antes de que este culmine[35]. Solo en algunos procedimientos sancionadores regulados por normas especiales, se establecen plazos máximos para que los procesados puedan presentar las pruebas para su defensa[36].

Los artículos 171.2 y 175 de la LPAG establecen una relación de los medios de prueba susceptibles de actuarse en el procedimiento sancionador bastante amplia, porque comprende:

i) La presentación de documentos e informes;

ii) la presentación de pericias;

iii) testimonios,

iv) inspecciones, y;

v) cualquier otra prueba, salvo aquellos medios prohibidos por disposición legal expresa.

En el caso de procedimientos administrativos sancionadores que hayan sido precedidos por previos pronunciamientos en la jurisdicción penal, la administración sancionadora debe atenerse a lo que haya determinado una sentencia penal en la apreciación de los hechos, razón por la cual los mismos hechos ya no podrán ser objeto de prueba en el procedimiento sancionador que se tramita, correspondiendo a la administración únicamente evaluar sus consecuencias jurídicas[37].

En sintonía con la necesaria vinculación de los procedimientos sancionadores a los hechos probados en la vía penal, se faculta en forma expresa a la administración para ejercer la potestad de revisión de oficio de aquellas resoluciones administrativas recaídas en un procedimiento sancionador que estuvieren fundadas en hechos contradictorios a los probados por resoluciones judiciales firmes[38].

9. Medidas de carácter provisional

La LPAG faculta en su artículo 254 a las

---

34 Sobre el derecho de acceso al expediente administrativo ad intra por quien es parte en el mismo: Jinesta (2013).

35 Opina en el mismo sentido: Roberto Shimabukuro (2003).

36 En el art. 90° del Reglamento de incentivos, infracciones y sanciones de OSITRAN anteriormente citado se establece un "período de actuación de pruebas" de 30 días contados a partir del vencimiento del plazo para presentar los descargos, que podría ser ampliado hasta 20 días adicionales. En el artículo 75.1 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Contraloría también antes citado se establece que una vez se notifique al procesado que el órgano instructor se encuentra expedito para emitir su pronunciamiento "(....) no está obligado a evaluar o valorar en el pronunciamiento los escritos, alegatos o medios de prueba que sean presentados con posterioridad a la notificación de la declaración de expedito, sin menoscabo de su incorporación al expediente y eventual consideración en la fase sancionadora como prueba de oficio".

37 LPAG "Artículo 252.- Caracteres del procedimiento sancionador.- 252.1 .- Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por: (....) 2. Considerar que los hechos probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a las entidades en sus procedimientos sancionadores".

38 LPAG "Artículo 252.- Caracteres del procedimiento sancionador.- 252.2- La administración revisa de oficio las resoluciones administrativas fundadas en hechos contradictorios con los probados en las resoluciones judiciales con calidad de cosa juzgada, de acuerdo con los procedimientos de revisión de oficio".

autoridades que tramitan el procedimiento administrativo sancionador (instructor o resolutor) para disponer la adopción de medidas de carácter provisional, que tienen la condición de cautelares, entendemos que con el objetivo de tutelar o proteger los intereses públicos que podrían ser puestos en peligro o afectados por las conductas cuya licitud está siendo evaluada[39]. Por mandato del artículo 155° de la LPAG sólo es posible disponer la aplicación de las medidas provisionales taxativamente permitidas por una norma legal (tipicidad).

La necesaria correspondencia que debe existir entre los intereses públicos que se pretende tutelar y los tipos de medidas cautelares que se pueden establecer determina lo siguiente:

i) Que las medidas deben ser proporcionales a los objetivos que se pretenden garantizar,

ii) que no deben adoptarse medidas "que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de sus derechos",

iii) que las medidas no deben extenderse más allá de lo necesario para cumplir sus objetivos y que en consecuencia la autoridad puede revocarlas cuando compruebe que ya no son indispensables, y,

iv) que pueden ser modificadas para adaptarlas cuando se ha alterado la situación que motivo su dictado.

Por su carácter de cautelares, las medidas adoptadas se deberán compensar, en cuanto sea posible, con la sanción que pueda ser impuesta en el procedimiento sancionador.

La LPAG dispone que las medidas cautelares necesariamente se extinguen en dos situaciones:

i) Por regla general con la resolución que pone fin al procedimiento, pero en consonancia con lo dispuesto por el artículo 256.2, se autoriza a la autoridad competente para resolver el recurso administrativo que haya sido interpuesto por el sancionado, para "mantener las medidas acordadas o adoptar otras hasta que dicte el acto de resolución del recurso"; y,

ii) cuando el procedimiento administrativo sancionador haya caducado por vencimiento del plazo para su tramitación.

10. Caducidad del procedimiento sancionador

> **La LPAG establece un régimen de caducidad que extingue el procedimiento administrativo sancionador cuando se excede el plazo máximo legalmente establecido para resolver y notificar la correspondiente resolución que finaliza su tramitación, determinando la imposibilidad de continuarlo y en consecuencia el archivo de sus actuaciones[40].**

En la LPAG el plazo previsto con carácter general para resolver los procedimientos sancionadores, que como sabemos solo se inician de oficio, es de nueve (9) meses a contar desde la fecha de notificación de la imputación de cargos al procesado. Excepcionalmente se permite que la autoridad encargada de la tramitación del respectivo procedimiento, que en nuestra opinión se refiere al instructor o al resolutor según la etapa del procedimiento en que se encuentre, puede disponer ampliar el referido plazo, con carácter previo a su vencimiento,

39 Sobre el tema: Juan Carlos Morón (2017)

mediante resolución motivada hasta por tres (3) meses adicionales, lo que significa que en ningún caso el plazo para la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores que se regulan por la LPAG pueden exceder los doce (12) meses en total.

Es importante tener presente que la caducidad (también llamada perención) por vencimiento del plazo para resolver solo opera respecto del trámite de los procedimientos administrativos sancionadores,

la caducidad no se aplica en los procedimientos que se inicien a partir de los recursos administrativos que interpongan los afectados contra las resoluciones que determinan su responsabilidad administrativa y en consecuencia les aplican sanciones (Danós, 2013)[41]. El vencimiento de los plazos legalmente previstos para que se resuelven los procedimientos administrativos recursivos solo determinará la aplicación de la modalidad de silencio administrativo que la LPAG establece y que analizaremos en la parte final de este texto.

La caducidad del procedimiento administrativo sancionador por mandato legal opera automáticamente al vencimiento del plazo máximo para resolver, por tanto debe ser apreciada de oficio por el órgano a cargo de la tramitación del citado procedimiento, pero también puede ser solicitada por el procesado, para que la administración declare expresamente la caducidad con carácter meramente declarativo de unos efectos que se produjeron al vencimiento del plazo para resolver y no con carácter constitutivo.

Conforme a la LPAG la caducidad tiene las siguientes consecuencias:

- La primera, es la extinción del procedimiento sancionador que se estaba tramitando;

- la segunda, es que permite que la administración pueda iniciar el trámite de un nuevo procedimiento sancionador, en la medida que potestad sancionadora de la administración no hubiera prescrito;

- la tercera, es que se considera que el procedimiento administrativo sancionador[42] que ha sido declarado caduco por no concluir su tramitación dentro de los plazos máximos legales "no interrumpe la prescripción", lo que

40 LPAG "Artículo 257.- Caducidad del procedimiento sancionador
1. El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad no aplica al procedimiento recursivo. Cuando conforme a ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver la caducidad operará al vencimiento de este.
2. Transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado el procedimiento y se procederá a su archivo.
3. La caducidad es declarada de oficio por el órgano competente. El administrado se encuentra facultado para solicitar la caducidad del procedimiento en caso el órgano competente no la haya declarado de oficio.
4. En el supuesto que la infracción no hubiera prescrito, el órgano competente evaluará el inicio de un nuevo procedimiento sancionador. El procedimiento caducado no interrumpe la prescripción".

42 LPAG "Artículo 250.- Prescripción. 250.2 (....)El cómputo del plazo de prescripción sólo se suspende con la iniciación del procedimiento sancionador a través de la notificación al administrado de los hechos constitutivos de infracción que les sean imputados a título de cargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 253, inciso 3 de esta Ley. Dicho cómputo deberá reanudarse inmediatamente si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado".

en nuestra opinión a pesar de hacer referencia erróneamente a la figura de la interrupción no prevista en el precepto de la LPAG que regula la prescripción, debemos entender que se refiere a la suspensión del cómputo del plazo de prescripción que se genera cuando se inicia el procedimiento sancionador. En otras palabras cuando se produce la caducidad de un procedimiento sancionador se toma como si nunca hubiese existido, por tanto debe entenderse que nunca se produjo la suspensión del cómputo del plazo de prescripción al iniciarse dicho procedimiento y en consecuencia el plazo de prescripción se contabilizará desde el principio ("se reactivará"), como si el plazo nunca hubiera sido suspendido.

Como la figura de la caducidad del procedimiento administrativo sancionador es una institución de relativamente reciente incorporación por mandato del Decreto Legislativo N° 1272 al régimen del procedimiento administrativo sancionador de la LPAG, se ha previsto en una disposición complementaria transitoria[43], que la caducidad de los procedimientos administrativos sancionadores que se encontraban en trámite a la fecha de entrada en vigencia del citado Decreto Legislativo (el 22 de diciembre del 2016) solo se produciría respecto de aquellos cuya tramitación no hubiera concluido al cumplirse el plazo de un año contado desde la citada fecha (el 22 de diciembre del 2017).

11. Terminación del procedimiento sancionador

Como todo procedimiento administrativo el sancionador puede concluir de dos maneras.

- **Normal.-** Cuando el procedimiento concluye con una resolución: i) ya sea cuando se absuelve al procesado, ii) se determina que se ha cometido una infracción y por tanto se le aplica una sanción, o iii) se declara la prescripción de la potestad para sancionar, o iv) que se ha producido alguna de las causales de eximentes de la responsabilidad por infracciones contempladas en el numeral 1) del artículo 255° de la LPAG.

- **Anormal.-** Cuando caduca el procedimiento sancionador, que como sabemos se produce cuando vence el plazo máximo legalmente establecido para que la administración concluya con la tramitación de citado procedimiento y cumpla con emitir una resolución.

La LPAG contiene un artículo específico[44] que regula diversos aspectos referidos a las resoluciones que se dicten para finalizar un procedimiento sancionador, las que reseñamos a continuación:

- Conforme se ha comentado anteriormente, una de las mas importantes garantías del derecho a la defensa es que la administración no puede resolver un procedimiento sancionador

43 LPAG Disposiciones Complementarias Transitorias.- (....) Décima.- Para la aplicación de la caducidad prevista en el artículo 257 del presente Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se establece un plazo de un (1) año, contado desde la vigencia del Decreto Legislativo N° 1272, para aquellos procedimientos sancionadores que a la fecha se encuentran en trámite.

44 LPAG "Artículo 256.- Resolución.- 256.1.- En la resolución que ponga fin al procedimiento no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica. 256.2.- La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. La administración podrá adoptar las medidas cautelares precisas para garantizar su eficacia, en tanto no sea ejecutiva. 256. 3Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado".

en base a hechos diferentes a los imputados al acusado (debe respetar el principio de congruencia), sin perjuicio de que pueda otorgarle una diferente valoración jurídica.

• Se establece que la sanción impuesta solo puede ejecutarse cuando dicha decisión haya quedado firme por no haberse cuestionado, o en caso de haber sido impugnada por el sancionado mediante la interposición de recursos administrativos, recién cuando se haya agotado la vía administrativa. Se trata de una excepción a la regla general de la ejecutoriedad de los actos administrativos[45] que se justifica en la protección del derecho a la defensa de los sancionados. Sin embargo a efectos de que la administración pueda tutelar los intereses públicos que considere puedan estar siendo afectados se le faculta para poder disponer medidas cautelares con la finalidad de preservarlos.

• En los procedimientos administrativos que resuelven los recursos que se interpongan contra las resoluciones que determinan responsabilidad para el imputado y le aplican sanciones, no cabe la denominada reformatio in peius también conocida como reforma peyorativa, es decir no es posible que se agravie su situación inicial, porque de suceder dicha situación se estaría desalentando el ejercicio del derecho defensa (Morón, 2005).

12. Medidas correctivas.-

Las medidas correctivas son aquellas decisiones que el ordenamiento faculta a la administración sancionadora a adoptar acompañando a una sanción para disponer la restitución de la legalidad quebrantada por la infracción cometida. No tienen naturaleza sancionadora porque no constituyen castigos (aflicciones) que se aplican a los infractores, por tanto no lesionan el principio de nen bis in ídem.

su finalidad es obligar al autor del ilícito para que reponga la situación alterada por la infracción a su estado anterior, en otras palabras revertir los efectos nocivos de sus acciones u omisiones y restablecer la legalidad de su conducta, en tutela de los intereses públicos protegidos por el ordenamiento administrativo[46].

Respecto de las medidas correctivas la LPAG establece el siguiente régimen[47]:

• La LPAG faculta a la administración sancionadora para dictar medidas correctivas que acompañen a las resoluciones que determinen responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa y apliquen sanciones administrativas;

---

45 LPAG "Artículo 201.- Ejecutoriedad del acto administrativo Los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley.".

46 obre el tema: Morón (2010), Danos (1995) y Carreras (2011)

47 LPAG Artículo 249. –"Determinación de la responsabilidad.- 249.1.- Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, las que son determinadas en el proceso judicial correspondiente. Las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto".

• Aunque la LPAG no lo establezca en forma expresa entendemos que en principio pueden ser dictadas de oficio, pero en los casos que una ley lo autorice también podrían ser solicitadas por quien se le reconozca legitimidad para formular ese pedido[48];

• Las modalidades de medidas correctivas que se decidan requieren haber sido previamente tipificadas, lo cual sucede en normas de procedimiento administrativo sancionador especiales;

• Las medidas correctivas que se dispongan deben ser razonables y proporcionales en función de los bienes jurídicos tutelados (los intereses generales) que se proponen tutelar en cada caso;

• Mediante las medidas correctivas no es posible disponer el reconocimiento o pago de daños y perjuicios en beneficio de los perjudicados por la infracción cometida, porque se trata de una materia que requiere el ejercicio de la función jurisdiccional la que constitucionalmente esta residenciada en el Poder Judicial o, de ser el caso, en la vía arbitral.

Entendemos que en caso de incumplimiento de las medidas correctivas que se dispongan acompañando el ejercicio de la potestad sancionadora, la administración estará facultada para utilizar cualquiera de los medios de ejecución forzosa de los actos administrativos (autotutela ejecutiva) que el artículo 205 de la LPAG establece[49], con excepción del procedimiento de ejecución coactiva en los casos en que la medida correctiva consista en disponer que el infractor realice directamente acciones en beneficio directo e individualizado al afectado, porque la citada potestad de ejecución coactiva sólo puede utilizarse para la ejecución forzosa de obligaciones en beneficio de la Administración Pública.

En los últimos 10 o 15 años en el ordenamiento jurídico – administrativo peruano las medidas correctivas han experimentado un significativo apogeo, principalmente en las disposiciones que desarrollan el procedimiento administrativo sancionador de los organismos reguladores pero también en varios otros marcos legales como es el caso paradigmático del citado Código de Protección de Defensa del Consumidor, en ese contexto es que la LPAG establece las reglas comunes a las que debe necesariamente sujetarse la administración sancionadora para poder utilizar las medidas correctivas como herramientas jurídicas para revertir los efectos de la conducta infractora y evitar que esta se repita en el futuro, en consonancia con los intereses públicos.

13. Régimen de los recursos administrativos

Hacemos breve mención en la parte final de este artículo referida a la regulación del procedimiento administrativo sancionador en la LPAG al régimen de los procedimientos que se inician con motivo de la interposición

48 Es el caso de los consumidores o usuarios a los que el Código de protección al consumidor aprobado mediante la Ley N° 29571 les faculta solicitar medidas correctivas complementarias y medidas correctivas reparadoras con el objeto de revertir la conducta infractora del proveedor y de resarcirle las consecuencias patrimoniales negativas, revirtiendo la situación al estado anterior (arts 114 a 116).

49 LPAG Artículo 205.- Medios de ejecución forzosa.- 205.1.- La ejecución forzosa por la entidad se efectuará respetando siempre el principio de razonabilidad, por los siguientes medios:

a) Ejecución coactiva
b) Ejecución subsidiaria
c) Multa coercitiva
d) Compulsión sobre las personas"-

de los recursos administrativos por parte de quienes se encuentran disconformes, no obstante que se trata de procedimientos administrativos recursivos de carácter y sujetos a reglas diferentes de los procedimientos sancionadores[50].

Los recursos administrativos que la LPAG faculta a los interesados interponer son dos: i) reconsideración y ii) apelación.

La reconsideración es un recurso de carácter voluntario por naturaleza.

Su régimen está regulado por el artículo 208° de la LPAG que establece los siguientes caracteres:

- Es un recurso de carácter opcional, su no utilización no impide que los legitimados puedan deducir directamente el recurso de apelación para que sea resuelto por el superior jerárquico;

- Se interpone para que lo resuelva el mismo órgano, autoridad o instancia administrativa que dictó el acto administrativo que es objeto de la impugnación;

- Constituye requisito indispensable de procedencia la presentación de nueva prueba, la que se justifica en la medida que el recurso de reconsideración está diseñado para interponerse ante la misma autoridad o instancia que ya emitió un pronunciamiento o decisión con un contenido discrepante al que motiva la impugnación y por tanto el legislador ha entendido que la única forma de permitir su posible reevaluación consiste en que el recurrente aporte nuevos elementos de prueba que permitan a la autoridad u órgano que conoce del recurso revisar los fundamentos de hecho de su decisión[51].

Se trata, por tanto, de un recurso administrativo que tiene por finalidad primordial cuestionar los fundamentos de hecho del acto administrativo impugnado, lo que no impide que también puedan utilizarse en el recurso argumentos adicionales o complementarios de carácter jurídico que deberá tomar en cuenta la autoridad encargada de resolver el respectivo recurso de reconsideración.

Los principales caracteres del recurso administrativo de apelación se reseñan a continuación:

- A diferencia del recurso de reconsideración, el de apelación es un recurso necesario para agotar la vía administrativa cuando el acto que se impugna ha sido dictado por una autoridad u órgano administrativo sometido a subordinación jerárquica en el procedimiento administrativo.

- El recurrente debe fundar o sustentar su recurso de apelación en la diferente interpretación de las pruebas producidas o en cuestiones de carácter jurídico. Esto no impide que puedan presentarse nuevas pruebas y cuestionar los fundamentos de hecho del acto administrativo que

50 Entre varias diferencias cabe recordar que la parte final del primer párrafo del numeral 1) del artículo 257 de la LPAG referido a la caducidad del procedimiento sancionador establece expresamente que "la caducidad no aplica al procedimientos recursivo".

51 Como bien señala Juan Carlos Morón (2017) para abrir la posibilidad de que la autoridad instructora pueda cambiar el sentido de su decisión la ley exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite la reconsideración.

52 En contra: Christian Guzmán Napurí (2016), para quien el recurso de apelación en la LPAG "no admite la presentación de nueva prueba" (p. 608).

se impugna[52].

- Debe presentarse ante la autoridad que expidió la resolución impugnada para que eleve lo actuado al superior jerárquico quien deberá resolver el respectivo recurso.

El plazo para la interposición de los recursos de reconsideración o de apelación establecido por la LPAG, es de quince (15) días a contar desde el día siguiente al de su notificación, más el término de la distancia.

Conforme al artículo 142.1 de la LPAG todos los plazos expresados en días deben ser contados a partir del día hábil siguiente de aquel en que se produjo la notificación y como todos los plazos establecidos por una norma de carácter administrativo deben ser computados en días hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquellos no laborables, según lo establece el artículo 143.1 de la LPAG.

Sólo cuando el cómputo del último día de un plazo establecido legalmente recaiga en un día inhábil, o por cualquier otra circunstancia la atención al público ese día no funciones durante el horario normal, el plazo debe entenderse prorrogado al primer día hábil siguiente.

En la LPAG el plazo para resolver los procedimientos administrativos recursivos iniciados con motivo de la interposición, ya se trate del recurso de reconsideración o del de apelación, es de treinta (30) días [53]. Al vencimiento de este plazo sin que la administración emita su pronunciamiento resolviendo el recurso interpuesto se aplica el silencio administrativo negativo, de modo que el recurrente podrá optar por utilizarlo en cualquier momento para continuar la impugnación de la sanción mediante la interposición de los recursos administrativos que resulten legalmente pertinentes, o de ser el caso para iniciar las acciones judiciales que el ordenamiento le faculta para su defensa (proceso contencioso administrativo o procesos constitucionales como el amparo). Hasta que el recurrente no utilice el silencio administrativo negativo para continuar su impugnación hacia la siguiente instancia administrativa o la vía jurisdiccional competente, según corresponda, la administración a cargo de la tramitación del procedimiento recursivo mantiene la obligación de resolver.

La singularidad de la regulación contenida en la LPAG, tratándose de los procedimientos iniciados con la interposición de recursos contra sanciones administrativas, estriba en que si con motivo de la interposición de un primer recurso (reconsideración), ante el vencimiento del plazo para que la administración lo resuelva sin emitir su pronunciamiento, el recurrente optó por la aplicación del silencio administrativo negativo que le habilitó para interponer el siguiente recurso en la vía administrativa (apelación), si en este segundo procedimiento administrativo iniciado para resolver el recurso administrativo de apelación interpuesto por el sancionado, la administración tampoco cumple

53 LPAG "Artículo 216.- Recursos administrativos.- 216.2.- El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días".

con resolver dentro del plazo máximo de treinta (30) días, entonces por mandato legal al vencimiento del citado plazo se aplica automáticamente el silencio administrativo positivo lo que genera la producción de un acto administrativo tácito en sentido favorable al recurrente quedando en consecuencia sin efecto la sanción[54].

Conforme se ha señalado anteriormente en este artículo, el artículo 256.3 de la LPAG establece que la resolución que se expida en los procedimientos administrativos iniciados mediante la interposición de recursos para impugnar la aplicación de alguna sanción administrativa, no puede tener como consecuencia que al declararlo infundado se agrave la situación inicial del sancionado, porque entendemos se estaría evidentemente desalentando el ejercicio del derecho constitucional a la defensa[55].

Finalmente, es pertinente traer a colación que conforme al artículo 256.2 de la LPAG anteriormente glosado la impugnación oportuna de las sanciones administrativas impide que la administración pueda ejecutarlas de manera forzosa. En el mismo sentido el artículo 9.1 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 26979 de Ejecución Coactiva dispone que las resoluciones que imponen una sanción y que han sido materia de impugnación mediante recurso administrativo dentro de los plazos de ley no constituyan obligaciones susceptibles de ejecutarse mediante un procedimiento administrativo coactivo[56].

De manera concordante el inciso c) del artículo 22° de la citada Ley N° 26979 dispone que los ejecutores coactivos no pueden iniciar el procedimiento coactivo de obligaciones en favor del Estado hasta esperar que venza establecido legalmente para que el particular pueda impugnar el acto o la resolución administrativa que establece la obligación.

Asimismo, conforme al inciso e) del artículo 16.1 de la citada ley constituye causal de suspensión del procedimiento de ejecución coactiva que se encuentre en trámite un recurso administrativo presentado dentro de los plazos legales contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución.

Por tal razón, conforme ha sido comentado precedentemente, durante la tramitación de los procedimientos administrativos iniciados a partir de la interposición de recursos administrativos por los sancionados, la administración está impedida de ejecutar las respectivas sanciones mientras no se agote la vía administrativa, situación que no necesariamente alcanza a las medidas correctivas que se hubieran dictado acompañando a la sanción, salvo que se dicte alguna medida cautelar de suspensión de la ejecución de las referidas medidas correctivas durante el respectivo procedimiento recursivo, situaciones que no impiden que la administración pueda disponer la adopción de medidas provisionales durante la tramitación de dichos procedimientos.

---

54 LPAG "Artículo 197.- Efectos del silencio administrativo.- 197.6.- En los procedimientos sancionadores, los recursos administrativos destinados a impugnar la imposición de una sanción estarán sujetos al silencio administrativo negativo. Cuando el administrado haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo, será de aplicación el silencio administrativo positivo en las siguientes instancias resolutivas".

55 Sobe los fundamentos de la regla de la prohibición de la reforma en peor: Iñigo Sanz Rubiales (2012).

56 Sobre el tema: Danós y Zegarra (1999).

Bibliografía

Art. 01

Carreras, N. (2011). *Medidas de policía administrativa y régimen jurídico del servicio público: uso de las medidas correctivas en el Perú.* Revista de la Facultad de Derecho, (67), 487 y ss.

Danós, J. (1995). *Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública.* Revista Ius Et Veritas, (10), 156.

Danós, O., & Zegarra, D. (1999). *El procedimiento de ejecución coactiva.* Lima: Gaceta Jurídica

Guzmán, C. (2013) *Medidas cautelares, provisionales, correctivas y reparativas en el procedimiento sancionador.* En AAVV (ed.). Derecho Administrativo en el Siglo XXI. XII Congreso Internacional de Derecho Administrativo (p. 677 y ss). [Vol. I]. Lima: Adrus Editores.

Guzmán, C. (2016). *Manual del Procedimiento Administrativo General.* 2ª ed. Lima: Instituto Pacífico.

Jinesta, E. (2013). *Debido procedimiento administrativo.* En AAVV (ed.). Derecho Administrativo en el Siglo XXI. XII Congreso Internacional de Derecho Administrativo (p. 586 y ss). [Vol. I]. Lima: Adrus Editores.

Morón, J. (2010). *Los actos – medidas (medidas correctivas, provisionales, reparadoras y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración.* Revista del Círculo de Derecho Administrativo de la PUCP, (9).

Morón, J. (2005). *Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley Peruana.* Revista Advocatus, (13), 237- ss.

Morón, J. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General.* [Tomo II]. 12ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

Pedreschi, W. (2003). *Análisis sobre la potestad sancionadora de la administración pública y el procedimiento administrativo sancionador.* En AAVV (ed.). Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (p 552). Segunda parte. Lima: Ara Editores.

Sanz, I. (2012). *La prohibición de reformatio in peius en vía administrativa.* En AAVV (ed.). Aportes para un Estado Eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo (p. 145 y ss.). Lima: Palestra.

Shimabukuro, R. (2003). *La instrucción del procedimiento administrativo.* En AAVV (ed.). Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (p. 302). Segunda parte. Lima: Ara Editores.

Tardío, J. (2003). *El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales.* Revista de Administración Pública, (162), 189-ss.

Tirado, J. (2013). *Función y posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador: reflexiones críticas sobre el llamado trilateral - sancionador.* En AAVV (ed.). Derecho Administrativo en el Siglo XXI. XII Congreso Internacional de Derecho Administrativo (p. 613). [Vol. I.]. Lima: Adrus Editores

Zegarra, D. (2011). *La resolución en el procedimiento administrativo sancionador.* En AAVV (ed.). La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después. Libro de ponencias de las Jornadas por los 10 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General (p. 350 y ss). Lima: Palestra.

Los efectos de la declaratoria de nulidad del contrato a propósito de las modificaciones realizadas por el Decreto Legislativo N° 1444

Hugo Sologuren Calmet

Art.02

LOS EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD DEL CONTRATO A PROPOSITO DE LAS MODIFICACIONES REALIZADAS POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1444

HUGO SOLOGUREN CALMET
Abogado, arbitro. Ex Vocal de la Corte y del Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Aspectos previos: contrato de obra pública. 3. Nulidad del contrato de obra pública. 4. Principio de eficiencia en las contrataciones públicas. 5. Efectos de la nulidad del contrato de obra pública. 6. Necesidad de valorar la continuación de la ejecución de la obra pese a la declaración de nulidad del contrato. 7. Dificultades logísticas que se podría presentar en la práctica ante la continuación de un contrato que ha sido declarado nulo. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE
Ley de Contrataciones con el Estado ("LCE"), árbitro, estatuto, Estado, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado ("RLCE"), Ley, Decreto Supremo, obra pública, entidad, contratista, Sistema Electrónico de contrataciones del Estado ("SEACE"), Decreto Legislativo.

1. Introducción

El 16 de setiembre de 2018, se publicó en el diario oficial El Peruano, el Decreto Legislativo N° 1444, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (el "Decreto Legislativo"). Dicha norma aún no se encuentra en vigencia debido a lo dispuesto en su Décima Disposición Complementaria Final[1].

Entre las modificaciones realizadas por el Decreto Legislativo, se tiene la incorporación del numeral 44.4 del artículo 44° en la Ley de Contrataciones con el Estado (en adelante LCE) con el siguiente tenor:

> **"El Titular de la entidad puede autorizar la continuación de la ejecución del contrato, previo informes técnico y legal favorables que sustenten tal necesidad. Esta facultad es indelegable".**

El numeral 44.4 del artículo 44° de la LCE vigente (que fue modificado con el Decreto Legislativo N° 1341) a la fecha tiene una redacción distinta y está referido a la consideración de que un arbitraje, el árbitro o tribunal debe considerar un orden de prelación en la aplicación de las causales de nulidad contempladas en la LCE y luego en las establecidas en otras normas del ordenamiento jurídico peruano.

En ese sentido, consideramos que el numeral 44.4 del artículo 44° es una incorporación que trae una novedosa facultad casi discrecional para el Titular de la entidad a fin de que a pesar de haberse declarado la nulidad del contrato se continúe con la ejecución de la obra por parte del mismo contratista.

Sobre el particular, consideramos pertinente expresar algunas reflexiones sobre los efectos de la declaratoria de nulidad de un contrato y la reciente facultad reconocida al titular de la entidad para continuar con la ejecución de la obra.

2. Aspectos previos: contrato de obra pública

Antes de ir al fondo del análisis de la declaratoria de nulidad de un contrato y sus efectos, debemos tener presente el contexto y definición del contrato de obra pública para así llegar a determinar la razonabilidad y lógica de la modificación materia de comentario y sus implicancias.

En principio, se debe tener presente que la LCE tiene por finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos.

Así, las contrataciones que se realizan en el marco de la LCE tienen como primordial consideración alcanzar un fin público que repercuta en las condiciones de vida de la población.

Ahora, se entiende por obra pública un cierto tipo de muebles o inmuebles estatales

---

1 **Décima.- Vigencia**
La Primera, Tercera, Cuarta, Quinta, Sexta, Octava y Novena Disposición Complementaria Final entran en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de la presente norma en el Diario Oficial El Peruano.
La Séptima Disposición Complementaria Final entra en vigencia a los treinta (30) días calendario contados a partir de la publicación de la adecuación del reglamento de PETROPERU S.A. en su portal institucional.
El resto de disposiciones entran en vigencia a los treinta (30) días calendario contados a partir de la publicación de las modificaciones al reglamento a que hace referencia la Primera Disposición Complementaria Final.

afectados a fines de utilidad general, como los puentes, caminos, edificios públicos, etc. A su vez, esta acepción se vincula con la de "contrato de obra pública", para la cual, se hace mención a los contratos realizados por la administración con particulares para que estos construyan, por ejemplo, tales puentes, caminos o edificios (Gordillo, 1964).

No obstante, la definición de contratos públicos, en algunos casos, esta solo relacionada a la vinculación con bienes inmuebles tal es el caso, de la definición recogida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley N° 80 de 1993 que regula las contrataciones públicas en Colombia (el "Estatuto") y que se encuentra establecida en el numeral 1 del artículo 32°[2].

En igual sentido, la legislación y doctrina chilena consideran como contrato de obra pública, lo siguiente:

> **" (...) aquel en el cual un determinado órgano público le encarga a un contratista la construcción de una obra a cambio de un precio y en un plazo determinado, entendiéndose por obra pública cualquier inmueble, propiedad del Estado, construido, reparado o conservado por éste, en forma directa o por encargo a un tercero, cuya finalidad es propender al bien público" (Molina y Rios, 2016, p. 63-64).**

En atención a lo expuesto hasta aquí,

> **se tiene que lo primordial en la contratación pública es la satisfacción de un interés público o también denominado interés general que tenga como principal efecto una repercusión en la población y su calidad de vida.**

Tal es el caso, de la construcción de un canal de riego en un determinado poblado de un distrito del interior del país en el cual, la población se dedica a la actividad agrícola. La concreción de la ejecución de esa obra redundará en una mayor producción agrícola y en los ingresos de esa población.

Por ende, se aprecia el real contexto de importancia de la ejecución de una obra pública y sus efectos, por lo que, bajo estas reflexiones la regla general como se considera ahora es que se ejecute la obra pública, y que esta sea finalmente a beneficio de una población, siendo la excepción la de resolver el contrato o de declarar la nulidad de este, lógicamente con las implicancias de cada figura jurídica mencionada.

3. Nulidad del contrato de obra pública

Como hemos detallado, es materia del presente artículo la figura de la nulidad del contrato de obra pública, de acuerdo con lo expresado precedentemente, declarar la configuración de esta figura debe ser una excepción y no una regla, debido que la finalidad a alcanzar es la ejecución de la obra.

---

2 "Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

1. Contrato de obra. Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago."

Ahora, esta declaratoria está determinada a la configuración de los supuestos establecidos en el artículo 44° de la LCE que recoge la nulidad del proceso de selección como la nulidad del contrato.

En el caso de esta última figura, la LCE establece los siguientes supuestos que de configurarse se tendría que declarar nulo un contrato suscrito:

i) Por haberse perfeccionado en contravención con el artículo 11 de la presente Ley. Los contratos que se declaren nulos en base a esta causal no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.

ii) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, previo descargo.

iii) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.

iv) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguno de los supuestos que habilitan a la contratación directa.

v) Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumen responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.

vi) Cuando se acredite que el contratista, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dadiva o comisión en relación con ese contrato o su procedimiento de selección conforme establece el reglamento. Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar.

vii) En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo procedimiento de selección que correspondiera.

De las causales de nulidad antes acotadas es común encontrar en la práctica que las entidades públicas suelen declarar la nulidad del contrato por la causal de trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato.

Puntualmente, tenemos que esta causal comúnmente es la más usada debido a que los contratistas presentan documentación inexacta o falsa en el procedimiento de selección, sea para acreditar algún aspecto de lo requerido por las bases o por cumplir con la documentación obligatoria para la suscripción del contrato.

> **Cuando la entidad declara la nulidad del contrato se produce como inmediato efecto el rompimiento de todo vínculo obligacional entre las partes, lo que conlleva a que, de un lado, el contratista ya no deba continuar con**

la ejecución de la obra y por otro, que la entidad no deba seguir pagando al contratista.

Desde el día siguiente de la notificación de la declaratoria de nulidad, se debe producir una paralización inmediata de los trabajos que venía realizando el contratista, en efectos prácticos es como se si produjera una resolución del contrato, con las salvedades a que tiene lugar por las diferentes implicancias entre ambas figuras.

De forma independiente a que, de acuerdo con lo establecido en la LCE, es posible recurrir al arbitraje a fin de controvertir la validez de la declaratoria de nulidad, el tema en realidad pasa por el hecho de que la obra queda en estado de abandono. Si bien, la Entidad debe tomar la responsabilidad de su resguardo y custodia, ello no implica, además, que tenga que seguir con la ejecución de la obra.

Si bien, el artículo 138° del Decreto Supremo N° 350-2015-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece un procedimiento para continuar con las prestaciones pendientes en caso de resolución de contrato que es aplicable para el caso de la declaratoria de nulidad de este de conformidad con lo establecido en el numeral 122.2 del artículo 122, esta forma implica la realización de actuaciones burocráticas de parte de la Entidad que podrían llegar a realizarse en un tiempo prolongado, lapso de tiempo en el cual, la obra sigue abandonada y la población sin poder contar con el beneficio que traería su culminación.

A ello, debemos agregar que, por razones de seguridad y control, la entidad realizará determinados actos para que el nuevo contratista que continúe con lo que falta por ejecutar lo haga en un determinado plazo y conociendo todo lo que falta por ejecutar, determinándose los alcances de su ejecución y de su responsabilidad.

Esto, en la práctica incluso se da a través de la ejecución del saldo de obra, para lo cual, la Entidad en algunos casos, elabora un expediente técnico para tal fin y que en algunos casos determina a que se lleve a cabo un nuevo proceso de selección para adjudicar la ejecución del saldo.

Todo ello, en suma, no es más que un mayor tiempo en el que la obra no se ejecuta y que perjudica a la población.

Asimismo, no debemos dejar de lado que ante una situación como la planteada surge un cuestionamiento lógico y hasta cierto punto valido, el cual, se resume en el hecho de si la nulidad del contrato se dio por documentos falso, eso en qué forma afecta a la ejecución de la obra.

Algunos podrían señalar que la presentación del documento no se vincula en forma alguna con el proceso constructivo ni con la responsabilidad del contratista por 7 años por las deficiencias en la ejecución de la obra, con lo cual, la nulidad del contrato sería hasta cierto modo, irrazonable.

Otros, señalarían que el documento falso efectivamente se vincula con la obra porque acreditaría un requisito necesario establecido en las bases y que sustentan la calidad de la obra y de los profesionales que deben participar en ella, más aún, si se tiene en cuenta que de no declarar la nulidad se estaría premiando al que incumple, incluso podría llegarse a señalar como ocurre en nuestro país, que existiría un contubernio entre los funcionarios públicos y el contratista con aspectos de índole penal.

Los argumentos a favor o en contra sobre si se debe ser estricto con la aplicación de las normas o de hacer más razonable y eficiente su aplicación siempre estarán a la orden del día, sin embargo, debemos ser un poco más objetivos.

Sin ánimo a señalar aspectos que son propios a aspectos disimiles de la materia de contrataciones, es importante tener en cuenta que la ley debe cumplirse, pero debe aplicarse de forma razonable, eficiente y lógica. Tal es el caso, que el hecho de que si alguien comete una infracción debe ser sancionado por ello, no obstante, si a ese tiempo, además, debe cumplir con una determinada obligación, puede aplazarse su sanción hasta que cumpla con la obligación asumida en tanto, está dirigida a terceros que se verán beneficiados de la misma, mejor ejemplo, la ejecución de una obra pública.

4. Principio de eficiencia en las contrataciones públicas

Las normas no deben aplicarse a rajatabla y los que deban emplearlas debido a sus funciones no deben ser unos simples lectores de esta, sino que deben tener un criterio más sustentado en la eficiencia y razonabilidad.

Ahora, tenemos que el literal f) del artículo 2° de la LCE, recoge el principio de eficacia y eficiencia en las contrataciones públicas señalando que en el proceso de contratación las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.

> **La eficiencia está referida a la mejor utilización de los recursos para el logro de los objetivos y metas de la gestión, ello implica poner en relación los recursos utilizados en la actividad con los logros conseguidos con el mismo objetivo. Así, en el caso específico de la ejecución de una obra, la eficiencia se verá materializada cuando las prestaciones del contratista y de la entidad sean ejecutadas de manera oportuna y satisfaciendo los intereses de las partes aun cuando hubiera modificaciones, incumplimientos o cualquier otra eventualidad contractual (Morón, 2016).**

Si la propia norma posee dentro de su redacción y espíritu la gestión de las contrataciones en base a su eficiencia, los funcionarios que la deban emplear deben considerar que tan razonable y eficiente puede ser declarar la nulidad del contrato y postergar la ejecución de la obra en perjuicio de la población a declararla lo que por ley corresponde, pero sin dejar de lado el beneficio que traería de terminarse la obra.

5. Efectos de la nulidad del contrato de obra pública

Ahora, debemos recordar que ni la LCE ni el RLCE establecen cuales son los efectos de la nulidad de un contrato de obra pública.

Por ejemplo, el artículo 48° del Estatuto (norma de Colombia) señala:

> "La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de

> las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.
>
> Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público"

Esta precisión realizada en la norma colombiana no está señalada de forma taxativa en la normativa de contrataciones peruana (LCE y RLCE).

En esencia, la declaratoria de nulidad, determinará que respecto al contratista se tenga que reconocer y pagar todas las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria, y ello dado, que de no hacerlo la Entidad estaría generando la configuración de un enriquecimiento sin causa, el cual, a criterio personal es arbitrable, debido a que no corresponde a la ejecución de un adicional de obra.

Otro punto importante a analizar, es qué efectos tiene la declaratoria de nulidad para con la ejecución de la obra, lógicamente implica una inmediata paralización de los trabajos y la asunción de la responsabilidad de esta por parte de la entidad.

Por otro lado, qué debe hacer la entidad ante la declaratoria de nulidad, no solo debe requerir el inmediato retiro del contratista, sino que debe constatar como deja la obra el ejecutor, ello a fin de tener seguridad jurídica y a fin de afectar el derecho de defensa del contratista, se debe realizar en presencia de un notario con la participación del ejecutor, tal como sería un acto de constatación e inventario de obra. Situaciones que lógicamente implicaran gastos que deben ser asumidos por la Entidad.

6. Necesidad de valorar la continuación de la ejecución de la obra pese a la declaración de nulidad del contrato

Hemos venido sosteniendo que en términos legales y prácticos, la declaratoria de nulidad determina la inmediata paralización de la ejecución de la obra y el retiro del contratista dejando en abandono la misma.

No obstante, como hemos señalado, cuando la nulidad del contrato se da por temas como, por ejemplo, la presentación de documentación falsa o inexacta, es razonable, eficiente y lógico que el ejecutor de la obra tenga que dejar esta y perjudicar a la población al no poder contar con la obra culminada.

En este marco desarrollado, se aprecia de forma diáfana que cumplir con el fin público podría sustentar que el contratista que presentó la documentación falsa o inexacta continúe con la ejecución de la obra, claro está luego de un análisis de ponderación del fin público y de las condiciones del contratista para con la ejecución de la obra, por ejemplo, si el contratista ha venido ejecutando la obra de acuerdo con el avance programado o incluso si se encuentra adelantado en la ejecución de la obra, no tiene observaciones en

relación con la calidad de los materiales usados o no tiene observaciones en relación con la presencia y participación de acuerdo con el porcentaje de participación de los profesionales que componen el plantel profesional que fue requerido en las bases, etc.

Ahora, si el contratista se encuentra retrasado por su causa en la ejecución de la obra, no tiene en obra a todos los profesionales requeridos en las bases de acuerdo a su porcentaje de participación, presenta observaciones graves en el proceso constructivo, o tiene otras observaciones en relación con la ejecución de la obra, es más que razonable no premiar a dicho contratista, declarar la nulidad del contrato y proceder de acuerdo con el procedimiento establecido en el RLCE.

Por ello, consideramos razonable que el Decreto Legislativo haya incorporado la posibilidad de que se evalué y de ser el caso, se autorice con la continuación de la obra con el contratista que cometió la infracción a efecto de que se culmine con la obra y se permita a la población que se beneficie de ella.

7. Dificultades logísticas que se podría presentar en la práctica ante la continuación de un contrato que ha sido declarado nulo

La acertada disposición normativa del Decreto Legislativo podría encontrar determinados problemas de carácter logístico. Así, por ejemplo, cuando corresponde realizar el pago correspondiente por la valorización presentada por el contratista, a fin de que proceda el pago, debe estar publicado en el SEACE el contrato que da origen al vínculo contractual entre las partes.

Eso sería un problema porque, la declaratoria de nulidad del contrato se publica en el SEACE y como se ha indicado, los efectos de la declaratoria en mención determinan que se extinga el vínculo contractual entre las partes y las respectivas obligaciones que se tenían entre sí.

Por lo que, en términos reales no podría tramitarse el pago de la valorización del contratista porque no hay contrato que sea reconocido en el SEACE.

Consideramos, que de forma independiente a que esta situación será resuelta por cada entidad que le toque afrontar una situación de continuación por parte del mismo contratista de un contrato declarado nulo, nos atrevemos a señalar que, como posibles soluciones a este impase, sería la emisión de una orden de servicio para poder tramitar el pago o la suscripción de un nuevo contrato, o la sola tramitación de los pagos a través de la resolución que autoriza la continuación.

> **Podría hacerse un nuevo contrato amparándose en los informes técnicos y legales que deben acompañar a la resolución del titular de la Entidad que autoriza la continuación de la ejecución del contrato pese a haberse declarado su nulidad.**

En el caso, de la emisión de órdenes de servicio, podría originar que se tenga una observación del órgano de control, dado que podría dar visto de un aparente fraccionamiento, no obstante, ello en estricto no constituirá tal figura, toda vez, que para la autorización que debe realizar el titular de la Entidad, se acompañan los informes legales y técnicos respectivos que sustentan la decisión y los pagos a realizarse por la tramitación de valorizaciones que serían presentadas por el contratista.

8. Conclusiones

De conformidad con el principio de eficiencia de las contrataciones recogido en la LCE y en atención a lo establecido en el numeral 44.4 del artículo 44° de la norma en mención, de acuerdo a un análisis de ponderación del fin público y de las condiciones y actuaciones del contratista en la ejecución de la obra, es facultad del titular de la entidad autorizar la continuación de la ejecución del contrato pese a que se haya declarado la nulidad de este.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ARBITRAJE
CIVIL
CONTRATACIÓN PÚBLICA
CORPORATIVO
PROPIEDAD INTELECTUAL
SEGUROS

Avenida Arequipa 2327/Lince, Lima 14 - Perú
Central: (00-51-1) 200-9090 / teléfonos: (00-51-1) 422 -6152 / (00-51-1) 441-4166
e-mail: estudio@castillofreyre.com / web site: http:// www.castillofreyre.com

Bibliografía

Art. 02

Gordillo, A. (1964). *Obra Pública y Contrato de Obra Pública.* Recuperado de: https://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc6/ca2.pdf [Consulta: 01 de febrero del 2019]

Molina, C., & Rios, V. (2016). *Derecho de la Construcción.* Santiago de Chile: O'Print Impresores.

Morón, J. (2016). *La Contratación Estatal.* Lima: Gaceta Jurídica.

Las denuncias en "concreto" y en "abstracto" en el marco del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas

Alfredo Lindley-Russo

Art.03

LAS DENUNCIAS EN "CONCRETO" Y EN "ABSTRACTO" EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

ALFREDO LINDLEY-RUSSO

Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Especialista en Barreras Burocráticas, Simplificación Administrativa Internacional, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia y Protección al Consumidor. Profesor de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad San Martín de Porres. Ex Jefe del Área Sancionadora de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi y ex integrante de las Secretarías Técnicas de las Comisiones de Signos Distintivos y de Protección al Consumidor en la misma institución. Actualmente, es Vicepresidente del Instituto de Facilitación del Comercio – IFCOM y Socio del Estudio García-Godos & Lindley-Russo Abogados.

SUMARIO

1. Cuestión previa: la necesaria distinción entre las barreras burocráticas y su forma de materialización. 2. Clasificación de las barreras burocráticas. 3. Relevancia práctica de la distinción entre "concreto" y "abstracto". 4. Distorsión de los conceptos "concreto" y "abstracto". 5. Efectos negativos de la distorsión. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE

Barreras burocráticas, materialización, concreto, abstracto, procedimiento, procedimiento administrativo, Tribunal de Indecopi - TDC, Indecopi, razonabilidad, resolución, agente económico, competencia, legalidad.

1. Cuestión previa: la necesaria distinción entre las barreras burocráticas y su forma de materialización.

Uno de los debates más sugerentes en materia del mecanismo de eliminación de barreras burocráticas y simplificación administrativa ("EBB&SA") tiene que ver con la relación que existe entre el concepto de barrera burocrática ("BB") y su forma de materialización.

Las BB se definen a partir de sus tres elementos constitutivos:

(i) el tipo de imposición (exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones o cobros), (ii) la condición del sujeto activo (entidad en ejercicio de su función administrativa) y (iii) el efecto que genera (condicionar, restringir u obstaculizar el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado, por un lado; o, afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa, del otro). Pero, para poder cuestionar una BB ante el Indecopi, es necesario demostrar su existencia. Esa es justamente la función que cumple la materialización de una BB.

> **El numeral 4) del Artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1256, establece que la materialización de una BB puede presentarse a través de ciertas formas jurídicas administrativas específicas, a saber, actos administrativos, actuaciones materiales (hechos administrativos) o disposiciones administrativas.**

Hasta antes del Decreto Legislativo N° 1256, la redacción del Artículo 26° BIS del Decreto Ley N° 25868 (06 de noviembre de 1992), leída en forma conjunta con el Artículo 2° de la Ley N° 28996 (03 de abril del 2007), permitía discutir si es que la forma de materialización formaba parte de los elementos constitutivos del concepto de BB, o no. Así, mientras que el Artículo 26°BIS del Decreto Ley N° 25868 establecía la competencia de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas ("CEB") "para conocer sobre actos y disposiciones (...) que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado (...)", el Artículo 2° de la Ley N° 28996 definía la BB como "los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros (...)".

Como sucede con cualquier área del conocimiento, cada vez que falte un elemento constitutivo estaremos fuera del concepto objeto de estudio. Por ello, surgía una duda cuando se denunciaba una BB y, durante el procedimiento, su materialización cambiaba. ¿Estábamos frente a la misma BB denunciada?

Por ejemplo, se denunciaba "el requisito de presentar una copia legalizada del acta de constitución de la empresa para obtener una autorización de colocación de anuncios publicitarios en la vía pública, materializada en la Ordenanza N° 15-09". La denuncia era admitida y luego de correr traslado, la municipalidad denunciada derogaba la Ordenanza N° 15-09 por la Ordenanza N° 10-10, que mantiene exactamente el mismo requisito para el mismo procedimiento. ¿Al momento de cambiar la materialización estábamos frente a una BB distinta? Después de todo, al desaparecer uno de los elementos caracterizadores de la BB

(su materialización, en la disposición que fue derogada) el requisito cuestionado se alejaba de la definición legal de BB, con lo cual el Indecopi perdería competencia para conocer la BB materializada en la Ordenanza N° 15-09, mientras que la BB materializada en la Ordenanza N° 10-10, no había sido denunciada.

Partiendo de la premisa anterior, algunos consideraban que esta circunstancia ameritaba concluir el procedimiento por haberse producido la sustracción de la materia, en la medida que la BB denunciada dejó de existir, sin perjuicio de que el afectado pueda denunciar en el futuro la nueva BB (mismo requisito materializado en otra disposición). Para este grupo de personas, las BB son estructuras pétreas y cualquier modificación en la materialización importa su desaparición. Esta interpretación se fundamentaba únicamente en la definición legal de BB que propiciaba la lectura conjunta del Artículo 26°BIS del Decreto Ley N° 25868 y del Artículo 2° de la Ley N° 28996, sin tener en cuenta alguna otra consideración.

Para otros, entre los cuales nos encontramos, en este tipo de situaciones debía interpretarse que la materialización (en el ejemplo, la Ordenanza N° 15-09) solo servía para demostrar la existencia de la BB que aún se mantendría viva, ya que solo había cambiado en la forma pero no en el fondo. Esta interpretación flexible asume que la BB es capaz de "flotar y trasladarse de una materialización a otra", sin que ello implique perder su existencia en el trayecto.

Esta interpretación no pierde de vista la definición legal de BB, pero además toma en consideración la finalidad del mecanismo de EBB&SA, esto es, fomentar la competitividad y disminuir a tramitología a su mínima expresión. Para eso se creó el mecanismo de EBB&SA y cualquier interpretación debe estar orientada en ese sentido.

Asimismo, esta interpretación respeta el principio de tutela efectiva de los derechos del administrado, y el principio de informalismo que rige en los procedimientos administrativos, según el cual las normas del procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

> **En virtud de este principio bastaría, en todo caso, con correrle traslado a la entidad para que se defienda sobre la nueva disposición y de ese modo garantizar el derecho de defensa de la denunciada, pero sin perder de vista el interés del denunciante de analizar la medida cuestionada y, por supuesto, la finalidad del mecanismo.**

Bajo este último enfoque, el Tribunal del Indecopi ("TDC")[1] ya había fijado una postura en la Resolución N° 182-97-TDC, en los siguientes términos:

> "Carecería de sentido dotar a la Comisión de las atribuciones que le confiere el artículo 26BIS del Decreto Ley N°25868, si la autoridad denunciada pudiera eludir el cumplimiento de sus obligaciones frente a la ley emitiendo, por ejemplo, medidas idénticas o similares a la impugnada, a través de nuevas resoluciones o actos administrativos de fecha posterior al inicio del procedimiento, que deroguen

aquéllos que han sido cuestionados.

Siguiendo este razonamiento, la Comisión se encuentra facultada a otorgar eficacia a sus pronunciamientos en el tiempo, atendiendo al principio de tutela efectiva de los derechos del administrado, precisando que la exigencia concreta impuesta sobre el denunciante es inválida, aun cuando la autoridad denunciada sustituyera el acto administrativo cuestionado por uno igual de similar contenido - en los casos de barreras burocráticas ilícitas y a la vez irracionales - o aun cuando utilizara el mecanismo legal idóneo - en los casos de barreras burocráticas ilegales por vicios de forma .

Es por tales motivos que resulta improcedente el pedido de archivamiento por sustracción de la materia planteado por la Municipalidad, ya que, en aplicación del principio de tutela efectiva de los derechos del administrado, la Sala se encuentra obligada a emitir un pronunciamiento sobre la barrera específica objeto de análisis en este caso - esto es, la exigencia concreta impuesta a la denunciante de pintar sus taxis de amarillo y negro -, no obstante que el Decreto de Alcaldía N°023-96-MPT ha sido derogado y sustituido por la Ordenanza Municipal N° 07-97-MPT."

Criterio similar fue asumido por la CEB en Resolución N° 0149-2013/CEB-INDECOPI[2], en la que se analizó una restricción horaria cuya materialización (a través de una ordenanza) fue modificada en el transcurso del procedimiento:

"Al respecto, cabe tener en cuenta que en el presente caso se ha cuestionado la restricción de horarios que le impide al denunciante desarrollar sus actividades económicas bajo las mismas condiciones en las que le fue concedida su licencia de funcionamiento.

Si bien la Ordenanza Municipal N° 013-2012-CM/MDP, que según el denunciante, contenía la barrera burocrática cuestionada, ha sido modificada por la Ordenanza Municipal N° 008-2013-CM-MDP, dicha modificación no cambia el hecho de que el denunciante siga estando sometido a una restricción de horarios que le impida desarrollar sus actividades económicas bajo las mismas condiciones en las que le fue concedida su licencia de funcionamiento.

Lo anterior se advierte no solo de lo expresado en su escrito de fecha 25 de marzo de 2013 por el propio denunciante afectado, sino también del siguiente cuadro comparativo:

Día	Ordenanza al amparo de la cual se concedió la autorización (10-SO-2006-MDP)	Ordenanza Denunciada (013-2012-CM/MDP)	Ordenanza Denunciada (008-2013-CM/MDP)
Domingos	8:00 hrs. - 3:00 hrs. del día siguiente	12:00 hrs. - 23:00 hrs.	19:00 hrs. - 24:00 hrs.
Lunes	8:00 hrs. - 3:00 hrs. del día siguiente	12:00 hrs. - 24:00 hrs.	19:00 hrs. - 24:00 hrs.
Martes	8:00 hrs. - 3:00 hrs. del día siguiente	12:00 hrs. - 24:00 hrs.	19:00 hrs. - 24:00 hrs.
Miércoles	8:00 hrs. - 3:00 hrs. del día siguiente	12:00 hrs. - 24:00 hrs.	19:00 hrs. - 24:00 hrs.
Jueves	8:00 hrs. - 3:00 hrs. del día siguiente	12:00 hrs. - 24:00 hrs.	19:00 hrs. - 3:00 hrs. del día siguiente
Viernes	8:00 hrs. - 3:00 hrs. del día siguiente	12:00 hrs. - 3:00 hrs. del día siguiente	19:00 hrs. - 3:00 hrs. del día siguiente
Sábado	8:00 hrs. - 3:00 hrs. del día siguiente	12:00 hrs. - 3:00 hrs. del día siguiente	19:00 hrs. - 3:00 hrs. del día siguiente
Feriados	8:00 hrs. - 3:00 hrs. del día siguiente	12:00 hrs. - 3:00 hrs. del día siguiente	19:00 hrs. - 3:00 hrs. del día siguiente

1 La Resolución N° 182-97-TDC del 16 de julio de 1997, publicada el 20 de agosto del mismo año, establece un precedente de observancia obligatoria sobre la metodología de análisis que se debe realizar a efectos de analizar la legalidad y/o carencia de razonabilidad de una BB. En dicha resolución se debatió si correspondía concluir el procedimiento por sustracción de la materia o resolver el caso. El criterio asumido sobre este particular, no forma parte del mandato vinculante, pero sí es una interpretación asumida por el TDC en su oportunidad.

2 Confirmada por el TDC del Indecopi mediante Resolución N° 0403-2014/SDC-INDECOPI.

> De ese modo, se advierte que las barreras burocráticas denunciadas no han desaparecido con la publicación de la Ordenanza Municipal N° 008-2013-CM-MDP, por lo que corresponde analizar la legalidad y razonabilidad de esta disposición.
>
> Un criterio distinto podría incentivar a las autoridades a modificar sus disposiciones cada vez que algún particular las cuestione, para alegar con ello la sustracción de la materia y evitar un pronunciamiento respecto de la materia controvertida"[3]

Sin embargo, este no es un criterio necesariamente estable frente a todas las situaciones posibles. Por ejemplo, si se declara BB carente de razonabilidad la exigencia de contar con un límite de antigüedad de vehículos para acceder al mercado de transporte terrestre, materializada en un decreto supremo, que para los efectos de este ejemplo signaremos con el número 111-2011-MTC. Imaginemos que la razón por la cual el Indecopi declaró que la medida carecía de razonabilidad, es que durante el procedimiento la entidad no acreditó haber efectuado un estudio que demuestre que los costos de implementar la medida son menores a los beneficios esperados de la regulación. En consecuencia, se dispuso su inaplicación al caso concreto del denunciante. Supongamos que luego de que la resolución quedara firme la entidad reemplaza el Decreto Supremo N° 111-2011-MTC por el Decreto Supremo N° 222-2012-MTC que contiene la misma medida, que vuelve a ser aplicada al denunciante en un acto posterior. El afectado, solicita una sanción por incumplimiento del mandato de inaplicación de la BB declarada carente de razonabilidad (Ley N° 30056, 2013).

En este caso, ¿se podría considerar que la BB es la misma y en consecuencia iniciar un procedimiento sancionador por incumplimiento de mandato? Si la respuesta es afirmativa, se podrían imponer sanciones pese a que en el procedimiento principal se analizó la razonabilidad del Supremo N° 111-2011-MTC y no del Decreto Supremo N° 222-2012-MTC, el cual sí podría contar con un estudio previo que acredite que los costos de implementar la medida son menores a sus beneficios, aspecto que corresponde ser evaluado en el procedimiento respectivo. En cambio, si la respuesta es negativa se estaría reconociendo que el cambio de materialización importa la desaparición de la BB, validando así, la postura de las "BB pétreas".

Por lo general, esta situación se presentaría únicamente cuando la carencia de razonabilidad fue motivada por (i) la falta de presentación de información por parte de la entidad, (ii) cuando no se acredite contar con (ii.a) un análisis costo-beneficio satisfactorio o (ii.b) un análisis satisfactorio que demuestre que la medida denunciada es la menos gravosa.

Pero si la carencia de razonabilidad es producto de (i) la falta de un interés público (de competencia de la entidad)

3 Criterio similar se adoptó en la Resolución N° 182-97-TDC que declaró "improcedente el pedido de archivamiento por sustracción de la materia planteado por la Municipalidad, ya que, en aplicación del principio de tutela efectiva de los derechos del administrad, la Sala se encuentra obligada a emitir un pronunciamiento sobre la barrera específica objeto de análisis (...)". En aquella oportunidad, el Tribunal precisó que: "Carecería de sentido dotar a la Comisión de las atribuciones que le confiere el artículo 26BIS del Decreto Ley N°25868, si la autoridad denunciada pudiera eludir el cumplimiento de sus obligaciones frente a la ley emitiendo, por ejemplo, medidas idénticas o similares a la impugnada, a través de nuevas resoluciones o actos administrativos de fecha posterior al inicio del procedimiento, que deroguen aquéllos que han sido cuestionados.

Siguiendo este razonamiento, la Comisión se encuentra facultada a otorgar eficacia a sus pronunciamientos en el tiempo, atendiendo al principio de tutela efectiva de los derechos del administrado, precisando que la exigencia concreta impuesta sobre el denunciante es inválida, aun cuando la autoridad denunciada sustituyera el acto administrativo cuestionado por uno igual de similar contenido - en los casos de barreras burocráticas ilícitas y a la vez irracionales -o aun cuando utilizara el mecanismo legal idóneo - en los casos de barreras burocráticas ilegales por vicios de forma- (...)."

aquejado por un problema o de (ii) la inidoneidad de la medida para solucionar dicho problema; la tesis de las "BB flotantes" aplica como siempre.

La mayoría de estas dudas quedaron despejadas cuando el Decreto Legislativo N° 1256,numeral 3 del Artículo 3°, diferencia entre la definición de BB de su forma de materialización (en el numeral 4 del Artículo 3)[4]. Con esta distinción normativa, el legislador desvincula con acierto el concepto de BB de su forma de materialización y se confirma la tesis de la "BB flotante".

Así, a modo ilustrativo podemos afirmar con absoluta certeza que la materialización es el vehículo (corpus mechanicum) a través del cual una BB (corpus mysticum) puede ser percibida. Hoy más que nunca, queda claro entonces, que la forma de materialización de una BB, no forma parte de los elementos constitutivos del concepto. Y esta distinción es el punto de partida de todo lo que viene a continuación...

2. Clasificación de las barreras burocráticas.

Las BB pueden ser clasificadas en función a distintos criterios. Algunos estos criterios fluyen del ordenamiento jurídico y otros han sido delineados correctamente por la jurisprudencia administrativa y en algún caso, por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi con fines metodológicos de costeo. Así, tenemos que:

1. En función a los efectos que generan, las BB se clasifican en:

a) BB que afectan el desarrollo de las actividades económicas.- Estas a su vez se sub-clasifican en:

- BB de acceso al mercado.- Son aquellas restricciones que le impiden u obstaculizan a los agentes económicos (es necesario que se realice o pretenda realizar una actividad económica), el ingreso a un mercado o iniciar actividades. Por ejemplo: la exigencia de tramitar una licencia de funcionamiento; la exigencia de obtener un Registro Único de Contribuyentes; la exigencia de constituir una empresa y registrarla en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos; la exigencia de obtener registros sanitarios o autorizaciones sectoriales para iniciar actividades económicas; etc.

- BB de permanencia en el mercado.- Son aquellas restricciones que le dificultan a los agentes económicos (es necesario que se realice una actividad económica), mantenerse en un mercado. Por ejemplo: la exigencia de tramitar una renovación de la licencia de funcionamiento; un cambio en la zonificación del distrito; nuevos límites a la antigüedad de los vehículos; restricciones de horario para funcionamiento de locales (conocidos como "Plan Zanahoria"); etc.

b) BB que afectan las normas y principios de simplificación administrativa.- son aquellas restricciones que dificultan, entorpecen o vuelven engorrosos los trámites administrativos, no solo para los agentes económicos sino también para los ciudadanos en general (no es necesario que realicen una actividad económica). Por ejemplo: los procedimientos para la obtención del Documento Nacional de

4 Decreto Legislativo N° 1256
Artículo 3°.- Definiciones
Para efectos de la presente ley, debe tenerse en cuenta las siguientes definiciones:
(...)
4. Formas de materialización: las barreras burocráticas se materializan a través de actos administrativos, disposiciones administrativas y/o actuaciones materiales.
(...)

Identidad, pasaporte, título profesional ante una universidad, certificados de posesión de inmuebles; los derechos de tramitación; desconocimiento del silencio administrativo positivo; etc.

Este criterio de clasificación surge originalmente del Artículo 26°BIS del Decreto Ley N° 25868 concordado con el Artículo 23° del Decreto Legislativo N° 1033 y el Artículo 48° de la Ley N° 27444. Hoy en día el criterio se encuentra principalmente en el numeral 3) del Artículo 3° Decreto Legislativo N° 1256 (entre otros) y en el Artículo 23° del Decreto Legislativo N° 1033.

2. En función al grado de inmediatez en que produce sus efectos, las BB se clasifican en:

a) BB directas.- Son aquellas que afectan de manera directa al administrado denunciante, por cuanto las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones o cobros recaen sobre el propio agente económico que cuestiona la BB.

b) BB indirectas.- Son aquellas que afectan de manera indirecta al administrado denunciante, por cuanto las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones o cobros no recaen directamente sobre el propio agente económico que cuestiona la barrera burocrática, sino sobre sus clientes, con lo cual se generan efectos igualmente negativos o perjudiciales para el denunciante (si sus clientes no le compran el denunciante no vende).

El alcance indirecto de la BB, supone que el elemento trascendente de su definición viene dado por los efectos perjudiciales que la media produce sobre el empresario denunciante [Resolución N° 1556-2012/SC1-INDECOPI]. Y es que, el "correcto funcionamiento del mercado depende de la libre interacción de la oferta y la demanda y, desde ese punto de vista, es evidente que los agentes económicos que participan en el mercado proveyendo bienes y servicios verán limitada su libertad de empresa no solo cuando se impongan requisitos que establezcan condiciones para la permanencia o entrada de los agentes que participan del lado de la oferta, sino también cuando estos requisitos se exijan a los consumidores que componen la demanda, restringiendo con ello la capacidad que tienen de interactuar en el mercado y contratar los servicios o bienes ofrecidos por los empresarios" [Resolución N° 1556-2012/SC1-INDECOPI].

Este criterio de clasificación ha sido correctamente delineado por la jurisprudencia administrativa[5].

3. En función al motivo de su eliminación, las BB se clasifican en:

a) BB ilegales.- Son aquellas exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones o cobros que contravienen (ya sea directa o indirectamente) una norma con rango de ley.

b) BB carentes de razonabilidad.- Son aquellas exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones o cobros que carecen de una justificación amparada en el interés público, una sustentación satisfactoria o no son una elección eficiente.

Este es otro de los criterios de clasificación que originalmente derivó de la legislación, en particular, el Artículo 26°BIS del Decreto Ley N° 25868, desarrollado por el precedente de observancia obligatoria sancionado por Resolución N° 182-97-TDC; y, el Artículo 23° del Decreto Legislativo N° 1033. Hoy

5 Revisar Resoluciones N° 1026-2012/SDC1 y N° 1556-2012/SC1-INDECOPI.

en día esta clasificación deriva del Decreto Legislativo N° 1256 (Título II- Capítulo II).

4. En función al tipo de impacto económico que genera su cumplimiento por parte de las empresas y ciudadanos afectados, las BB se clasifican en:

a) BB de Requerimiento.- Son aquellas exigencias, requisitos y cobros que generan costos directos susceptibles de ser cuantificados bajo el Modelo de Costos Estándar[6]. Por ejemplo, requerimientos administrativos, exigencia de niveles mínimos de inversión o el pago de tasas administrativas.

b) BB de Impedimento.- Son aquellas prohibiciones o limitaciones que irrogan costos indirectos o de oportunidad (pérdida de ingresos o mayores costos operativos) que se calculan con el costo financiero. Por ejemplo, plazos de respuesta a solicitudes, prohibiciones (totales o parciales) de realizar actividades económicas o suspensión de autorizaciones o de procedimientos administrativos.

Este criterio fue introducido en enero de 2019 por la Gerencia de estudios económicos del Indecopi en el documento de trabajo titulado "Propuesta metodológica para la estimación de los costos económicos por la imposición de barreras burocráticas ilegales o irracionales en el Perú"[7], con la finalidad de costear barreras burocráticas que son eliminadas con el mecanismo de EBB&SA.

5. Pero el criterio de clasificación que nos interesa para efectos del presente artículo es el que se basa en el modo en que las BB han sido cuestionadas. Desde hace muchos años atrás el TDC, en su condición de segunda y última instancia administrativa, ha reconocido que los denunciantes pueden cuestionar las BB en "concreto" o en "abstracto". Así, desde la jurisprudencia[8] se delineó con acierto una de las primeras formas de clasificación de BB del siguiente modo:

a) BB cuestionadas en concreto: El denunciante encuentra la BB en el marco de un procedimiento administrativo que sigue ante la entidad denunciada. En este tipo de casos, la CEB debe evaluar la legalidad y razonabilidad de la presunta BB aplicada concretamente en dicho procedimiento administrativo. Por lo general, la BB se encontraría contenida (o materializada) en actuaciones materiales que recaen sobre un administrado en particular o en actos administrativos que por definición son emitidos en el marco de un procedimiento administrativo con efectos jurídicos particulares. Pero la BB (como objeto distinto al instrumento de materialización que lo contiene) también podría encontrarse en alguna disposición administrativa aplicada al denunciante en un procedimiento administrativo a través

5 Revisar Resoluciones N° 1026-2012/SDC1 y N° 1556-2012/SC1-INDECOPI.

6 Metodología para cuantificar el impacto en las empresas de la regulación, desarrollada por el Ministerio de Hacienda de Países Bajos.

7 Documento de Trabajo elaborado por: Jorge Trelles Cassinelli (Gerente de Estudios Económicos), Rodolfo Tupayachi Romero (Sub Gerente de Estudios Económicos), Yazmin Zárate Sheen (Ejecutivo 1), Jonathan Chanamé Salas (Ejecutivo 2) y Christian Fernández Polo (Profesional en Economía).

8 Revisar Resolución N° 0021-2008/SC1-INDECOPI, Resolución N° 1286-2008/TDC-INDECOPI, Resolución N° 1456-2008/TDC-INDECOPI, Resolución N° 1799-2008/TDC-INDECOPI, Resolución N° 0089-2009/SC1-INDECOPI, Resolución N° 0193-2009/CEB-INDECOPI, Resolución N° 0055-2012/CEB-INDECOPI.

de un acto administrativo o actuación material.

b) BB cuestionadas en abstracto: El denunciante encuentra la BB fuera de un procedimiento administrativo. En este caso, la CEB debe analizar la legalidad y razonabilidad de la medida, abstrayéndose de cualquier caso particular. Suelen ser cuestionamientos que recaen sobre BB contenidas en normas administrativas (abstractas por definición) sin que se verifique alguna aplicación al caso específico de la parte denunciante en el marco de un procedimiento administrativo concreto. En principio también debería ser posible cuestionar en abstracto, las BB que se encuentran materializadas en actuaciones materiales de la entidad, siempre que no se encuentren dentro de un procedimiento administrativo específico. Por ejemplo, las comunicaciones públicas efectuadas a través de una página web o folletos, a través de la cual se establecen exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones o cobros que aún no han sido impuestos al caso específico del denunciante. O condicionar de facto el tránsito de mercadería por determinada vía de circulación terrestre, al pago de un cobro municipal de modo tal que se limite el libre acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado (Decreto Supremo N° 156-2004-EF, 2004, art. 61)[9].

A modo informativo, conviene relevar que en los prolegómenos de esta clasificación una Municipalidad invocó un pronunciamiento anterior del TDC para alegar que en todo procedimiento se debía efectuar un cuestionamiento in abstracto respecto de las actuaciones y disposiciones de la Administración Pública. En respuesta, el TDC resolvió del siguiente modo:

> "Sobre el particular, esta Sala considera necesario precisar que dicho pronunciamiento tuvo por objeto delimitar la competencia de la Comisión en el sentido de que ésta no evalúa el acto administrativo emitido por la entidad denunciada, sino la barrera burocrática contenida en él pero de ningún modo se deberá entender por ello que las barreras burocráticas no pueden ser objeto de cuestionamiento en concreto de acuerdo a lo expuesto en el punto III.2 de la presente Resolución" (Resolución N° 1286-2008/TDC-INDECOPI).

En dicho pronunciamiento, el TDC no solo destaca que el Indecopi tiene competencias limitadas para conocer únicamente BB y no los medios de materialización en sí mismos, sino que reafirmó con la siguiente nota al pie, que las denuncias pueden ser cuestionadas tanto en concreto como en abstracto, reafirmando la definición de dichos conceptos:

El Punto III.2 al que se refiere la cita anterior señala:

> "21. El supuesto de sustracción de la materia en el procedimiento administrativo contra barreras burocráticas, se configura cuando en el

9 Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal

Artículo 61°.- Las Municipalidades no podrán imponer ningún tipo de tasa o contribución que grave la entrada, salida o tránsito de personas, bienes, mercadería, productos y animales en el territorio nacional o que limiten el libre acceso al mercado.

En virtud de lo establecido por el párrafo precedente, no es permitido el cobro por pesaje; fumigación; o el cargo al usuario por el uso de vías, puentes y obras de infraestructura; ni ninguna otra carga que impida el libre acceso a los mercados y la libre comercialización en el territorio nacional.

El incumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo genera responsabilidad administrativa y penal en el Gerente de Rentas o quien haga sus veces.

Las personas que se consideren afectadas por tributos municipales que contravengan lo dispuesto en el presente artículo podrán recurrir a la Defensoría del Pueblo y al Ministerio Público. Cuando los referidos tributos limiten el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado, por constituir barreras burocráticas, podrán ser conocidas por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

transcurso del procedimiento y antes que la instancia haya emitido pronunciamiento definitivo, la barrera burocrática cuestionada por el denunciante desaparece. En tal sentido, para evaluar si ha operado la sustracción de la materia en un caso concreto, es necesario definir con precisión cuál es la barrera burocrática que el denunciante persigue que se le inaplique con su accionar ante Indecopi, es decir, cuál es la materia controvertida del procedimiento.

22. El cuestionamiento a barreras burocráticas puede ser realizado en dos escenarios distintos: en concreto y en abstracto. Es en función de éstos que se determina la materia controvertida y con ello, si se configura o no el supuesto de sustracción de la materia en cada procedimiento iniciado por denuncia de parte ante la Comisión.

23. En el cuestionamiento en concreto, el denunciante encuentra una barrera burocrática en el marco de un procedimiento administrativo y, por ende, el análisis de la Comisión consistirá en realizar una evaluación en concreto de la legalidad y racionalidad de la barrera burocrática aplicada en dicho procedimiento administrativo. Ejemplos para este cuestionamiento serían la negativa al otorgamiento de cierta autorización o la notificación de determinada exigencia presuntamente a cargo del denunciante.

24. En el cuestionamiento en abstracto, el denunciante encuentra una barrera burocrática fuera de un procedimiento administrativo, con lo cual el análisis de la Comisión consistirá en realizar una evaluación en abstracto de la legalidad y racionalidad de la barrera burocrática denunciada. Este sería el caso, por ejemplo, de un agente económico que pretende iniciar actividades en el país y que, al tomar conocimiento de la existencia de una disposición emanada por la Administración Pública, decide previamente accionar contra ella ante la Comisión.

25. De acuerdo a ello, en el cuestionamiento en concreto el supuesto de sustracción de la materia se verá configurado cuando cese la aplicación de la barrera burocrática en el procedimiento administrativo que la materializaba. En el cuestionamiento en abstracto, en cambio, operará la sustracción de la materia cuando la barrera burocrática denunciada desaparezca, por haber perdido vigencia la norma que la contenía o por haber sufrido ésta una modificación que la elimina de su articulado" (Resolución N° 1286-2008/TDC-INDECOPI). (Énfasis añadido).

3. Relevancia práctica de la distinción entre "concreto" y "abstracto"

La clasificación de "concreto" y "abstracto" es particularmente útil para determinar la materia controvertida y a partir de ello (i) definir la procedencia o improcedencia de una denuncia, (ii) identificar cuál es el tipo de análisis requerido para resolver una controversia o (iii) verificar si se configura un supuesto de sustracción de la materia:

1. Para definir la procedencia o improcedencia de una denuncia.- Para que una denuncia en "concreto" sea procedente es necesario que la medida cuestionada se encuentre surtiendo efectos sobre la situación jurídica particular del denunciante. Cuando la denuncia se formula en "abstracto", es necesario que su instrumento de materialización se encuentre vigente y

con ello afecte el acceso o permanencia de los administrados, sea de manera real o potencial.

2. Para identificar cuál es el tipo de análisis requerido para resolver la controversia.- Cuando la denuncia se ha formulado en "concreto" el análisis de legalidad y razonabilidad toma en cuenta, en forma respectiva, el marco legal y las circunstancias vigentes al momento en que se impuso la BB al caso particular del denunciante (evaluación en concreto de legalidad y razonabilidad). En cambio, en las denuncias planteadas en "abstracto", el análisis de legalidad por compatibilidad y el análisis de razonabilidad se realizan sobre la base del marco legal y las circunstancias vigentes al momento en que el Indecopi emite un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia (evaluación en abstracto de legalidad y razonabilidad).

En este punto cabe precisar que el análisis de legalidad de una BB presenta tres aspectos: (i) el análisis de competencias y atribuciones de la entidad para emitir la BB, (ii) el análisis de observancia del procedimiento y forma para la emisión de la disposición que materializa la BB, y (iii) el análisis de compatibilidad de la BB con el resto del ordenamiento jurídico. En estricto, solo este último puede ser realizado a la luz del marco legal y las circunstancias vigentes al momento en que el Indecopi emite un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia. Y es que, en los otros dos tipos de análisis de legalidad, dicho criterio devendría en un despropósito jurídico.

Piénsese en una BB emitida en el año 2000 por la autoridad "A" que hoy en día carece de las competencias que por aquel entonces ostentaba. Cuando dicha medida es denunciada en abstracto en el año 2019, analizar su legalidad sobre la base de las normas vigentes al día de hoy, daría como resultado que se declare que la BB es ilegal por falta de competencias de la autoridad que la emitió, pese a que cuando lo hizo sí tenía competencias suficientes para ello. Este razonamiento implicaría que, si una autoridad pierde competencias (porque fue absorbida por otra entidad o su función trasladada), toda la labor que realizó tendría que desaparecer, pues se interpretaría que el íntegro de las medidas que emitió, cayeron en desgracia jurídica y devinieron en ilegales. Problemática semejante presenta el análisis de observancia del procedimiento y forma para emitir una BB.

3. Para la sustracción de la materia.- En el cuestionamiento en "concreto" el supuesto de sustracción de la materia se verá configurado cuando cese la aplicación de la BB en el procedimiento administrativo en el cual el denunciante encontraba la medida. En el cuestionamiento en "abstracto", en cambio, operará la sustracción de la materia cuando la BB denunciada desaparece, lo que significa que por lo general la norma que la contenía ha perdido vigencia o sufrió una modificación que la elimina de su articulado.

Fluye de lo anterior, la importancia de reconocer que la decisión de cuestionar una BB en "concreto" o en "abstracto", le corresponde al denunciante en ejercicio libre de su derecho constitucional de acción y con fin de estructurar su propia estrategia de defensa. Como es lógico, dicha decisión del denunciante se encuentra condicionada a la disponibilidad de actos, disposiciones o actuaciones materiales que se encuentren dentro o fuera de un procedimiento

administrativo.

> **Por ello, si bien por el principio de oficialidad y el principio de encausamiento (Decreto Legislativo N° 1256, 2016, art. 4) la CEB o el TDC pueden encauzar los procedimientos o corregir algún error subsanable incurrido por las partes (por ejemplo, cuando se alega equivocadamente que la denuncia se plantea en "concreto" cuando en realidad la BB no se encuentra dentro de ningún procedimiento administrativo), dicho impulso no debe llegar al grado de distorsionar o modificar las denuncias planteadas, pues ello podría gatillar resultados insospechados para el denunciante, quien podría terminar en una situación de indefensión.**

4. Relevancia práctica de la distinción entre "concreto" y "abstracto"

La clasificación objeto de estudio en el presente artículo, no recurre a los términos concreto y abstracto en forma gratuita. El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española de la Lengua define a dichos términos del siguiente modo:

"concreto, ta

Del lat. concrétus.
1. adj. Dicho de un objeto: Considerado en sí mismo, particularmente en oposición a lo abstracto y general, con exclusión de cuanto pueda serle extraño o accesorio.
2. adj. Sólido, compacto, material.
3. adj. Dicho de una cosa: Que resulta de un proceso de concreción.
4. adj. Preciso, determinado, sin vaguedad.

en concreto
1. loc. adv. De un modo concreto.

abstracto, ta

Del lat. abstractus.
1. adj. Que significa alguna cualidad con exclusión del sujeto.
2. adj. Dicho de una obra de arte o de un artista: Que sigue el arte abstracto.

en abstracto
1. loc. adv. Con separación o exclusión del sujeto en quien se halla cualquier cualidad."

A partir de lo anterior, es coherente pues que se considere que un cuestionamiento ha sido planteado en "concreto" cuando el denunciante encuentra la BB en el marco de un procedimiento administrativo respeto del cual él es el protagonista; mientras que se considera que el cuestionamiento en "abstracto" se presenta cuando la BB es ajena a una persona en particular.

Si bien –como se ha manifestado– lo usual es que, en las denuncias en "concreto" la BB se materialice en un acto, mientras que en las denuncias en "abstracto" el instrumento que materializa la imposición suela ser una disposición; eso no quiere decir que esta coincidencia se presente en todos los casos, ni mucho menos que sea su aspecto definitorio. Este es un matiz muy sutil que con la práctica está quedando peligrosamente asentada y que debemos advertir y corregir, por el bien de esta neo disciplina jurídica; pero sobre todo, por el bien de los agentes económicos y administrados a los que el Indecopi tutela con esta materia.

El mecanismo de EBB&SA como disciplina jurídica en formación debe ser protegido

frente a las distorsiones que socavan sus instituciones y conceptos básicos; o en todo caso, mejorarlos. Desafortunadamente, ya desde hace algún tiempo, algunos operadores del derecho han tomado una circunstancia frecuente (la forma de materialización), como el aspecto definitorio en la determinación de si una barrera ha sido cuestionada en "concreto" o en "abstracto".

No es extraño que se afirme con ligereza que, al denunciar un acto, necesariamente se ha planteado un cuestionamiento en "concreto" y al cuestionar una disposición la denuncia ha sido formulada en "abstracto", sin importar si es que dicha disposición sea aplicada al caso concreto del denunciante en el marco de un procedimiento administrativo, o no.

Uno de los primeros rastros que podemos encontrar de la distorsión, se encuentra en la Resolución N° 0203-2011/SC1-INDECOPI, cuando define que una denuncia ha sido cuestionada en abstracto debido a su forma de materialización:

> "18. Dado que la denuncia interpuesta por Interseguro es en abstracto pues cuestiona la suspensión contenida en el artículo primero de la Ordenanza 321-MDJM y no un acto en concreto; y, no se ha acreditado que el artículo antes referido haya sido derogado, modificado o dejado sin efecto, no es posible que se produzca un supuesto de sustracción de la materia." (Énfasis añadido)

Al no hacer referencia a la noción de "dentro/fuera" de un procedimiento, sino de acto/disposición, se incurre en uno de los primeros errores que, aunque muy pequeños al principio, poco a poco fueron ocupando mayor protagonismo hasta llegar a la distorsión actual.

Otro de los primeros pronunciamientos que encontramos en el que se reconoce en forma expresa (y equivocada) que la forma de materialización de la BB es el criterio definitorio de concreto y abstracto, es la Resolución N° 0204-2011/SC1-INDECOPI:

"10. De acuerdo a lo señalado por esta Sala en diversos pronunciamientos[10], las denuncias por imposición de barreras burocráticas pueden ser realizadas en dos escenarios distintos: en concreto o en abstracto, dependiendo de dónde se encuentra materializada la barrera cuestionada.
(...)
12. Considerando que la denuncia presentada por la Marina de Guerra es en abstracto (cuestiona disposiciones administrativas y no actos)" (Énfasis añadido).

A partir de entonces, más casos del 2011 fueron emitidos con el mismo error (véase las Resoluciones N° 0796-2011/SC1-INDECOPI, N° 0450-2012/SC1-INDECOPI, N° 0796-2011/SC1-INDECOPI, N° 0921-2011/SC1-INDECOPI) y así, el error se fue arrastrando en años posteriores sin que nadie lo cuestionara.

La regla "concreto"/"abstracto" según se denuncie "acto"/"disposición", no es estable por lo que en algunos casos, el propio Indecopi ha tenido que establecer excepciones que no hacen sino complejizar más el mecanismo de manera innecesaria. Eso sucedió en la Resolución N° 0248-2016/SDC-INDECOPI:

> 14. En materia de barreras burocráticas y de acuerdo con lo señalado en la jurisprudencia de la Sala[11], las denuncias

10 Revisar resolución N° 1286-2008/TDC-INDECOPI del 27 de junio de 2008, Resolución N° 1456-2008/TDCINDECOPI del 25 de julio de 2008, Resolución N° 1799-2008/TDC-INDECOPI del 4 de setiembre de 2008, Resolución N° 0021-2008/SC1-INDECOPI del 6 de octubre de 2008 y Resolución N° 0066-2008/SC1- INDECOPI del 31 de octubre de 2008.

11 Al respecto ver: Resolución 1286-2008/TDC-INDECOPI del 27 de junio de 2008, Resolución 1456-2008/TDCINDECOPI del 25 de julio de 2008, Resolución 0462-2015/SDC-INDECOPI del 18 de agosto de 2015 y 042- 2016/SDC-INDECOPI del 25 de enero de 2016.

pueden ser de dos tipos. Por un lado, en concreto cuando la barrera burocrática denunciada (exigencia, requisito, prohibición y/o cobro) se encuentra materializada en un acto o actuación de la Administración Pública que tenga efectos jurídicos individuales o individualizables en los administrados. Por ejemplo, si se denuncia la exigencia del cumplimiento de ciertos requisitos ilegales a un administrado para obtener una autorización, contenido en un acto administrativo (resolución, proveído, entre otros) o una actuación de la Administración Pública.

15. De otro lado, en abstracto cuando la barrera burocrática cuestionada se encuentra materializada en una disposición (norma) con efectos generales, emitida por una entidad de la Administración Pública. De esta manera, tomando como referencia el ejemplo indicado en el párrafo anterior, en abstracto se denunciaría la creación de requisitos para la tramitación de una aprobación sectorial contenida en un reglamento aprobado por un decreto supremo o en una ordenanza municipal.

16. Este Colegiado considera pertinente precisar que también pueden existir cuestionamientos en concreto que se encuentren contenidos en disposiciones autoaplicativas[12]. En estos casos, los administrados no estarían pretendiendo discutir la exigencia, requisito, prohibición y/o cobro en sí mismos, sino que por ejemplo, podrían alegar el presunto desconocimiento de un derecho (autorización, permiso, habilitación, entre otros) a través de tal norma autoaplicativa, sin que la entidad denunciada haya cumplido con el procedimiento de revocación dispuesto en el artículo 203 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General"[13] (Énfasis añadido).

La distorsión es de tal magnitud, que algunos podrían creer que estamos frente a un cambio de criterio. Pero como se desarrolla a continuación, esta no puede ser tomada como una hipótesis válida.

- **¿Estamos frente a un cambio de criterio?**

El derecho que rige en el mecanismo de EBB&SA, como cualquier área del derecho, es una creación intelectual, humana e inmaterial y como tal no cuenta de conceptos inmutables. En principio, todo puede ser modificado, corregido o mejorado. El límite lo trazan dos aspectos: (i) la coherencia con el resto del marco legal y (ii) la eficiencia. Qué duda cabe de que las modificaciones que generen inconsistencias (contradicciones o divergencias) al interior del ordenamiento jurídico o que intensifique innecesariamente el uso de recursos, deben ser desechadas. La mala noticia es que esta frontera es tácita y en más de una ocasión, imperceptible para el generador del derecho.

Vistas así las cosas, la jurisprudencia del Indecopi, que sentó las bases del derecho de EBB&SA, bien podría virar el timón de derecha a izquierda según el leal y saber entender de los comisionados o vocales que en legítimo ejercicio de sus competencias asumen criterios resolutivos motivados, sobre la base de su discrecionalidad administrativa. Y si dicha modificación (i) no genera inconsistencias con el ordenamiento jurídico y (ii) resulta eficiente, cualquier crítica negativa al nuevo criterio podría asemejarse a un mero capricho y no debería ser tomada con demasiada seriedad.

Pero ese no es el caso que nos ocupa. En los siguientes párrafos se demuestra que la distorsión de los conceptos "concreto"

12 Revisar resolución del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente 01893-2009-PA/TC

13 A manera de ejemplo se puede ver la Resolución 0552-2015/SDC-INDECOPI del 13 de octubre de 2015.

y "abstracto" no responde a un cambio de criterio en la línea jurisprudencial del Indecopi, toda vez que:

- Dicha alternativa genera inconsistencias con el ordenamiento jurídico y desnaturaliza las nociones básicas de esta disciplina jurídica en formación; y,

- De las propias resoluciones de Indecopi (que por lo demás, carecen de motivación que refleje una intención de cambio) se evidencia que estamos frente a un error.

- *La definición de "concreto" y "abstracto" según la forma de materialización de la BB es una postura que genera inconsistencias con el ordenamiento jurídico y desnaturaliza las nociones básicas de esta disciplina jurídica en formación*

Primero: se desconoce la distinción entre el concepto de BB y su materialización

La distinción jurídica entre el concepto de BB y su forma de materialización, reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, es incongruente con la consideración de que la forma de materialización constituye el criterio que define si es que una BB ha sido cuestionada en "concreto" o en "abstracto".

Cada vez que se afirma que una BB ha sido denunciada en "concreto" porque el tipo de imposición (exigencia, requisito, limitación, prohibición o cobro) se encuentra materializado en un acto administrativo; o, que la denuncia ha sido planteada en "abstracto" porque la BB se materializa en una disposición (norma); se está reconociendo implícitamente (y en forma ilegal[14]) que la materialización es un elemento constitutivo del concepto de BB, lo cual colisiona con la lógica del Decreto Legislativo N° 1256, que reafirma con acierto, la tesis de la "BB flotante" cumpliendo su rol tuitivo para el agente económico y los ciudadanos, a fin de satisfacer con el cometido último del mecanismo de EBB&SA: fomentar la competitividad y disminuir la tramitología.

No se puede perder de vista que al denunciar una BB se está atacando un corpus mysticum, es decir, una imposición[15] emitida por una entidad en ejercicio de su función administrativa, dirigida a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa.

> **En ningún caso sería jurídicamente posible alegar que lo que el denunciante quiere atacar es un acto administrativo, una actuación material o una norma administrativa. Esto último solo es el corpus mechanicum a través del cual el corpus mysticum se hace materia (se materializa), y nunca podría ser considerado como el fin del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.**

Para plantear cuestionamientos sobre normas, actos administrativos y actuaciones materiales existen otras vías procedimentales especiales, como por ejemplo, la acción popular o el proceso contencioso administrativo o de inconstitucionalidad para el caso de ordenanzas. El mecanismo de EBB&SA no es una vía procesal adecuada para cuestionar normas, actos administrativos y actuaciones materiales. Por lo mismo, la

14 Contraviniendo los numerales 3) y 4) del Artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1256.2016.
15 Sea exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro.

finalidad del mecanismo de EBB&SA no es inaplicar normas, actos administrativos o actuaciones materiales (corpus mechanicum), sino BB (corpus mysticum) materializadas en una forma jurídica determinada[16].

De ahí que lo correcto sea afirmar que las BB denunciadas en "concreto" o en "abstracto", solo identifican el contexto en cual el corpus mysticum existe (dentro o fuera de un procedimiento administrativo[17]) pero en ningún caso, que lo que se pretende cuestionar es el corpus mechanicum en sí mismo.

Cuando se incurre en el error objeto de estudio en este artículo, y se le brinda mayor relevancia al corpus mechanicum antes que al corpus mysticum, se presentan distorsiones como las ya comentadas en las que por ejemplo, pese a existir una BB que afecta al directamente denunciante, el TDC termina por desconocer la existencia de dicha medida afectando el derecho de acción de los agentes económicos y la tutela efectiva de sus derechos económicos constitucionalmente reconocidos, como son la libre iniciativa privada y la libertad de empresa.

Segundo: la inexistencia de denuncias "mixtas"

Dicho lo anterior, es fácil entender que no resulta posible que existan BB denunciadas en "concreto" y también en "abstracto" (como una suerte de denuncia "mixta"). Este error de percepción solo es posible bajo el equívoco enfoque de que la materialización es el elemento que define si una denuncia ha sido planteada en "concreto" o en "abstracto". Pero con la aplicación correcta de los conceptos "concreto"/"abstracto" en función al criterio "dentro"/"fuera" de un procedimiento, la denuncia solo puede ser presentada en una sola forma: o bien se denuncia una BB en "concreto" (si la BB se encuentra dentro del procedimiento administrativo), o bien se denuncia en "abstracto" (si la BB se encuentra fuera del procedimiento administrativo).

> **En efecto, si la BB se encuentra contenida en una norma y esta ha sido aplicada al denunciante en un procedimiento administrativo, lo cual queda acreditado con la existencia de un acto administrativo o una actuación material que –lógicamente– también contienen la BB, no significa que la denuncia se haya presentado en "concreto" y también en "abstracto".**

Una conclusión de este calibre le concede a la materialización, una importancia mayor respecto de la BB propiamente dicha. En este tipo de casos, se tiene que la BB se encuentra en un contexto específico: dentro de un procedimiento administrativo, incluso cuando también encuentre materializada en un acto administrativo emitido al amparo de una norma (nótese el fraseo utilizado).

Recordemos la tesis de las "BB flotantes" y no olvidemos que la BB denunciada siempre será la misma (la exigencia, el requisito, la prohibición, la limitación o el cobro denunciado), aunque se materialice en más de un instrumento jurídico (acto,

16 No debemos olvidar que un acto administrativo no es lo mismo que una resolución ni lo mismo que una BB. Una resolución puede contener distintos actos administrativos (por ejemplo, la denegatoria de un reconocimiento legal, la imposición de sanciones y el dictado de medidas correctivas) y un acto administrativo puede contener más de una BB (por ejemplo, el acto administrativo que deniega una solicitud de licencia de funcionamiento, puede tener sustento en la aplicación de dos BB, constituidas por dos requisitos distintos). Aunque tampoco se puede desconocer que en algunos casos es posible que el acto administrativo puede coincidir con la barrera burocrática (por ejemplo, un requerimiento que exige presentar determinado requisito), pero el hecho de que coincidan no implica que sean lo mismo.

17 Ello, como ya se mencionó, a fin de la que la autoridad pueda determinar la materia controvertida y a partir de ello (i) definir la procedencia o improcedencia de una denuncia, (ii) identificar cuál es el tipo de análisis requerido para resolver una controversia o (iii) verificar si se configura un supuesto de sustracción de la materia.

actuación y norma). Con la misma lógica, la inaplicación recaerá sobre esa única BB aun cuando se materialice en más de una forma jurídica. Como resulta lógico, la pregunta que nos debemos formular no es, ¿bajo qué forma se materializó la BB?, sino, ¿en qué contexto se encuentra?, ¿dentro o fuera de un procedimiento administrativo? Solo esto último es lo que puede determinar si una BB ha sido denunciada en "concreto" (dentro del procedimiento específico del denunciante) o en "abstracto" (sin que exista una relación procedimental específica entre el denunciante y la entidad).

No se puede negar, sin embargo, que en algún supuesto excepcional alguien querría denunciar una misma BB en "concreto" y también en "abstracto". Pero en ese caso estaríamos frente a dos pretensiones distintas. La primera, en la que se solicita analizar la BB que se encuentra dentro de un procedimiento administrativo (en "concreto"). La segunda, en la que se solicita analizar la misma BB pero bajo un contexto "abstracto", es decir, fuera de su procedimiento administrativo específico.

En este tipo de denuncias con dos pretensiones distintas, cada una de ellas buscaría cuestionar sendos contextos en los cuales se encuentra la BB ("dentro"/"fuera" del procedimiento), y el análisis que realice el Indecopi variará según cada pretensión (recuerde las consecuencias prácticas que genera la distinción "concreto" y "abstracto"). Como se presumirá, denuncias de este tipo (en que se plantean dos pretensiones) son altamente infrecuentes y en todo caso deben partir de la propia voluntad del administrado en ejercicio de su libre derecho de acción; mas no de la arbitrariedad de la autoridad administrativa que conoce el caso.

Nótese finalmente que, en este tipo de denuncias con dos pretensiones, tampoco es posible hablar de denuncias mixtas (en "concreto" y en "abstracto"), pues lo que se tienen son dos pretensiones distintas: una que denuncia en "concreto" y la otra en "abstracto", aunque ambas hayan sido planteadas en el mismo escrito de denuncia.

- **¿Por qué no estamos frente a un cambio de criterio sino ante un error?**

Primero: porque las propias resoluciones evidencian que se trata de un error

El hecho de que pueda considerarse que estamos frente a un error generalizado y no a un cambio de criterio por parte del Indecopi, queda confirmado cuando el propio TDC invoca como sustento jurisprudencial de la cuestionable definición, algunas resoluciones en las cuales se determina con acierto que el elemento definitorio que permite identificar si una denuncia ha sido planteada en "concreto" o en "abstracto" es si es que el tipo de imposición se encuentra dentro o fuera del procedimiento administrativo.

> **Basta con revisar las distintas resoluciones en las que e TDC sostiene que los conceptos "concreto" y "abstracto" son definidos por un "acto" y "norma", respectivamente para notar que el apoyo jurisprudencial sobre la base del cual se quieren asentar dichas definiciones señala algo distinto.**

En efecto, desde sus orígenes (con las Resoluciones N° 0203-2011/SC1-INDECOPI y N° 0204-2011/SC1-INDECOPI) y hasta resoluciones más recientes (por ejemplo, la Resolución N° 0121-2017/SDC-INDECOPI) cada vez que el TDC invoca sustento jurisprudencial brota la siguiente incoherencia de manera flagrante:

Resolución N° 0204-2011/SC1-INDECOPI

"10. De acuerdo a lo señalado por esta Sala en diversos pronunciamientos[18], las denuncias por imposición de barreras burocráticas pueden ser realizadas en dos escenarios distintos: en concreto o en abstracto, dependiendo de dónde se encuentra materializada la barrera cuestionada." (Énfasis añadido)

Resolución N° 0121-2017/SDC-INDECOPI

"34. En anteriores pronunciamientos[19], la Sala ha precisado que los denunciantes pueden efectuar cuestionamientos en "concreto" o en "abstracto" en los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas.

35. Así, ha indicado que en una denuncia en "concreto" se cuestiona la presunta ilegalidad y/o carencia de razonabilidad de una exigencia, requisito, prohibición o cobro materializado en un acto o actuación administrativa emitida por una entidad de la Administración Pública que tiene efectos jurídicos individuales en el administrado. En ese sentido, se cuestiona la aplicación de aquella exigencia, requisito, prohibición y/o cobro al denunciante dadas sus características especiales.
(...)
37. Por el contrario, en una denuncia en "abstracto", el denunciante cuestiona la exigencia, requisito, prohibición y/o cobro establecido en una disposición (norma jurídica) emitida por una entidad de la Administración Pública con efectos generales, es decir cuestiona la norma en sí misma." (Énfasis añadido)

Junto a las expresiones "diversos pronunciamientos" (Punto 10 de la Resolución N° 0204-2011/SC1-INDECOPI) y "anteriores pronunciamientos" (Punto 34 de la Resolución N° 0121-2017/SDC-INDECOPI), el TDC incluye una nota al pie que serviría de soporte jurisprudencial a su postura. Dichas notas al pie hacen referencia a las siguientes resoluciones:

- Resolución N° 0021-2008/SC1-INDECOPI.
- Resolución N° 0066-2008/SC1-INDECOPI.
- Resolución N° 1286-2008/TDC-INDECOPI.
- Resolución N° 1456-2008/TDC-INDECOPI.
- Resolución N° 1799-2008/TDC-INDECOPI.
- Resolución N° 1171-2013/SDC-INDECOPI.

Pero, ¿qué dicen estas resoluciones? Veámoslo a continuación (con énfasis añadido):

Resolución N° 0021-2008/SC1-INDECOPI

"20. El cuestionamiento contra barreras burocráticas puede ser realizado en dos escenarios distintos: en concreto y en abstracto. Es en función de estos que se determina la materia controvertida y con ello, si se configura o no el supuesto de sustracción de la materia en cada procedimiento iniciado por denuncia de parte ante la Comisión.

21. En el cuestionamiento en concreto, el denunciante encuentra una

---

18 Resolución N° 1286-2008/TDC-INDECOPI del 27 de junio de 2008, Resolución N° 1456-2008/TDCINDECOPI del 25 de julio de 2008, Resolución N° 1799-2008/TDC-INDECOPI del 4 de setiembre de 2008, Resolución N° 0021-2008/SC1-INDECOPI del 6 de octubre de 2008 y Resolución N° 0066-2008/SC1-INDECOPI del 31 de octubre de 2008.

19 Resolución 1286-2008/TDC-INDECOPI del 27 de junio de 2008, Resolución 1456-2008/TDC-INDECOPI del 25 de julio de 2008, Resolución 1799-2008/TDC-INDECOPI del 4 de setiembre de 2008, Resolución 0021-2008/SC1-INDECOPI del 6 de octubre de 2008, Resolución 0066-2008/SC1-INDECOPI del 31 de octubre de 2008 y Resolución 1171-2013/SDC-INDECOPI del 15 de julio de 2013.

barrera burocrática en el marco de un procedimiento administrativo ante la entidad denunciada y, por ende, el análisis de la Comisión consistirá en realizar una evaluación en concreto de la legalidad y racionalidad de la barrera burocrática aplicada en dicho procedimiento administrativo. Ejemplos para este cuestionamiento serían la negativa al otorgamiento de cierta autorización o la notificación de determinada exigencia presuntamente a cargo del denunciante.

22. En el cuestionamiento en abstracto, el denunciante encuentra una barrera burocrática fuera de un procedimiento administrativo, con lo cual el análisis de la Comisión consistirá en realizar una evaluación en abstracto de la legalidad y racionalidad de la barrera burocrática denunciada. Este sería el caso, por ejemplo, de un agente económico que pretende iniciar actividades en el país y que, al tomar conocimiento de la existencia de una disposición emanada por la Administración Pública que se le impediría, decide previamente accionar contra ella ante la Comisión."

Resolución N° 0066-2008/SC1-INDECOPI

"8. El cuestionamiento a barreras burocráticas puede ser realizado en dos escenarios distintos: en concreto y en abstracto. Es en función de estos que se determina la materia controvertida y con ello, si se configura o no el supuesto de sustracción de la materia en cada procedimiento iniciado por denuncia de parte ante la Comisión.

9. En el cuestionamiento en concreto, el denunciante encuentra una barrera burocrática en el marco de un procedimiento administrativo y, por ende, el análisis de la Comisión consistirá en realizar una evaluación en concreto de la legalidad y razonabilidad de la barrera burocrática aplicada en dicho procedimiento administrativo. Ejemplos para este cuestionamiento serían la negativa al otorgamiento de cierta autorización o la notificación de determinada exigencia presuntamente a cargo del denunciante.

10. En el cuestionamiento en abstracto, el denunciante encuentra una barrera burocrática fuera de un procedimiento administrativo, con lo cual el análisis de la Comisión consistirá en realizar una evaluación en abstracto de la legalidad y razonabilidad de la barrera burocrática denunciada. Este sería el caso, por ejemplo, de un agente económico que se encuentra realizando o pretende iniciar actividades en el país y que, al tomar conocimiento de la existencia de una disposición emanada por la Administración Pública que se le impediría, decide accionar contra ella ante la Comisión."

Resolución N° 1286-2008/TDC-INDECOPI

"23. En el cuestionamiento en concreto, el denunciante encuentra una barrera burocrática en el marco de un procedimiento administrativo y, por ende, el análisis de la Comisión consistirá en realizar una evaluación en concreto de la legalidad y racionalidad de la barrera burocrática aplicada en dicho procedimiento administrativo. Ejemplos para este cuestionamiento serían la negativa al otorgamiento de cierta autorización o la notificación de determinada exigencia presuntamente a cargo del denunciante.

24. En el cuestionamiento en abstracto, el denunciante encuentra una barrera burocrática fuera de un procedimiento

administrativo, con lo cual el análisis de la Comisión consistirá en realizar una evaluación en abstracto de la legalidad y racionalidad de la barrera burocrática denunciada. Este sería el caso, por ejemplo, de un agente económico que pretende iniciar actividades en el país y que, al tomar conocimiento de la existencia de una disposición emanada por la Administración Pública, decide previamente accionar contra ella ante la Comisión."

Resolución 1456-2008/TDC-INDECOPI

"9. El cuestionamiento a barreras burocráticas puede ser realizado en dos escenarios distintos: en concreto y en abstracto. Es en función de éstos que se determina la materia controvertida y con ello, si se configura o no el supuesto de sustracción de la materia en cada procedimiento iniciado por denuncia de parte ante la Comisión.

10. En el cuestionamiento en concreto, el denunciante encuentra una barrera burocrática en el marco de un procedimiento administrativo y, por ende, el análisis de la Comisión consistirá en realizar una evaluación en concreto de la legalidad y racionalidad de la barrera burocrática aplicada en dicho procedimiento administrativo. Un ejemplo de este cuestionamiento sería la exigencia de requisitos presuntamente ilegales o irracionales para la tramitación de las solicitudes presentadas por los administrados ante las entidades que imponen dichos requisitos.

11. En el cuestionamiento en abstracto, el denunciante encuentra una barrera burocrática fuera de un procedimiento administrativo, con lo cual el análisis de la Comisión consistirá en realizar una evaluación en abstracto de la legalidad y razonabilidad de la barrera burocrática denunciada. Este sería el caso, por ejemplo, de un agente económico que pretende iniciar actividades en el país y que, al tomar conocimiento de la existencia de una disposición emanada por la Administración Pública, decide previamente accionar contra ella ante la Comisión."

Resolución N° 1799-2008/TDC-INDECOPI

"7. El cuestiona miento a barreras burocráticas puede ser realizado en dos escenarios distintos: en concreto y en abstracto. Es en función de éstos que se determina la materia controvertida y con ello, si se configura o no el supuesto de sustracción de la materia en cada procedimiento iniciado por denuncia de parte ante la Comisión.

8. En el cuestionamiento en concreto, el denunciante encuentra una barrera burocrática en el marco de un procedimiento administrativo y, por ende, el análisis de la Comisión consistirá en realizar una evaluación en concreto de la legalidad y racionalidad de la barrera burocrática aplicada en dicho procedimiento administrativo. Ejemplos para este cuestionamiento serían la negativa al otorgamiento de cierta autorización o la notificación de determinada exigencia presuntamente a cargo del denunciante.

9. En el cuestionamiento en abstracto, el denunciante encuentra una barrera burocrática fuera de un procedimiento administrativo, con lo cual el análisis de la Comisión consistirá en realizar una evaluación en abstracto de la legalidad y racionalidad de la barrera burocrática denunciada. Este sería el caso, por

> ejemplo, de un agente económico que pretende iniciar actividades en el país y que, al tomar conocimiento de la existencia de una disposición emanada por la Administración Pública que se lo impediría, decide previamente accionar contra ella ante la Comisión."

Como se evidencia, los pronunciamientos del Indecopi que presentan este error son intrínsecamente inconsistentes. Aunque afirman que en un cuestionamiento en "concreto", se cuestiona un acto administrativo y en un cuestionamiento en "abstracto", se cuestiona una disposición, el respaldo jurisprudencial que se invoca como sustento señala algo diametralmente opuesto: que la definición de "concreto" y "abstracto" se determina en función a si la BB se encuentra dentro de un procedimiento administrativo (por lo que usualmente la materialización se encontrará en un acto) o fuera de un procedimiento administrativo (por lo que usualmente la materialización se encontrará en una disposición).

Esta evidente discrepancia que existe entre lo que actualmente resuelve el TDC y la jurisprudencia sobre la cual (supuestamente) basa sus pronunciamientos, se presenta en todas las resoluciones del Indecopi en las cuales se asimilan los conceptos "concreto" y "abstracto" a los instrumentos de materialización "acto" y "norma", respectivamente[20].

La única resolución invocada como sustento en una nota al pie, que no presenta esta discrepancia es la Resolución N° 1171-2013/SDC-INDECOPI, que señala lo siguiente:

Resolución N° 1171-2013/SDC-INDECOPI

> "19. Cabe precisar que de acuerdo a lo señalado en anteriores pronunciamientos[21] en un cuestionamiento en concreto, la barrera burocrática denunciada (exigencia, requisito, limitación y/o cobro) se encuentra materializada en un acto administrativo que tiene efectos jurídicos individuales o individualizables en los administrados. A diferencia de ello, en un cuestionamiento en abstracto, la barrera burocrática denunciada se encuentra materializada en una disposición (norma) emitida por una entidad de la Administración Pública como por ejemplo en un reglamento o en una ordenanza municipal." (Énfasis añadido)

Sin embargo, dicha resolución no desvirtúa la tesis planteada en el presente artículo debido a que esta:

> 1. Fue emitida en el año 2013, cuando el error ya se había cometido y se venía cometiendo de manera reiterada, por lo que solo refleja que el mismo error se sigue arrastrando.
>
> 2. Como en los demás casos en los que se comete el mismo error, se invoca como sustento en una nota al pie, las Resoluciones N° 1286-2008/TDC-INDECOPI, N° 1456-2008/TDC-INDECOPI y N° 1799-2008/TDC-INDECOPI, que como se ha visto definen los conceptos "concreto" y "abstracto" en función a su relación ("dentro"/"fuera") con el procedimiento administrativo en el que se encuentran las BB y no en función a su materialización.

20 Para mayor detalle, en el Anexo de este artículo se incluyen los textos pertinentes de las resoluciones citadas por el TDC como soporte jurisprudencial de la postura asumida en sus distintos pronunciamientos

21 Resolución 1286-2008/TDC-INDECOPI del 27 de junio de 2008, Resolución 1456-2008/TDC-INDECOPI del 25 de julio de 2008, Resolución 1799-2008/TDC-INDECOPI del 4 de setiembre de 2008, Resolución 0021-2008/SC1-INDECOPI del 6 de octubre de 2008 y Resolución 0066-2008/SC1-INDECOPI del 31 de octubre de 2008.

> 3. Esta particular resolución, debe ser analizada en su real dimensión técnica, de modo que pueda ser tomada como un pronunciamiento asertivo. Cabe entonces, destacar la evidente imprecisión que se comete cuando declara que una "exigencia, requisito, limitación y/o cobro" podrían constituir una imposición susceptible de ser calificadas como BB. Al respecto, cabe observar que en el año 2013 los únicos tipos de imposición que podían ser considerados barreras burocráticas eran las "exigencias requisitos, prohibiciones o cobros", tal y como lo prescribía taxativamente el Artículo 2° de la Ley N° 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada (22 de marzo de 2007)[22]. Fue recién con la emisión del Decreto Legislativo N° 1256 del año 2016, que se incorpora el tipo de imposición "limitación", pero sin eliminar el tipo de imposición "prohibición", que fue omitido en la resolución bajo comentario.

Segundo: porque para un cambio de criterio se requiere de motivación

Un cambio de criterio que involucre redibujar el concepto de BB fusionándolo con su instrumento de materialización, requiere de una motivación capaz de transparentar en el sistema jurídico, los motivos por los cuales se pretende cambiar las definiciones de conceptos tan importantes en el derecho de EBB&SA como son, las denuncias en "concreto" y en "abstracto". Empero, nada de esto se ha presentado.

Hay que tener en cuenta además que un cambio de criterio importa algo muy sencillo: que desde ese momento en adelante, el criterio aplicable siempre será el novedoso. Sin embargo, en los casos sobre la definición de "concreto" y "abstracto" ha sido ambivalente, pues pese a que ya se habían emitido las Resoluciones N° 0203-2011/SC1-INDECOPI y N° 0204-2011/SC1-INDECOPI (primeros antecedentes identificados en los que se comete el error), el propio TDC emitió con posterioridad las Resoluciones N° 0656-2011/SC1-INDECOPI, N° 0479-2011/SC1-INDECOPI, N° 1077-2011/SC1-INDECOPI, N° 0317-2011/SC1-INDECOPI con el siguiente contenido:

Resolución N° 0656-2011/SC1-INDECOPI

> "12. El supuesto de sustracción de la materia en un procedimiento administrativo seguido contra barreras burocráticas se configura cuando en el transcurso del procedimiento y antes que la instancia haya emitido pronunciamiento definitivo, la barrera burocrática cuestionada desaparece. El análisis sobre la sustracción dependerá del escenario en el que se verificó la imposición de una barrera: en concreto o en abstracto.
>
> 13. En el primer caso, el denunciante encuentra una barrera burocrática en el marco de un procedimiento administrativo y, por ende, el análisis de la Comisión consistirá en realizar una evaluación en concreto de la legalidad y razonabilidad de la barrera burocrática impuesta en dicho procedimiento[23].
>
> 14. En el segundo supuesto, en cambio, el denunciante encuentra una barrera burocrática fuera de un procedimiento administrativo, la misma que no le ha sido impuesta de manera directa a su situación en particular, con lo cual el análisis de la Comisión consistirá en realizar una

22 Resolución N° 1286-2008/TDC-INDECOPI del 27 de junio de 2008, Resolución N° 1456-2008/TDCINDECOPI del 25 de julio de 2008, Resolución N° 1799-2008/TDC-INDECOPI del 4 de setiembre de 2008, Resolución N° 0021-2008/SC1-INDECOPI del 6 de octubre de 2008 y Resolución N° 0066-2008/SC1-INDECOPI del 31 de octubre de 2008.

23 Ejemplos para este cuestionamiento serían la negativa al otorgamiento de cierta autorización o la notificación de determinada exigencia presuntamente a cargo del denunciante.

evaluación en abstracto de la legalidad y razonabilidad de la barrera burocrática denunciada[24]."

"10. El supuesto de sustracción de la materia en el procedimiento administrativo seguido contra barreras burocráticas se configura cuando en el transcurso del procedimiento y antes que la instancia haya emitido pronunciamiento definitivo, la barrera burocrática cuestionada desaparece o es eliminada. En tal sentido, para evaluar si ha operado la sustracción de la materia en un determinado caso, es necesario definir con precisión cuales son las barreras burocráticas denunciadas y si las mismas han sido cuestionadas en concreto o en abstracto.

11. En el cuestionamiento en concreto, el supuesto de sustracción de la materia se verá configurado por ejemplo, cuando cesa la aplicación o la exigencia de la barrera burocrática en el procedimiento administrativo que la materializaba. En el cuestionamiento en abstracto, en cambio, operará la sustracción de la materia cuando la barrera burocrática denunciada desaparece por haber perdido vigencia la norma que la contenía o por haber sufrido ésta una modificación que la elimina de su articulado.

12. De la revisión de la denuncia se desprende que una de las barreras burocráticas denunciadas por Carteleras consiste en que la Municipalidad le exige un requisito presuntamente ilegal (presentar una constancia de Defensa Civil) como condición para obtener autorizaciones para la instalación de tres anuncios de tipo valla en la Av. Mariscal La Mar 905, Miraflores, por lo que se trata de un cuestionamiento respecto a un procedimiento administrativo específico.
(...)

14. Con relación a la segunda barrera burocrática denunciada, esta tiene por objeto cuestionar la legalidad y razonabilidad del artículo 56 de la Ordenanza 295-MM, en tanto impone una vigencia anual para las autorizaciones de instalación de anuncio de tipo valla.

15. Atendiendo a que dicha barrera ha sido cuestionada en abstracto (se cuestiona la medida impuesta por la Municipalidad en una disposición administrativa y no en un procedimiento específico) y no se ha acreditado que el artículo 56 de la Ordenanza 295-MM haya sido derogado, modificado o dejado sin efecto, no es posible que exista un supuesto de sustracción de la materia en este extremo de la denuncia. Ello, más aún si de la revisión de las Resoluciones 1872-2010-SCOM-GAC/MM, 1873-2010-SCOM-GAC/MM y 1874-2010/SCOM-GAC/MM se aprecia que la Municipalidad continúa otorgando autorizaciones para la instalación de anuncios de tipo valla con vigencia de un año al amparo de la norma antes citada."

Resolución N° 0656-2011/SC1-INDECOPI

"Ciertamente, el cuestionamiento a la imposición de barreras burocráticas puede ser realizado en dos escenarios distintos: el primero, en concreto, y el segundo, en abstracto. En el primer caso, el denunciante encuentra una barrera burocrática en el marco de un procedimiento administrativo y, por ende, el análisis de la Comisión consistirá en realizar una evaluación en concreto de la legalidad y razonabilidad de la barrera burocrática impuesta en dicho

24 Este sería el caso, por ejemplo, de un agente económico que se encuentra realizando o pretende iniciar actividades en el país y que, al tomar conocimiento de la existencia de una disposición emanada por la Administración Pública que se lo impide, decide accionar contra ella ante la Comisión

procedimiento. Ejemplos para este cuestionamiento serían la negativa al otorgamiento de cierta autorización o la notificación de determinada exigencia presuntamente a cargo del denunciante. En el segundo supuesto, en cambio, la barrera burocrática analizada se encuentra fuera de un procedimiento administrativo, la misma que no ha sido impuesta de manera directa a la situación de un administrado en particular, con lo cual el análisis de la Comisión consistirá en realizar una evaluación en abstracto de la legalidad y razonabilidad de la barrera burocrática denunciada. Este sería el caso, por ejemplo, de un agente económico que se encuentra realizando o pretende iniciar actividades en el país y que, al tomar conocimiento de la existencia de una disposición emanada por la Administración Pública que se lo impide, decide accionar contra ella ante la Comisión." (Énfasis añadido)

Resolución N° 0317-2011/SC1-INDECOPI

"16. Cabe señalar que en el presente caso, ASODIC y ASISTE Perú han cuestionado la legalidad de las Resoluciones Directorales 1109-2003-ED y 0191-2008-ED en abstracto –es decir, fuera del marco de un procedimiento en específico [25] a efectos que en el futuro no se les aplique dichas condiciones." (Énfasis añadido)

Nótese cómo es que la correcta redacción de estas resoluciones es fácilmente confundible con la definición que en los últimos años viene aplicando el TDC de manera equivocada

Como ya se señaló, uno de los primeros casos encontrados en los que se produce esta confusión (y que ciertamente es uno de los eslabones en este tránsito entre ambos criterios: de fuera/dentro de procedimiento a norma/acto) es el que se presentó en la Resolución N° 0204-2011/SC1-INDECOPI, cuando por un lado centra su atención en el "acto" o "disposición" (Puntos 10 y 12 –obsérvese la nota al pie correspondiente–) mientras que en la aplicación al caso particular de la sustracción de la materia, el enfoque recae sobre el "procedimiento" (Punto 21)

"10. De acuerdo a lo señalado por esta Sala en diversos pronunciamientos[26], las denuncias por imposición de barreras burocráticas pueden ser realizadas en dos escenarios distintos: en concreto o en abstracto, dependiendo de dónde se encuentra materializada la barrera cuestionada.
(...)
12. Considerando que la denuncia presentada por la Marina de Guerra es en abstracto (cuestiona disposiciones administrativas y no actos); y, que en virtud a las normas cuestionadas, la Marina de Guerra no puede presentar solicitudes o tramitar certificados, licencias y consultas sobre el Inmueble de su propiedad, esta Sala concuerda con la Comisión en que se encuentra legitimada para actuar como denunciante en el presente procedimiento. Por tanto, corresponde desestimar el cuestionamiento de la

25 En efecto, mediante Resoluciones 030-2010/CEB-INDECOPI y 035-2010/CEB-INDECOPI, que admiten a trámite las denuncias y las acumula, se especificó que el cuestionamiento a las Resoluciones Directorales 1109-2003-ED y 0191-2008-ED había sido formulado en abstracto.

26 Resolución N° 1286-2008/TDC-INDECOPI del 27 de junio de 2008, Resolución N° 1456-2008/TDCINDECOPI del 25 de julio de 2008, Resolución N° 1799-2008/TDC-INDECOPI del 4 de setiembre de 2008, Resolución N° 0021-2008/SC1-INDECOPI del 6 de octubre de 2008 y Resolución N° 0066-2008/SC1- INDECOPI del 31 de octubre de 2008.

Municipalidad en este extremo.

21. En el cuestionamiento en concreto, el supuesto de sustracción de la materia se verá configurado cuando cese la aplicación de la barrera burocrática en el procedimiento administrativo que la materializaba. En el cuestionamiento en abstracto, en cambio, operará la sustracción de la materia cuando la barrera burocrática denunciada desaparezca, por haber perdido vigencia la norma que la contenía o por haber sufrido ésta una modificación que la elimina de su articulado." (Énfasis añadido

Otro ejemplo de pronunciamiento incongruente que formó parte de este proceso de transición lo encontramos en la Resolución N° 1124-2011/SC1-INDECOPI:

"13. De acuerdo con lo señalado por esta Sala en diversos pronunciamientos[27], las denuncias por imposición de barreras burocráticas pueden ser realizadas en dos escenarios distintos[28]: en concreto o en abstracto, dependiendo del tipo de materialización de la barrera cuestionada.
(...)
15. Considerando que la denuncia presentada por los denunciantes es en abstracto (cuestionan una disposición normativa y no un acto administrativo concreto) (...)"

La incongruencia se refleja en las dos notas al pie incorporadas junto a las expresiones "diversos pronunciamientos" y "escenarios distintos". En la primera nota al pie se siguen invocando resoluciones que aluden a la definición de concreto y abstracto en función a su inclusión o no en un procedimiento. Pero esta vez se incorporan algunas otras resoluciones que sí cuentan con la definición de "concreto" y "abstracto", según el modo de materialización de la BB. Estas son, la Resolución N° 204-2011/SC1-INDECOPI que sería de las primeras con la cual se "modifica" involuntariamente el criterio (en cuyo caso no se debieron invocar las resoluciones anteriores pues recogen el criterio supuestamente modificado) y la Resolución N° 921-2011/SC1-INDECOPI.

En la segunda nota al pie, el error es más evidente cuando la propia resolución reconoce que "el cuestionamiento en concreto implica que el denunciante encuentra una barrera burocrática en el marco de un procedimiento administrativo y, por consiguiente, el análisis de la Comisión consistirá en realizar una evaluación en concreta de la legalidad y razonabilidad de la barrera burocrática cuestionada en el procedimiento administrativo en particular. Por su parte,

> **en el cuestionamiento en abstracto, el denunciante encuentra una barrera burocrática fuera de un procedimiento administrativo concreto, a través de alguna disposición de alcance general, la cual genera una afectación a sus actividades económicas" (Resolución N° 1124-2011/SC1-INDECOPI) (Énfasis añadido).**

---

27 Ver, por ejemplo, Resolución N° 1286-2008/TDC-INDECOPI del 27 de junio de 2008, Resolución N° 1456- 2008/TDC-INDECOPI del 25 de julio de 2008, Resolución N° 1799-2008/TDC-INDECOPI del 4 de setiembre de 2008, Resolución N° 0021-2008/SC1-INDECOPI del 6 de octubre de 2008, Resolución N° 0066-2008/SC1- INDECOPI del 31 de octubre de 2008, Resolución 204-2011/SC1-INDECOPI del 1 de febrero de 2011 y Resolución 921-2011/SC1-INDECOPI del 26 de abril de 2011.

28 El cuestionamiento en concreto implica que el denunciante encuentra una barrera burocrática en el marco de un procedimiento administrativo y, por consiguiente, el análisis de la Comisión consistirá en realizar una evaluación en concreta de la legalidad y razonabilidad de la barrera burocrática cuestionada en el procedimiento administrativo en particular. Por su parte, en el cuestionamiento en abstracto, el denunciante encuentra una barrera burocrática fuera de un procedimiento administrativo concreto, a través de alguna disposición de alcance general, la cual genera una afectación a sus actividades económicas.

5. EFECTOS NEGATIVOS DE LA DISTORISÓN.

A) Análisis en "abstracto" cuando se denuncia en "concreto" o viceversa

En la Resolución N° 0164-2017/SDC-INDECOPI se analizó una denuncia que paso de ser, posiblemente, fundada a improcedente debido a que TDC consideró que el cuestionamiento de una BB materializada en distintos actos administrativos emitidos al amparo de (es decir, "sobre la base de" o "bajo fundamento de...") un decreto supremo debía ser declarada improcedente, habida cuenta que la referida disposición no materializaba la medida cuestionada.

En aquella oportunidad, por el solo hecho de que la denunciante había invocado la existencia de una norma (decreto supremo) el TDC determinó que la denuncia había sido formulada en "abstracto" y, pese a que existían actos administrativos que demostraban la aplicación efectiva de la BB denunciada al caso particular del agente económico (en el marco de un procedimiento administrativo), el Indecopi prefirió no conocer el caso.

El resultado fue que el administrado no alcanzó la tutela que esperaba con el mecanismo de EBB&SA y quedó indefenso frente a una imposición que había sido cuestionada por ilegal y carente de razonabilidad. En dicha ocasión, el TDC formuló el siguiente razonamiento:

> "19. Ahora bien, teniendo en cuenta que: (i) el denunciante cuestionó la legalidad y/o carencia de razonabilidad de la prohibición en sí misma materializada en el artículo 46 del Decreto Supremo 006-2003-PCM, y (ii) los actos emitidos por la SUNAT señalados en el numeral anterior únicamente reflejan la aplicación del Decreto Supremo 006-2003-PCM por parte de la autoridad al caso concreto del administrado, este Colegiado advierte que la denuncia fue formulada en abstracto." (Énfasis añadido)

En otra oportunidad, la determinación de si una denuncia ha sido cuestionada en "concreto" o en "abstracto[29]" también ha sido pertinente para que el TDC determine la nulidad de una resolución emitida por la CEB.

Eso ocurrió en la Resolución N° 495-2016/SDC-INDECOPI, cuando el TDC consideró que, pese a que del expediente

29 Es oportuno mencionar que, en este caso, la denuncia interpuesta indicaba lo siguiente:

Escrito del 28 de septiembre de 2015

"PETITORIO.- PRETENSIÓN PRINCIPAL

Se declare BARRERA BUROCRÁTICA ILEGAL el cobro por derecho de tramitación para la obtención de autorización municipal de obra en vía pública, ascendente a S/.16,752.52 (Dieciséis Mil Setecientos Cincuenta y Dos con 52/100 Nuevos Soles), efectivizado en la Pre Liquidación, de fecha 04 de mayo de 2015 y establecido en el Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA de la Municipalidad Distrital de Chorrillos- , aprobados mediante Ordenanza N° 056-MDCH-2004, modificada por la Ordenanza N° 096-MDCH-2006; por afectar el desarrollo de nuestras actividades económicas y que, a su vez, se erigen como barreras burocráticas de efectos generales y abstractos (...)"

Escrito del 28 de septiembre de 2015

"Se declare BARRERA BUROCRÁTICA ILEGAL el cobro por derecho de tramitación para la obtención de autorización municipal de obra en vía pública, ascendente a S/.23,488.34 (Veintitrés Mil Cuatrocientos Ochenta y Ocho con 34/100 Nuevos Soles), efectivizado en la Pre Liquidación, de fecha 18 de mayo de 2015 y establecido en el Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA de la Municipalidad Distrital de Chorrillos- , aprobados mediante Ordenanza N° 056-MDCH-2004, modificada por la Ordenanza N° 096-MDCH-2006; por afectar el desarrollo de nuestras actividades económicas y que, a su vez, se erigen como barreras burocráticas de efectos generales y abstractos (...)"

Téngase en cuenta las expresiones "efectivizado" utilizadas por el denunciante lo cual denota la intención de relevar la materialización de la BB en el acto, y "establecida" que alude al origen de la medida. De ahí que, más allá que la denunciante haya indicado que se tratan de "barreras burocráticas de efectos generales y abstractos", la CEB de manera adecuada (y al amparo del principio de oficialidad) advirtiera que la denuncia fue cuestionada en concreto, en tanto la BB se encontraba dentro de un procedimiento administrativo.

se desprendía que la imposición de BB se producía al caso concreto del denunciante (como correctamente determinó la CEB), la denuncia debía ser considerada en abstracto por el hecho de que la medida también se encontraba en el tupa de la entidad, motivo por el cual ameritaba declarar la nulidad del pronunciamiento de la primera instancia:

> "16. De este modo, se colige que las denuncias formuladas por la denunciante el 24 y 28 de septiembre de 2015, constituyen cuestionamientos en "abstracto[30]" del cobro de los derechos de trámite de los procedimientos "Autorización de ejecución de obras complementarias en áreas y vías de uso público" y "Reposición de veredas normales y especiales de recién ejecución intervenidas por empresas de servicios públicos".
>
> 17. Ello debido a que la denunciante ha cuestionado la legalidad de los cobros en sí mismos, contenidos en una disposición (el TUPA de la Municipalidad aprobado por Ordenanza 056-MDCH y modificado por Ordenanza 096-MDCH) y no así la presunta ilegalidad del cálculo contenido en las Pre-Liquidaciones del 4 y 18 de mayo de 2015, lo cual constituiría un cuestionamiento en "concreto".
>
> 18. En ese sentido, las presuntas barreras burocráticas denunciadas se encuentran materializadas en el TUPA de la Municipalidad aprobado por Ordenanza 056- MDCH, modificada por Ordenanza 096-MDCH, por lo que las Pre-Liquidaciones presentadas por la denunciante constituyen una prueba adicional de su aplicación.
> (...)
> 20. No obstante lo anterior, la Comisión admitió a trámite la denuncia como un cuestionamiento en 'concreto'[31] (...)
>
> 21. Como se observa, existe una incongruencia entre la barrera burocrática denunciada y admitida a trámite, lo que origina que se haya admitido a trámite un cuestionamiento distinto al formulado por la denunciante, el cual se formuló en 'abstracto' (...)" (Énfasis añadido)

Como se puede advertir en estos dos ejemplos[32], un error en la aplicación de los conceptos "concreto" y "abstracto" puede generar distorsiones y afectaciones al derecho de acción de los agentes económicos.

B) Análisis de actos administrativos, pero no de disposiciones

Producto de la distorsión, se ha empezado a mostrar resistencia para analizar BB materializadas en disposiciones, cuando la medida es cuestionada en "concreto".

A partir de la equivocada premisa de que, en una denuncia en "concreto" lo que se cuestiona es un acto administrativo (y no una BB encontrada dentro de un procedimiento administrativo) y en una denuncia en

---

30 Sobre el particular, la Sala ha señalado en la Resolución 0317-2016/SDC que en los cuestionamientos en "abstracto", el denunciante cuestiona la exigencia, requisito, prohibición y/o cobro establecido en una disposición (norma jurídica) emitida por una entidad de la Administración Pública con efectos generales, es decir cuestiona la norma en sí misma.

31 Al respecto, la Sala ha indicado en la Resolución 0317-2016/SDC que en los cuestionamientos en "concreto", se cuestiona la presunta ilegalidad y/o carencia de razonabilidad de una exigencia, requisito, prohibición o cobro materializado en un acto o actuación administrativa emitida por una entidad de la Administración Pública que tiene efectos jurídicos individuales en el administrado.

32 Entre otros que existen en la jurisprudencia del Indecopi.

"abstracto" lo que se cuestiona es una norma (y no una BB encontrada fuera de un procedimiento administrativo), el TDC llegó a la conclusión de que al denunciar un acto administrativo y no la norma que le sirve de sustento, solo se debe analizar dicho acto, verificando que haya sido emitido con competencias y cumpliendo con las formalidades respectivas. Ello sin evaluar si existe algún otro tipo de ilegalidad distinto (pese a que el Decreto Legislativo N° 1256 considera tres tipos de análisis de legalidad).

Para el TDC, este tipo de análisis implicaría evaluar la disposición que servía de sustento al acto, lo cual -según su criterio- no sería posible por cuanto "se habría denunciado un acto y no una norma"; pese a que como es bien sabido el Indecopi "no evalúa el acto administrativo emitido por la entidad denunciada, sino la barrera burocrática contenida en él (Resolución N° 1286-2008/ TDC-INDECOPI).

Por ejemplo, en la Resolución N° 0290-2016/SDC-INDECOPI el TDC siguió una regla que le permitió declarar infundada la denuncia de una BB que había sido cuestionada en "concreto". Según esta regla, si la BB es denunciada en "concreto" solo se puede analizar el acto administrativo y no la norma que le pueda servir de sustento. De ese modo, se analizó el acto verificando que este fue emitido con competencias y cumpliendo con las formalidades. Lo que no quiso hacer el TDC es analizar si existía algún otro tipo de ilegalidad distinto a la falta de competencias o a la forma. Y es que, a su juicio, hacerlo implicaría analizar la ordenanza que servía de sustento al acto, lo cual, para el TDC no era posible por cuanto -bajo su errado criterio- se habría denunciado un acto y no una norma:

> "35. En consecuencia, se advierte que en el presente caso la Resolución 0406-2015/CEB-INDECOPI es incongruente con los términos de la denuncia y la admisión a trámite, dado que la Comisión se pronunció de manera extra petita, al analizar las Ordenanzas 920-2006 y 2012-2007 de la Municipalidad de Lima pese a que no fueron cuestionadas por la denunciante ni admitidas a trámite; y teniendo en cuenta incluso, en la precisión de la denuncia del 25 de junio de 2015, Telefónica indicó de manera expresa que únicamente se estaba cuestionando la denegatoria materializada en la Carta 924-2014-SGLEP-GAC/MM.
> (...)
>
> 46. De esta manera, en anteriores pronunciamientos la Sala ha señalado que las denuncias pueden ser de dos tipos. Por un lado en concreto cuando la barrera burocrática denunciada (exigencia, requisito, prohibición y/o cobro) se encuentra materializada en un acto o actuación de la Administración Pública que tenga efectos jurídicos individuales o individualizables en los administrados[34]. Por ejemplo, si se denuncia la exigencia del cumplimiento de ciertos requisitos ilegales a un administrado para obtener una autorización, contenido en un acto administrativo (resolución, proveído, entre otros) o una actuación de la Administración Pública.
>
> 47. De otro lado, en abstracto cuando la barrera burocrática cuestionada se encuentra materializada en una disposición (norma) con efectos

generales, emitida por una entidad de la Administración Pública. De esta manera, tomando como referencia el ejemplo indicado en el párrafo anterior, en abstracto se denunciaría la creación de requisitos para la tramitación de una autorización contenida en un reglamento aprobado por un decreto supremo o en una ordenanza municipal.

48. En atención a lo anterior, toda vez que la barrera burocrática cuestionada por Telefónica se encuentra materializada en la Carta 924-2014-SGLEP-GAC/MM, la pretensión de Telefónica constituye un cuestionamiento en concreto. Además, cabe precisar que la secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia en dichos términos.

49. En este contexto, se debe indicar que en un cuestionamiento en concreto, el supuesto de sustracción de la materia se verá configurado cuando cesa la aplicación o la exigencia de la barrera burocrática denunciada materializada en un acto, como por ejemplo cuando el acto es declarado nulo o el administrado cumple con la exigencia, prohibición, requisito o cobro que antes limitaba su acceso o permanencia en el mercado.
(...)
55. En este sentido, la Carta 924-2014-SGLEP-GAC/MM a través de la cual la Municipalidad denegó la solicitud de autorización de Telefónica para instalar una estación base celular, ha sido emitida en base a las facultades previstas en el artículo 79.3.6.5 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades. Considerando ello, corresponde evaluar si la actuación de la entidad denunciada contraviene el ordenamiento jurídico vigente.

56. Sobre el particular, de la revisión de la Carta 924-2014-SGLEP-GAC/MM se aprecia que la Municipalidad sustentó su decisión en las disposiciones de la Ordenanza 1012-2007 de la Municipalidad de Lima (...)
(...)
60. Sobre el particular se debe indicar que como se ha señalado dicha ordenanza sí contiene la prohibición de colocar estaciones de telecomunicaciones, por lo que evaluar si ello se encuentra conforme a nuestro ordenamiento jurídico implicaría analizar la legalidad de la Ordenanza 1012-2007 de la Municipalidad de Lima, lo cual no es posible al no haber sido denunciada.

61. Asimismo, es necesario precisar que las municipalidades distritales ubicadas en la jurisdicción de Lima deben acatar lo dispuesto en las disposiciones metropolitanas, de conformidad con el artículo 154 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades. Así, la Ordenanza 1012-2007 emitida por la Municipalidad de Lima, se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que la entidad denunciada se encuentra obligada a respetar sus disposiciones, Por tanto, corresponde desestimar lo alegado por la denunciante en este extremo.

62. En atención a lo expuesto, esta Sala considera que la Carta 924-2014-SGLEP-GAC/MM se encuentra fundamentada en la prohibición de instalar estaciones radioeléctricas establecidas en la Ordenanza 1012-2007 de la

> Municipalidad de Lima, por lo que la barrera burocrática denunciada no constituye una barrera burocrática ilegal." (Énfasis añadido)

En síntesis, según el ensortijado razonamiento del TDC si una BB está contenida en un acto administrativo que (i) ha sido emitido al amparo de una disposición (sin importar que esta pueda ser ilegal), (ii) por una autoridad competente y (iii) cumpliendo con los procedimientos y la forma prescrita; la BB es legal incluso si la medida es ilegal por ser incompatible con una ley (lo cual implicaría que también lo es la disposición que le sirve de sustento).

La debilidad de la postura asumida por el TDC queda evidenciada en el caso, cuando omite considerar la distinción entre BB y su forma de materialización al considerar que la CEB "se pronunció de manera extra petita, al analizar las Ordenanzas 920-2006 y 2012-2007" habida cuenta que el denunciante "... indicó de manera expresa que únicamente se estaba cuestionando la denegatoria materializada en la Carta 924-2014-SGLEP-GAC/MM". También se refleja cuando luego de reconocer que la "ordenanza sí contiene la prohibición de colocar estaciones de telecomunicaciones", es decir, reconoce la existencia de la BB, se niega a evaluar dicha medida por el solo hecho de que no se denunció la ordenanza, sino el acto: es decir, identifica la existencia de una barrera burocrática, pero decide no conocerla en perjuicio del denunciante[35]..

Pero lo más criticable de esta práctica jurisprudencial, no son los errores cometidos, sino que el TDC no encausa el procedimiento de modo tal que se pueda analizar la BB con la finalidad de destrabar la actividad económica del denunciante.

Al respecto, cabe destacar que el Decreto Legislativo N° 1256, ha positivizado el principio de principio de encausamiento en virtud del cual el Indecopi debe identificar, de oficio, otros medios de materialización de una barrera burocrática distintos a los indicados en la denuncia, cuando sea evidente su existencia; herramienta que bien pudo ser aplicada en este caso[36] en el cual el TDC no quiso analizar la legalidad de la BB escudándose en el enfoque de la denuncia en una materialización específica.

El resultado es que, sobre la base de un error conceptual se le obliga al denunciante (a quien no se le exige defensa cautiva) a formular denuncias con un mayor nivel de complejidad, bajo riesgo de que sus pretensiones sean declaradas improcedentes o infundadas, pese a que sea evidente la existencia de una BB ilegal o carente de razonabilidad, cuya remoción[37] le compete al Indecopi.

---

35 Conviene aquí reiterar tema muy relevante que a veces se pierde de vista: lo que se denuncia es una BB, no un acto o una disposición. Como se sabe, el Indecopi carece de competencias para conocer actos, actuaciones materiales o disposiciones en sí mismas, pues para eso existen vías pertinentes (verbigracia, impugnaciones, contenciosos administrativos, acción popular y en el caso de ordenanzas, procesos de inconstitucionalidad). El Indecopi solo puede conocer las BB contenidas en dichas formas jurídicas, como de manera correcta ya lo había señalado anteriormente (Resolución N° 1286-2008/TDC-INDECOPI) y conforme se desprende del propio Decreto Legislativo N° 1256 que distingue en el numeral 3) del Artículo 3° el concepto de BB de su forma de materialización, contenido en el numeral 4) del mismo artículo.

36 Cabe precisar que, si bien este principio ha sido incluido por primera vez en una regulación especialmente aplicable al mecanismo de EBB&SA, con el Decreto Legislativo N° 1256 ; eso no quiere decir que dicho principio no haya existido en nuestro ordenamiento jurídico desde antes.

37 La remoción de BB ilegales o carentes de razonabilidad, es la principal herramienta del enfoque reactivo del mecanismo de EBB&SA. Sin perjuicio de ello, el enfoque proactivo del mecanismo de EBB&SA persigue además otros objetivos específicos, como son (a) la persecución y sanción de conductas antijurídicas, (b) el desincentivo en la aplicación de BB y (c) el fomento de su eliminación por parte de la propia entidad.

C) Análisis de disposiciones, pero no de actos administrativos

Este tipo de error parte de la premisa de que, con respecto de la materialización de las BB, estas pueden presentarse tres escenarios[38]:

> (1) "Que la BB denunciada tenga su origen en una disposición vigente (norma jurídica) que es aplicable a todos los administrados. En este supuesto, el análisis se realizará contrastando la barrera burocrática comprendida en la norma con el marco legal vigente al momento de la emisión del pronunciamiento de la Comisión o de la Sala, según corresponda".
>
> (2) "Que la BB denunciada tenga su origen en actos administrativos, los cuales tienen efectos jurídicos individuales o individualizables en los administrados. En este escenario se evaluará la legalidad y/o carencia de razonabilidad de la medida denunciada tomando en cuenta la normativa vigente a la fecha en que fueron emitidos los referidos actos."
>
> (3) "Cuando un administrado señala que la barrera burocrática cuestionada se encuentra contenida en una disposición y en un acto administrativo."

El error de esta premisa genera una duda en el TDC que se hace necesario elaborar el siguiente cuadro explicativo que extraemos de sus resoluciones:

Barrera Burocrática denunciada	Origen	Marco Legal aplicable
La exigencia de cumplir con los requisitos A y B	Ordenanza (...)	Marco legal vigente al momento de la emisión del pronunciamiento la Comisión o de la Sala
	Oficio (...)	Normativa vigente a la fecha en que fue emitido el Oficio (...)
	Ordenanza (...) y Oficio (...)	?

Fuente y elaboración: Tribunal del Indecopi (Resoluciones N°0076-2018/SEL-INDECOPI, N° 0098-2018/SEL-INDECOPI y N° 0101-2018/SEL-INDECOPI).

Esta —innecesaria— complejidad en la forma de interpretar las denuncias, no existiría si se hubieran aplicado los conceptos ("concreto" y "abstracto") de manera adecuada, conforme lo delineado correctamente por el mismo TDC en sus orígenes[39], cuando era claro que la determinación de si una denuncia fue planteada en "concreto" o en "abstracto", depende del contexto en el que aparece la BB, vale decir, dentro de un procedimiento administrativo (en "concreto") o fuera de este (en "abstracto"); y, no de su forma de materialización.

Bajo este esquema, no existen tres escenarios ni tampoco dudas que ameriten un cuadro explicativo. Solamente se presentan dos opciones: que la denuncia se haya formulado en "concreto" (la BB está dentro del procedimiento) o en "abstracto" (la BB está fuera del procedimiento). Si la denuncia se ha formulado en "concreto" el análisis de

38 Revisar resoluciones N° 0076-2018/SEL-INDECOPI, N° 0098-2018/SEL-INDECOPI, N° 0101-2018/SEL-INDECOPI, entre otras.

39 Revisar Resolución N° 0021-2008/SC1-INDECOPI, Resolución N° 1286-2008/TDC-INDECOPI, Resolución N° 1456-2008/TDC-INDECOPI, Resolución N° 1799-2008/TDC-INDECOPI, Resolución N° 0089-2009/SC1-INDECOPI, Resolución N° 0193-2009/CEB-INDECOPI, Resolución N° 0055-2012/CEB-INDECOPI.

40 El análisis de legalidad de una BB presenta tres aspectos: (i) el análisis de competencias y atribuciones de la entidad para emitir la BB, (ii) el análisis de observancia del procedimiento y forma para la emisión de la BB, y (iii) el análisis de compatibilidad de la BB con el resto del ordenamiento jurídico. En estricto, solo este último puede ser realizado a la luz del marco legal y las circunstancias vigentes al momento en que el Indecopi emite un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia. Y es que, en los otros dos tipos de análisis de legalidad, dicho criterio devendría en un despropósito jurídico. Piénsese en una BB emitida en el año 2000 por la autoridad "A" que hoy en día carece de las competencias que por aquel entonces ostentaba. Cuando dicha medida es denunciada en abstracto en el año 2018, analizar su legalidad sobre la base de las normas vigentes al día de hoy, daría como resultado que se declare que la BB es ilegal por falta de competencias de la autoridad que la emitió, pese a que cuando lo hizo sí tenía competencias suficientes para ello. Este razonamiento implica que si una autoridad pierde competencias, toda su labor desaparece, pues el íntegro de las disposiciones que emitió, cayeron en desgracia jurídica y devinieron en ilegales. Problemática semejante presenta el análisis de observancia del procedimiento y forma para emitir una BB.

legalidad y razonabilidad toma en cuenta el marco legal y las circunstancias vigentes al momento en que se impuso la BB al caso particular del denunciante (evaluación en concreto de legalidad y razonabilidad). En cambio, en las denuncias planteadas en "abstracto", el análisis de legalidad por compatibilidad y el análisis de razonabilidad se realizan sobre la base del marco legal y las circunstancias vigentes al momento en que el Indecopi emite un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia[40] (evaluación en abstracto de legalidad y razonabilidad).

Pero al desconocer esta noción, el TDC se enfrenta al problema de identificar cuál será la suerte que sigan las denuncias donde se encuentra símbolo "?" del cuadro antes citado. Dicho colegiado estima que en el supuesto que hubiese actos que evidencien la aplicación de una barrera burocrática cuyo origen se encuentra en una disposición normativa cuestionada en el procedimiento, los citados actos serían considerados únicamente como pruebas que acreditan la aplicación de la medida denunciada a la situación particular del denunciante (Énfasis añadido). Por lo tanto, el análisis se realizará contrastando la barrera burocrática comprendida en la norma con el marco legal vigente al momento de la emisión del pronunciamiento de la Comisión o de la Sala, según corresponda (Resoluciones N°0076-2018/SEL-INDECOPI, N° 0098-2018/SEL-INDECOPI y N° 0101-2018/SEL-INDECOPI).

De ese modo, cuando un denunciante cuestiona una BB contenida en una disposición administrativa y aplicada a través de actos administrativos, el análisis que realizará el Indecopi solo se limitará a contrastar la disposición con el marco legal vigente al momento en que el Indecopi emite su pronunciamiento. Según el TDC "Una interpretación en contrario implicaría realizar dos evaluaciones por separado de la misma barrera burocrática. La evaluación de la barrera contenida en la disposición, contrastándola con el marco normativo vigente en la actualidad y el análisis de la barrera contenida en el acto contrastándola con el marco normativo vigente a la fecha de emitido el acto (el cual incluye a la disposición). Ello, no solo carece de practicidad, sino que dilata el procedimiento.

> **Pero bien vistas las cosas, en realidad, no deberían existir dudas ni controversia alguna sobre este particular. Qué duda cabe que en casos como el descrito estamos frente a una denuncia en "concreto" (pues la BB se encuentra dentro de un procedimiento administrativo) y el análisis de legalidad y razonabilidad de la BB deberá partir del contraste de la medida cuestionada (no del acto o de la disposición que la contiene) con el marco legal y las circunstancias vigentes al momento en que fue impuesta al caso particular del denunciante (nótese la distinción entre BB y su forma de materialización).**

Así como es imposible que una mujer se encuentre embarazada y que al mismo tiempo no lo esté, las BB solo pueden denunciarse en "concreto" (cuando la BB está dentro de un procedimiento) o en "abstracto" (cuando la BB está fuera de un procedimiento). El falso dilema al que se expone el TDC, sobre qué marco jurídico utilizar para el análisis cuando la denuncia cuestiona una BB contenida tanto en una norma como un acto administrativo, solo es producto de una mala comprensión y aplicación de las instituciones propias del mecanismo de EBB&SA.

Por lo tanto, no es exacto afirmar que una interpretación en contrario implicaría realizar dos evaluaciones por separado de la misma barrera burocrática. La evaluación de la barrera contenida en la disposición, contrastándola con el marco normativo vigente en la actualidad y el análisis de la barrera contenida en el acto contrastándola con el marco normativo vigente a la fecha de emitido el acto (el cual incluye a la disposición). Y es que, en cualquier caso, solo es necesario realizar un único análisis: el que corresponda al enfoque de la denuncia, esto es, si ha sido formulada en "concreto" o en "abstracto", con prescindencia de la forma de materialización de la BB.

La distorsión de los conceptos "concreto/ abstracto" niega esta posibilidad y limita el análisis solo a la disposición, sin tomar en cuenta los actos administrativos, aun cuando estos impongan BB.

6. CONCLUSIONES.

- En el presente artículo se ha analizado el error incurrido en los últimos tiempos por el TDC cuando sostiene que una denuncia ha sido planteada en "concreto/ abstracto" según se haya cuestionado un "acto/Norma", respectivamente; cuando lo correcto es relacionar los conceptos "concreto" y "abstracto" con el contexto en el cual el denunciante encuentra a BB: "dentro"/"fuera" de un procedimiento administrativo.

- La distorsión comentada no ha sido producto de un cambio de criterio jurisprudencial, sino consecuencia de un error humano. Así queda evidenciado cuando no se puede encontrar la debida motivación que justifique la modificación de un concepto propio de esta materia. Más aún cuando en las propias resoluciones del TDC, existen rastros incuestionables de que dicha variación es producto de una lectura equivocada de la jurisprudencia en la cual se basa.

- En todo caso, una variación de criterio como esta, resulta negativa puesto que genera inconsistencias con el ordenamiento jurídico y desnaturaliza las nociones básicas del mecanismo de EBB&SA. Ello en la medida que la postura cuestionada en este artículo, reconoce implícitamente que la materialización (corpus mechanicum) es un elemento constitutivo del concepto de BB (corpus mysticum), lo cual colisiona con la lógica del Decreto Legislativo N° 1256, que reafirma con acierto, la tesis de la "BB flotante" al distinguir ambas nociones en los numerales 3) y 4) del Artículo 3° del decreto invocado.

Bibliografía

Art. 03

Congreso de la República del Perú. (01 de julio de 2013). Ley que modifica diversas leyes para facilitar la inversión, impulsar el desarrollo productivo y el crecimiento empresarial. [Ley N° 30056]

Congreso de la República del Perú. (10 de abril de 2001). Ley del Procedimiento Administrativo General. [Ley N° 27444]

Congreso de la República del Perú. (22 de marzo de 2007). Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada. [Ley N° 28996]

Congreso de la República del Perú. (27 de mayo de 2013). Ley Orgánica de Municipalidades. [Ley 27972]

Presidencia de la República del Perú. (18 de noviembre de 1992). Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI [Decreto Ley N° 25868]

Presidencia de la República del Perú. (07 de diciembre de 2016). Ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas. [Decreto Legislativo N° 1256]

Presidencia de la República del Perú. (24 de junio de 2008). Ley de organización y funciones del instituto nacional de defensa de la competencia y de la protección de la propiedad intelectual - Indecopi. [Decreto Legislativo N° 1033]

Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). (11 de noviembre de 2004). Aprueban Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal. [Decreto Supremo N° 156-2004-EF]

Art. 03

Lindley-Russo, A. (s/a) Un nuevo paradigma: el enfoque proactivo del mecanismo de eliminación de barreras burocráticas y simplificación administrativa.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala de Defensa de la Competencia N° 1 (2008). Resolución N° 0021-2008/SC1-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala de Defensa de la Competencia N° 1. (2008). Resolución N° 0066-2008/SC1-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala de Defensa de la Competencia. (2008). Resolución N° 1286-2008/TDC-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala Especializada en Defensa de la Competencia. (2016). Resolución N° 0042-2016/SDC-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas. (2012). Resolución N° 0055-2012/CEB-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas. (2018). Resolución N° 0076-2018/SEL-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas. (2018). Resolución N° 0076-2018/SEL-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala de Defensa de la Competencia N° 1. (2009). Resolución N° 0089-2009/SC1-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad

Intelectual: Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas. (2018). Resolución N° 0098-2018/SEL-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas. (2018). Resolución N° 0101-2018/SEL-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala Especializada en Defensa de la Competencia. (2017). Resolución N° 0121-2017/SDC-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala Especializada en Defensa de la Competencia. (2017). Resolución N° 0164-2017/SDC-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas. (2009). Resolución N° 0193-2009/CEB-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala de Defensa de la Competencia N° 1. (2011). Resolución N° 0203-2011/SC1-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala de Defensa de la Competencia N° 1. (2011). Resolución N° 0204-2011/SC1-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala Especializada en Defensa de la Competencia. (2016). Resolución N° 0290-2016/SDC-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala de Defensa de la Competencia N° 1. (2011). Resolución N° 0317-2011/SC1-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala Especializada en Defensa de la Competencia. (2016). Resolución N° 0317-2016/SDC-INDECOPI.

Art. 03

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala Especializada en Defensa de la Competencia. (2016). Resolución N° 042- 2016/SDC-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala de Defensa de la Competencia N° 1. (2012). Resolución N° 0450-2012/SC1-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala Especializada en Defensa de la Competencia. (2015). Resolución N° 0462-2015/SDC-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala de Defensa de la Competencia N° 1. (2011). Resolución N° 0479-2011/SC1-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala Especializada en Defensa de la Competencia. (2015). Resolución N° 0552-2015/SDC-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala de Defensa de la Competencia N° 1. (2011). Resolución N° 0656-2011/SC1-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala de Defensa de la Competencia N° 1. (2011). Resolución N° 0796-2011/SC1-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala de Defensa de la Competencia N° 1. (2011). Resolución N° 0921-2011/SC1-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala de Defensa de la Competencia N° 1. (2011). Resolución N° 1077-2011/SC1-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad

Intelectual: Sala de Defensa de la Competencia N° 1. (2011). Resolución N° 1124-2011/SC1-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala Especializada en Defensa de la Competencia. (2013). Resolución N° 1171-2013/SDC-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala de Defensa de la Competencia. (2008). Resolución N° 1286-2008/TDC-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala de Defensa de la Competencia. (2008). Resolución N° 1456-2008/TDC-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala de Defensa de la Competencia N° 1. (2012). Resolución N° 1556-2012/SC1-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala de Defensa de la Competencia. (2008). Resolución N° 1799-2008/TDC-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala de Defensa de la Competencia. (1997). Resolución N° 182-97-TDC.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala de Defensa de la Competencia N° 1. (2011). Resolución N° 204-2011/SC1-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala Especializada en Defensa de la Competencia. (2016). Resolución N° 495-2016/SDC-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala de Defensa de la Competencia N° 1. (2011). Resolución N° 921-2011/SC1-INDECOPI.

El Osiptel y la regulación de los servicios público de telecomunicaciones en el Perú y los nuevos retos

Manuel Cipriano Pirgo

Art.04

EL OSIPTEL Y LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES EN EL PERÚ Y LOS NUEVOS RETOS

MANUEL CIPRIANO PIRGO
Regulación, gestión y administración de servicios de telecomunicaciones, servicios de radio y televisión políticas de asignación de frecuencias de televisión digital (TDT). Implementación de la TDT en el Perú. Participación en negociación del TLC – Comunicaciones con EE.UU.

SUMARIO

1. El OSIPTEL y el entorno de los servicios públicos. 2. Marco legal vigente del OSIPTEL. 3. Funciones del OSIPTEL. 4. Estructura del Regulador. 5. Principios de acción del OSIPTEL. 6. Conclusiones y retos del Regulador. 7. Bibliografía

PALABRAS CLAVE
Servicios públicos, Organismos reguladores, Servicios, Competencia, Oferta y demanda, Autonomía, Regulación.

1. El OSIPTEL y el entorno de los servicios públicos

La experiencia de los organismos reguladores de servicios públicos en el Perú data de la década de los noventa, con los cambios estructurales que se realizaron en esa época. Conviene recordar que, hasta ese entonces en el sector de telecomunicaciones, los organismos que se encargaban de regular los servicios prestados por las empresas, aún estatales, eran el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción (actualmente Ministerio de Transportes y Comunicaciones) y la Comisión Reguladora de Tarifas de Comunicaciones. Pero, como consecuencia del proceso de privatización, esta última fue sustituida, conforme al Decreto Legislativo N° 702 del año 1991, por el hoy Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), quien se encarga de regular el comportamiento de las empresas operadoras, así como las relaciones de dichas empresas entre sí, de garantizar la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario y de regular el equilibrio de las tarifas.

De esta manera, el OSIPTEL se crea premunido de facultades reguladoras conforme al referido Decreto Legislativo. Dicho decreto sufrió algunas modificaciones y fue sustituido por el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, actualmente vigente. Posteriormente a la citada ley, se aprobó su Reglamento General mediante Decreto Supremo N° 06-94-TCC, el mismo que a la fecha ha sido reemplazado por su Texto Único Ordenado, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC.

Tanto el Ministerio de Transportes y Comunicaciones como el OSIPTEL tienen competencias en este sector, pero la diferencia está en que mientras el Ministerio otorga las concesiones para brindar los servicios de telecomunicaciones y asigna las frecuencias, el OSIPTEL regula el mercado.

Es importante acotar que en el mercado de los servicios de telecomunicaciones coexisten tres tipos de servicios: (i) servicios públicos, (ii) servicios privados y (iii) servicios de radiodifusión. El OSIPTEL tiene competencia únicamente sobre los servicios públicos de telecomunicaciones.

Actualmente, en los últimos años el sector de telecomunicaciones ha sufrido un sinnúmero de cambios como resultado de la convergencia de servicios, que permite que muchos servicios se presten a través de una misma plataforma, y el desarrollo de las nuevas tecnologías, lo cual se denomina convergencia. Esta coyuntura de gran desarrollo tecnológico y convergencia se puede graficar de la siguiente manera:
Tenemos entonces un sector de

Caracteristicas específicas del Sector

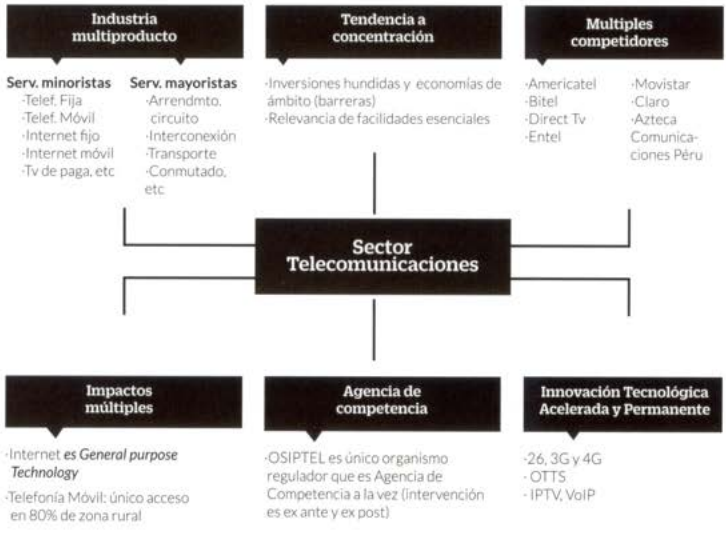


Imagen obtenida de Agenda Regulatoria de Telecomunicaciones (Muente Schwarz, p. 4).

telecomunicaciones en el Perú caracterizado por la presencia de múltiples servicios y diversos competidores que tienden a concentrarse. El sector, además, se ve afectado por los impactos de las tecnologías como el internet y sus nuevas aplicaciones (Ejm. Servicios OTT) que se desarrollan permanentemente. Todo este sector tiene un regulador, que a la vez es agencia competencia, denominado OSIPTEL.

2. Marco legal vigente del OSIPTEL

Una vez que fue creado el OSIPTEL, se emitieron sendas normas que establecieron sus funciones, las mismas que pasamos a detallar:

- La Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, la cual es de aplicación a los organismos reguladores como OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN y SUNASS. Esta ley es muy importante porque enumera las funciones de los organismos reguladores en sus seis funciones básicas como son:

  - Función supervisora
  - Función reguladora
  - Función normativa
  - Función fiscalizadora y sancionadora
  - Función de solución de controversias
  - Función de solución de los reclamos de usuarios

- La Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL

- Posteriormente se dio el Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, que aprobó el Reglamento General del OSIPTEL (y que derogó el anterior reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 062-94-PCM). Este reglamento es importante porque establece la importancia y los principios sobre los cuales se rige el accionar del OSIPTEL como el Principio de Libre Acceso, el Principio de Neutralidad, el Principio de No Discriminación, Principio de Transparencia, entre otros.

  Asimismo, se precisan nuevamente diversos aspectos de sus funciones de supervisión, de fiscalización, de solución de controversias y de reclamos de usuarios; así como su estructura orgánica.

- Posteriormente, mediante diversas leyes se han ido otorgado facultades adicionales al OSIPTEL, lo cual ha ampliado sus atribuciones.

3. Funciones del OSIPTEL

Tal como se ha indicado, las funciones del OSIPTEL se desarrollaron a partir de 1991, y posteriormente mediante la Ley N° 27332 y la Ley N° 27336, así como en su Reglamento General y demás normas. Seguidamente, vamos a detallar cada una de estas funciones:

a) Función normativa

La función normativa permite al OSIPTEL dictar de manera exclusiva y en el ámbito de su competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas condiciones. Estos reglamentos incluyen la posibilidad de normar los derechos y obligaciones entre las empresas operadoras y, entre estas con los usuarios. También comprende la facultad de dictar mandatos y normas de carácter particular, referidas a intereses, obligaciones o derechos de las empresas o de los usuarios.

Asimismo, se considera dentro de esta

función, la facultad de tipificar infracciones por incumplimiento de obligaciones legales y las previstas en los contratos de concesión, siempre que se refieran a los temas de su competencia.
Como parte de su función normativa, el OSIPTEL puede dictar reglamentos o disposiciones de carácter general referidos a los siguientes temas:

1. Sistemas tarifarios o regulatorios y mecanismos para su aplicación.

2. Reglas a las que están sujetos los procesos que se sigan ante cualquiera de los órganos funcionales del OSIPTEL, incluyendo además los reglamentos de infracciones y sanciones, reclamos de usuarios, solución de controversias y los demás que sean necesarios según las normas pertinentes.

3. Organización interna del OSIPTEL.

4. Participación de los interesados en el proceso de aprobación de los reglamentos, normas de carácter general y regulaciones, incluyendo las reglas para la publicación previa de los proyectos normativos y de realización de audiencias públicas.

5. Lineamientos, procedimientos y criterios para la implementación de la contabilidad separada de las empresas operadoras.

6. Lineamientos para la interconexión de servicios y redes de telecomunicaciones.

7. Estándares de calidad y las condiciones de uso de los servicios públicos de telecomunicaciones. Esto incluye la fijación de indicadores técnicos de medición y uso de indicadores referidos al grado de satisfacción de los usuarios.

8. Condiciones de acceso a servicios y redes e interconexión entre los mismos, incluyendo la oportunidad, la continuidad y en general los términos y condiciones pactados en los contratos de concesión, pudiendo excepcionalmente aprobar los formatos de contratos de acceso e interconexión de redes y servicios.

9. Fijar requisitos y la obligatoriedad de provisión de información a los usuarios.

10. Establecer los mecanismos de contabilidad separada.

11. Relaciones entre las empresas comercializadoras y las entidades operadoras y, entre aquellas y los usuarios finales; en aquellos aspectos relativos a la comercialización de tráfico de telecomunicaciones.

12. Cláusulas generales de contratación aplicables a los contratos de abonados de servicios públicos de telecomunicaciones.

13. Dictar mandatos de interconexión, los que podrán incluir tarifas, cargos y otros términos y condiciones de la interconexión.

14. Las funciones que le fueren delegadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que se prevean en los contratos de concesión o que sus funciones lo requieran.

La función normativa se ejerce de manera exclusiva por el Consejo Directivo del OSIPTEL, a través de resoluciones debidamente sustentadas.

b) Función reguladora

Actualmente, en los últimos años el sector de telecomunicaciones ha sufrido un sinnúmero de cambios como resultado de la convergencia de servicios, que permite que muchos servicios se presten a través de una misma plataforma, y el desarrollo de las nuevas tecnologías, lo cual se denomina convergencia. Esta coyuntura de gran desarrollo tecnológico y convergencia se puede graficar de la siguiente manera:

En principio las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones son establecidas libremente por cada empresa operadora, de acuerdo con las condiciones de oferta y demanda en el mercado. No obstante, cuando el caso se justifique, el OSIPTEL puede fijar las tarifas de servicios públicos de telecomunicaciones, incluyendo los sistemas tarifarios y las demás disposiciones necesarias.

Las tarifas que fija el OSIPTEL son tarifas tope, es decir, que no pueden ser superadas por las tarifas que establezcan las empresas concesionarias, pudiendo aplicarlas en cualquiera de sus modalidades para la prestación de servicios públicos.

Asimismo, las disposiciones y criterios tarifarios que se hubiesen establecido en los contratos de concesión, serán aplicables a las empresas titulares de los mismos.

OSIPTEL también puede desregular las tarifas si verifica condiciones de competencia efectiva entre las empresas operadoras, que garanticen una tarifa razonable en beneficio del usuario, tal como viene ocurriendo con determinados servicios de telefonía fija[1].

Bajo esta función el OSIPTEL puede:

1. Fijar diferentes modalidades de tarifas tope para servicios portadores, finales o de difusión de carácter público, así como las reglas para su correcta aplicación.
2. Disponer la revisión de dichas tarifas o fijar los ajustes que correspondan; y

3. Establecer sistemas de tarifas que incluyan un conjunto de reglas y disposiciones tarifarias a que se sujetarán las empresas operadoras para la aplicación de tarifas, planes tarifarios, ofertas, descuentos y promociones.

Conviene señalar que, en el caso de los servicios de valor añadido, como es el caso del acceso a Internet (técnicamente denominado conforme a la Ley de Telecomunicaciones como Servicio de Conmutación de Datos por Paquetes), de conformidad con el Artículo 68 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones la fijación de las tarifas era libre y se regulaba por las condiciones de oferta y demanda, prohibiendo su regulación por parte del OSIPTEL. Sin embargo, mediante la Ley N° 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, se modificó el citado artículo estableciendo que en caso el OSIPTEL determine la ausencia de condiciones de competencia en la prestación de algún servicio de valor añadido, o si declara la existencia de un proveedor importante, podrá establecer la regulación tarifaria de dicho servicio de valor añadido.

La función reguladora es competencia del Consejo Directivo del OSIPTEL y se ejerce a través de resoluciones del referido Consejo.

c) Función supervisora

Mediante esta facultad el OSIPTEL tiene la potestad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de los operadores.

1 Un caso de desregulación tarifaria lo tenemos en el Proyecto de Resolución para suprimir la regulación tarifaria de los servicios de Categoría I y servicios de llamadas fijo-móvil prestados por Telefónica del Perú S.A.A., publicado en Normas Legales de El Peruano el 3 de diciembre de 2018.

En el marco de la función de supervisión, además, el OSIPTEL debe emitir opinión previa sobre los contratos tipo de concesión que celebre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. En el caso de contratos específicos, el citado Ministerio puede solicitar su opinión previa en aspectos referidos a tarifas, interconexión, competencia, calidad, prestación del servicio, solución de controversias y demás aspectos que sean de su competencia. Asimismo, el OSIPTEL emite opinión previa en los casos de renegociación de los contratos de concesión.

Cabe señalar que la opinión de OSIPTEL no es vinculante, es decir, el Ministerio puede aceptar o no sus recomendaciones, pese a que los temas pueden afectar el desarrollo de los servicios y la competencia.

Por otro lado, el OSIPTEL tiene facultad para solicitar a las empresas supervisadas todo tipo de información relacionada con el objeto de la supervisión, inclusive la información necesaria para realizar estadísticas, que luego serán publicadas. Con dicho propósito puede aprobar los instructivos en los que se detallará el tipo de información solicitada, su periodicidad de presentación y las demás condiciones para su entrega (como entrega física o por medio digitales).

En lo referente a la información cabe agregar que el Artículo 6 de la Ley N° 27336 faculta al OSIPTEL hasta poder requerir la entrega de información de carácter confidencial o vinculada a secretos comerciales por parte de las empresas supervisadas, siempre que sean en el marco de sus funciones; en tal caso, es responsabilidad del regulador guardar la debida reserva, estando prohibida su publicación o difusión, bajo responsabilidad. Asimismo, corresponde al OSIPTEL calificar la información de confidencial en caso esta sea solicitada expresamente.

Los actos de supervisión del OSIPTEL están reglados en la Ley N° 27336, la cual lista como sus facultades:

1. Exigir a las empresas supervisadas la exhibición o presentación de todo tipo de documentos, expedientes, archivos y otros datos, incluyendo planos, libros contables, comprobantes de pago, correspondencia comercial, registros magnéticos y todos los programas e instrumentos que fueran necesarios para su lectura.

2. Exigir a las entidades supervisadas que presenten información relacionada con facturación, tasación, lugar y fecha de instalación de líneas o circuitos, tráfico entrante y saliente, y otras que se establezca con el detalle, forma y condiciones que el regulador establezca para cada caso.

3. Acceder a las dependencias, equipos e instalaciones de operación y de gestión de red de la empresa supervisada.

4. Tomar copia de los archivos físicos o magnéticos, así como tomar las fotografías, realizar impresiones, grabaciones magnetofónicas o en vídeo y utilizar los medios necesarios para generar un registro completo y fidedigno de la acción de supervisión.

5. Realizar exámenes sobre aspectos técnicos o tecnológicos, para lo cual pueden efectuar pruebas, analizar características de los equipos, revisar instalaciones y llevar a cabo cualquier diligencia conducente al cumplimiento del objeto de la acción de supervisión.

6. Citar o formular preguntas tanto a funcionarios de la empresa como a terceros, cuyos testimonios puedan ser útiles para el esclarecimiento de

los hechos a que se refiere la acción de supervisión y utilizar los medios técnicos para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, como grabaciones magnetofónicas o en vídeo.

En contraposición, las empresas operadoras están obligadas a:

1. Proporcionar toda la información y documentación que sea solicitada a fin de llevar a cabo la acción de supervisión, en los plazos y formas establecidas por el OSIPTEL.

2. Permitir el acceso de manera inmediata a los funcionarios autorizados de OSIPTEL y sus colaboradores a sus dependencias, instalaciones y equipos.

3. Ejecutar el software necesario para la inspección o verificación de la información correspondiente.

4. Realizar o brindar todas las facilidades a los funcionarios de OSIPTEL para ejecutar todas las pruebas técnicas y mediciones solicitadas con motivo de la acción de supervisión, con aparatos y equipos de la propia empresa o, si regulador lo considera conveniente, con sus aparatos y equipos o los de terceros.

5. Conservar por un período mínimo de 3 años, después de originada la información realizada con la tasación, los registros fuentes de las llamadas y facturación de los servicios y con el cumplimiento de normas técnicas, obligaciones contractuales o legales aplicables a los servicios públicos.

6. Proporcionar todas las facilidades del caso relacionadas con el objetivo de la acción de supervisión.

d) Función fiscalizadora

Esta función permite al OSIPTEL imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras por infracciones al marco legal vigente. Asimismo,

> **en el marco de su función fiscalizadora el regulador supervisa el cumplimiento de las obligaciones contractuales para imponer las sanciones que correspondan o, proceder a la renovación de la concesión, cuando corresponde dicho proceso.**

En base a esta función el OSIPTEL puede aplicar medidas cautelares y correctivas para evitar que un daño se convierta en irreparable, asegurando de esta manera el cumplimiento de las resoluciones o decisiones que vaya a tomar en determinados casos. Las medidas correctivas incluyen la posibilidad que OSIPTEL acceda a las instalaciones o equipos de las empresas supervisadas para realizar todas las acciones conducentes que considere, a fin de hacer efectivas las disposiciones que adopte y que la empresa operadora se hubiese resistido a cumplir. En tal caso,

> **el regulador puede recurrir al apoyo de la fuerza pública para asegurar la ejecución de sus resoluciones, mandatos u órdenes.**

En el aspecto sancionador, conforme al marco legal, conviene señalar algunos aspectos importantes de esta función:

- La Ley N° 27336 desarrolla la función supervisora del OSIPTEL, su facultad sancionadora y de tipificación y

niveles de multas, las cuales a partir de este momento se fijan en diferentes montos a los que inicialmente se establecieron en la Ley de Telecomunicaciones:

	Multa mínima	Multa mínima
Leves	0.5 UIT (*)	50 UIT
Graves	51 UIT	150 UIT
Muy graves	151 UIT	350 UIT

(*) La Unidad Impositiva Tributaria es revisada anualmente por el MEF y aprobada por decreto supremo. La UIT vigente al 2018 es de S/ 4,150.00.

- Esta Ley además establece aspectos referidos al procedimiento sancionador del OSIPTEL, graduación de las multas, prescripción, la posibilidad de imponer multas coercitivas, destino de las multas, etc.

- Teniendo en cuenta que el OSIPTEL es competente para conocer las infracciones a la libre y leal competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, el OSIPTEL puede sancionar a las personas naturales o jurídicas que no tengan la condición de empresas operadoras de dichos servicios, pero que incumplen tales normas. Por esa misma razón, en los casos de infracciones a la libre y leal competencia, el OSIPTEL aplica los montos establecidos por el Decreto Legislativo N° 1034 (que sustituyó al Decreto Legislativo N° 701), que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, así como el Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (que derogó el Decreto Ley N° 26122), aplicándose también los criterios de gradación de sanciones establecidos dichas normas.

- Asimismo, el OSIPTEL puede aplicar el Decreto Legislativo N° 1034, referente a la participación y sanciones a los representantes legales o las personas que integran los órganos directivos de las empresas o entidades sancionadas. La norma amplía los supuestos no solamente por infracciones relacionadas con la libre competencia, sino también con la interconexión y con negativas para acceder a información.

- **Toda sanción administrativa deberá ser impuesta previo procedimiento administrativo sancionador, en el cual registran las siguientes reglas mínimas: (i) se deberá otorgar al potencial sancionado la posibilidad de presentar descargos por escrito, en un plazo no menor de 5 días, (ii) la instrucción y la imposición de sanción deberán recaer sobre órganos distintos, (iii) se notificará por escrito al posible sancionado, señalando: los actos u omisiones constitutivos de la fase de instrucción; las normas que prevén los actos como infracciones administrativas; el propósito de emitir la resolución de sanción; y el plazo para presentar sus descargos por escrito.**

- La responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad contractual, civil o penal que se originen por los hechos u omisiones que configuran la infracción administrativa.

- Son independientes las infracciones administrativas relacionadas con el incumplimiento de las normas sectoriales respecto de las infracciones administrativas relacionadas con la leal o libre competencia y las que se prevean en el TUO de la Ley de Telecomunicaciones,

su Reglamento General y que correspondan ser sancionadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a través de la Dirección General de Control y Supervisión de Comunicaciones.

- Para la gradación de la multa a imponerse se tomarán en cuenta los siguientes criterios: (i) naturaleza y gravedad de la infracción, (ii) daño causado, (iii) reincidencia, (iv) Capacidad económica del sancionado, (v) comportamiento posterior del sancionado, especialmente la disposición para reparar el daño o mitigar sus efectos y (v) el beneficio obtenido por la comisión de la infracción, a fin de evitar, en lo posible, que dicho beneficio sea superior al monto de la sanción.

- La facultad de OSIPTEL para la imposición de sanciones administrativas prescribe: a los 2 años tratándose de infracciones leves; a los 3 años tratándose de infracciones graves; y, a los 4 años tratándose de infracciones muy graves. Asimismo, la facultad para el cobro o ejecución de sanciones administrativas prescribe a los 2 años, plazo que se interrumpe cuando existe una comunicación del regulador dirigido a ejecutar el cobro o la ejecución de la sanción o multa.

Si por la realización del o los mismos actos u omisiones se incurriese en más de una infracción administrativa, el OSIPTEL aplicará la sanción prevista para la infracción con mayor nivel de gravedad.

- Un elemento a tener en cuenta es que cuando se presenta una situación de reincidencia, el OSIPTEL puede duplicar las multas impuestas incrementándolas sucesiva e ilimitadamente.

- También se prevé la posibilidad que el OSIPTEL imponga multas coercitivas, por un monto que no supera el monto máximo de la multa prevista para las infracciones leves.

e) Función sancionadora

Mediante esta función el OSIPTEL resuelve las controversias que se generan entre una empresa operadora y un usuario por aspectos vinculados al contrato de abonado, como condiciones de uso, oferta de planes tarifarios, menos las referidas a los reclamos de usuarios propiamente dichos.

Asimismo, de conformidad con la Ley N° 27336, el OSIPTEL está facultado a resolver las controversias entre las empresas operadoras por aspectos relacionados a libre y leal competencia en el mercado de telecomunicaciones, inclusive cuando una sola de las empresas involucrada en la controversia sea una empresa de servicios públicos. De allí que puede resolver de controversias entre empresas de servicios públicos y una de radiodifusión (un canal de televisión) o, inclusive, las controversias con una empresa eléctrica. Sino se tratará de un tema de libre y leal competencia, por ejemplo, sobre marcas o publicidad engañosa, la competencia es del INDECOPI.

Los órganos competentes del OSIPTEL para conocer las controversias son:

En primera instancia: el Cuerpo Colegiado.

En segunda instancia: el Tribunal Administrativo.

En general, el OSIPTEL tiene competencia para conocer en vía administrativa las siguientes controversias que se generen entre las empresas:

1. Las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia. En estos casos, antes de resolver la controversia en primera instancia, se dispone que el OSIPTEL debe solicitar al INDECOPI, un informe técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos.

2. Las relacionadas con la interconexión en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, incluyendo lo relativo a cargos y demás compensaciones o retribuciones, que se paguen las empresas y que se derivan de una relación de interconexión, así como lo relativo a las liquidaciones de dichos cargos, compensaciones o retribuciones.

3. Las relacionadas con el derecho de acceso a la red, incluyendo sus aspectos técnicos, jurídicos y económicos.

4. Las relacionadas con las tarifas y cargos.

5. Las relacionadas con aspectos técnicos de los servicios públicos de telecomunicaciones.

6. Las relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

El OSIPTEL es competente para conocer y resolver las siguientes controversias entre empresas operadoras y usuarios:

1. Las relacionadas con el incumplimiento de contrato de abonado y las condiciones de uso del servicio.

2. Las relacionadas con el cumplimiento de ofertas, promociones, y productos de servicios públicos de telecomunicaciones.

3. Las relacionadas con el cumplimiento del marco normativo aplicable a los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones.

La competencia de OSIPTEL es opcional para el usuario en las controversias antes señaladas, pudiendo recurrir directamente a la vía judicial. No se incluye en la función de solución de controversias los casos previstos como reclamos de usuarios.

Cabe agregar que en años recientes se han dado leyes específicas sobre las cuales el OSIPTEL ha tomado competencias, como la Ley N° 29904, Ley de promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, para el acceso a la infraestructura eléctrica y la Ley N° 30083, Ley que establece medidas para fortalecer la competencia en el mercado de los servicios públicos móviles, por el cual el OSIPTEL aprueba los mandatos de acceso de los Operadores Móviles Virtuales (OMV).

Por otro lado, el OSIPTEL también puede tomar competencia para resolver controversias en la vía arbitral, cuando las partes en controversia hayan acordado someter la discrepancia al arbitraje administrativo por OSIPTEL, siendo el competente el Tribunal Arbitral del citado or-

ganismo.

Efectivamente, de conformidad con el Reglamento General del OSIPTEL las empresas operadoras pueden someter sus controversias a arbitraje, salvo que versen sobre materias no arbitrables. Se consideran materias no arbitrables, por tratarse del ejercicio propio de atribuciones o funciones de imperio del Estado, las referidas al cumplimiento de las funciones que corresponde desarrollar al OSIPTEL. Tratándose de materias arbitrables la vía arbitral es alternativa y excluyente de la vía administrativa; siendo de aplicación supletoria la Ley General de Arbitraje. La función de administrar los arbitrajes no es exclusiva de OSIPTEL.

La concurrencia de dos o más manifestaciones inequívocas de voluntad efectuadas unilateralmente por las empresas operadoras en sus respectivos contratos de concesión, en comunicaciones dirigidas a OSIPTEL o mediante otro medio o mecanismo, para someter a arbitraje sus controversias con otras empresas operadoras, tiene los efectos de un convenio arbitral, siendo aplicable el Decreto Legislativo N° 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje (que sustituyó a la Ley N° 26572) y las normas complementarias.

f) Función de solución de reclamos de usuarios

El OSIPTEL es competente para resolver en segunda instancia administrativa, pues la primera es ante la misma empresa operadora que brinda el servicio de telecomunicaciones, los temas relacionados con:

- Facturación o cobro del servicio.
- Instalación o activación del servicio;
- Traslado del servicio;
- Suspensión o corte del servicio;
- Calidad e idoneidad del servicio, así como la veracidad de la información brindada a los usuarios;
- Falta de entrega del recibo o de la copia del recibo solicitada por el usuario;
- Incumplimiento de la empresa operadora en activar o desactivar los servicios suplementarios o adicionales solicitados; y,
- Otros que señale el Consejo Directivo.

En ese sentido, son competentes para resolver los reclamos de usuarios:

- En primera instancia: la empresa operadora.
- En segunda instancia: el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU).

g) Otra función asignada es la prevista en el Decreto Legislativo N° 1338 por el que se creó el Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad (RENTESEG), cuya implementación y administración está a cargo del OSIPTEL. El propósito de la norma es prevenir y combatir el hurto, robo y comercio ilegal de equipos terminales móviles, dentro del marco del fortalecimiento de la seguridad ciudadana; garantizando la contratación de los servicios públicos móviles de telecomunicaciones.

h) Una de las funciones que, además, le reconocía el TUO de la Ley de Telecomunicaciones al OSIPTEL era el de administrar el Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEL); sin embargo,

mediante la Ley N° 28900, Ley que otorga al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones - FITEL la calidad de persona jurídica de Derecho Público, dicho fondo pasó en el 2006 a ser adscrito al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

La ley reconocía al fondo como una persona jurídica de derecho público, adscrita al sector Transportes y Comunicaciones, estando destinado a la provisión de acceso universal, es decir, al acceso en el territorio nacional a un conjunto de servicios de telecomunicaciones esenciales, capaces de transmitir voz y datos. Actualmente, mediante Decreto Supremo N° 018-2018-MTC se fusiona al FITEL en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y se crea el Programa Nacional de Telecomunicaciones (PRONATEL), dependiente del Viceministerio de Comunicaciones.

De conformidad con el Decreto Supremo en mención, el PRONATEL tiene un nuevo objetivo como es la provisión de acceso universal de servicios de telecomunicaciones, el desarrollo de la banda ancha en su ámbito de intervención, la promoción de servicios, contenidos, aplicaciones y habilidades digitales y la reducción de la brecha de infraestructura de comunicaciones, a nivel nacional.

4. Estructura del Regulador

En primer lugar, debemos señalar que el OSIPTEL es un organismo público descentralizado que se encuentra adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), cuenta con personería de derecho público interno y goza de autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera y se rige por las leyes y reglamentos mencionados, es decir, no depende estructuralmente de la PCM y, en consecuencia, sus decisiones son independientes de dicho Ministerio.

- Como objetivos se reconocen al OSIPTEL los siguientes:

- Promover las condiciones de competencia en el mercado de telecomunicaciones.

- Garantizar el acceso universal a los servicios de telecomunicaciones.

- Garantizar la calidad y la continuidad de los servicios públicos de telecomunicaciones.

- Velar por el cumplimiento de los contratos de concesión.

- Cautelar de manera imparcial por los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios.

- Establecer políticas de protección para los usuarios, y velar por el acceso a tarifas razonables.

- Facilitar el desarrollo, modernización y explotación de los servicios de telecomunicaciones.

- Otros previstos en leyes específicas.

Para cumplir con los objetivos previstos, la ley contempla una estructura en cuyo mayor nivel se encuentran el Consejo Directivo, la Presidencia y el Gerente General.

- El órgano máximo del OSIPTEL es un ente colegiado denominado Consejo Directivo, integrado por 5 miembros y tiene a su cargo el establecimiento de las políticas y la dirección del regulador. El Consejo sesiona ordinariamente, como mínimo, una vez al mes y, extraordinariamente, cuando el presidente o la mayoría de sus miembros lo determine. Los miembros

son designados por un periodo de 5 años, pudiendo reelegirse por un periodo adicional.

- El presidente del Consejo Directivo ejerce las funciones ejecutivas de dirección del OSIPTEL y es el titular de la referida entidad, representando al OSIPTEL ante autoridades públicas, instituciones nacionales o del exterior, y directorios de empresas, entre otras funciones.

- Por su parte, la Gerencia General es el órgano ejecutivo responsable de la marcha administrativa del OSIPTEL y de la ejecución de los acuerdos del Consejo Directivo y del presidente. Asimismo, desarrolla los aspectos funcionales que las leyes y reglamentos le asignen.

El Gerente General puede asistir a las sesiones del Consejo Directivo, con derecho a voz, pero sin voto; sin embargo, cuando se discuta la apelación de una decisión adoptada por su despacho, deberá abstenerse de participar y retirarse de la sesión.

El presupuesto del OSIPTEL es financiado con el Aporte por Regulación, o Aporte de Supervisión, mediante cuotas mensuales equivalentes al medio por ciento (0,5%) de sus ingresos brutos facturados y percibidos durante el mes anterior, de las empresas operadoras de servicios públicos.

A continuación, se grafica la estructura orgánica del OSIPTEL con las demás gerencias especializadas y órganos de línea.

5. Principios de acción del OSIPTEL

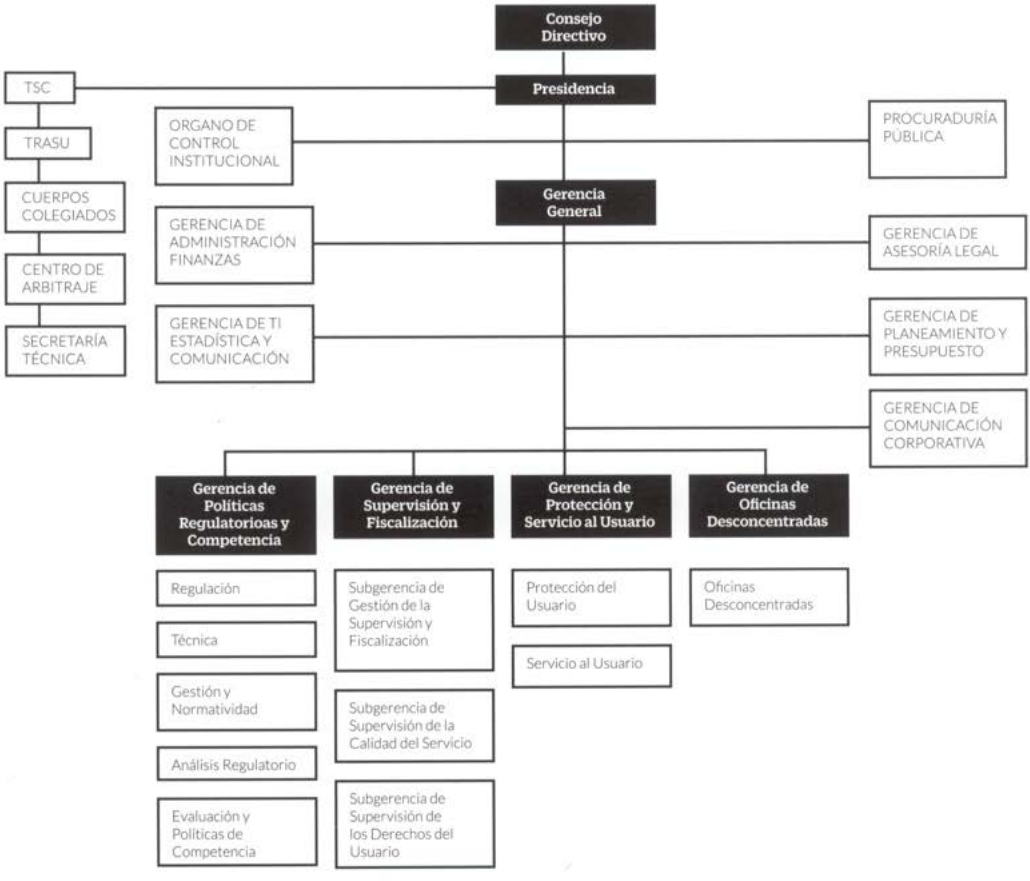


Imagen obtenida de la página web del OSIPTEL (OSIPTEL, 2019)

Al tener el OSIPTEL diversas funciones y autonomía, el legislador ha previsto en su Reglamento General una serie de principios que deben guiar su accionar y el ámbito de sus funciones, de tal manera que sus decisiones sean objetivas, razonables y se evite la arbitrariedad de sus actos.

Los principios de acción detallados en las normas son:

a) Principio de libre acceso

El principio de libre acceso establece que la actuación del OSIPTEL debe orientarse a garantizar a las empresas y a los usuarios, el libre acceso a la prestación de los servicios, siempre que se cumplan previamente con los requisitos y exigencias legales y contractuales.

b) Principio de neutralidad

Este es uno de los principios básicos de la regulación de telecomunicaciones por el cual el OSIPTEL debe velar por la neutralidad de la operación de las empresas, cuidando que dichas empresas no utilicen tal condición, de manera directa o indirecta, para obtener ventajas frente a otras empresas competidoras o frente a los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones, impidiendo la sana competencia. Bajo este principio el TUO de la Ley de Telecomunicaciones, en su Artículo 37°, dispone que las empresas que sean titulares de concesiones para prestar dos o más servicios en forma simultánea, están obligadas a llevar contabilidad separada de sus actividades.

Sin perjuicio de tal obligación, la norma también prevé que el accionar del OSIPTEL debe cuidar que sus actos no restrinjan injustificadamente los incentivos para la inversión, la innovación o la competencia por tarifas en el mercado.

c) Principio de no discriminación

En el contexto de la libre y leal competencia, la no discriminación implica que las decisiones y acciones del organismo regulador se orienten a garantizar que las empresas competidoras en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones no se discriminen unas a otras y afecten la competencia.

d) Principio de actuación basado en el análisis costo beneficio

Por este principio los beneficios y costos de las acciones del OSIPTEL deben ser evaluados antes de su realización, y sustentados mediante estudios y evaluaciones de carácter eminentemente técnico; de tal manera que se asegure que las decisiones sean tomadas racionalmente y buscando la eficacia de todas las decisiones.

e) Principio de transparencia

Por este principio se busca que las decisiones del OSIPTEL deben adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocibles y predecibles por los involucrados; asimismo, que dichas decisiones sean motivadas.

Por otro lado, se busca que las propuestas normativas sean previamente publicadas para recibir opiniones y comentarios del público en general como son las empresas involucradas, usuarios e interesados. Asimismo, en el marco de este principio se prevé la realización de audiencias públicas a fin de recibir opiniones de los administrados sobre las propuestas normativas.

f) Principio de promoción de la competencia

La promoción de la competencia implica que el accionar del OSIPTEL se debe orientar

a promover la libre y leal competencia, mediante la facilitación de las inversiones que contribuyan a aumentar la cobertura y calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones.

g) Principio de imparcialidad

Bajo este principio el OSIPTEL debe equilibrar los intereses de las empresas operadoras y los intereses de los usuarios; por lo que en situaciones similares el tratamiento debe ser similar o análogo.

h) Principio de autonomía

Este principio se desprende de la autonomía de los reguladores y se entiende que en ese sentido el accionar del OSIPTEL no se encuentra sujeto a la orden o al mandato de ninguna otra autoridad del Estado, basando sus decisiones en criterios legales y eminentemente técnicos.

i) Principio de subsidiariedad

En una economía social mercado, tal como se reconoce en el Artículo 58 de la Constitución Política, la iniciativa privada es libre; por tal razón, la actuación del OSIPTEL es únicamente subsidiaria y sólo procede únicamente en los casos en que el mercado y los mecanismos de libre competencia no funcionen adecuadamente para la satisfacción de los usuarios y los competidores. En ese sentido, la norma es clara y prevé que cuando haya duda entre aprobar una norma o no, se debe optar por no aprobarla.

j) Principio de supletoriedad

Tal como se ha indicado líneas arriba, el OSIPTEL es una entidad de competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, siendo que, además, en determinados casos, puede aplicar dichas normas de libre competencia de manera supletoria a las disposiciones del regulador.

k) Principio de análisis de decisiones funcionales

En virtud de este principio cuando OSIPTEL analice adoptar alguna acción o medida regulatoria debe evaluarla previamente, teniendo en cuenta la incidencia que pueda tener dicha acción o medida en las tarifas, calidad de servicio, incentivos a la innovación, obligaciones previstas en los contratos y todo aspecto relevante para el mercado de telecomunicaciones y los usuarios.

l) Principio de eficiencia y efectividad

Este principio pretende que la actuación del regulador esté orientada en la eficiencia de los recursos que dispone. Asimismo, que el logro de los objetivos que pretende alcanzar sea al mínimo costo para los involucrados.

m) Principio de celeridad

Concordante con el principio reconocido en el numeral 1.9 del Artículo IV del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, la actuación del OSIPTEL debe orientarse a resolver los temas y controversias de manera oportuna y en un tiempo razonable, sin violentar el debido procedimiento y el ordenamiento vigente.

6. Conclusiones y retos del regulador

El OSIPTEL es un organismo creado en el año 1991 y que tiene amplia experiencia y solvencia técnica en la regulación del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, teniendo diversas facultades que le permiten monitorear constantemente el mercado.

El organismo regulador ha tenido un gran avance en todos los años desde su creación y ha servido de modelo para otros similares en otros países en temas como acceso universal, reconocido inclusive por el Banco Mundial, y sirviendo como modelo de referencia para los reguladores de otros países (OSIPTEL, 2003, p. 1).

Asimismo, en el año 2017 el OSIPTEL ha sido el organismo regulador mejor evaluado en el país, y en redes sociales, según el indicador Klout, tiene 70 de los 100 puntos posibles (Memoria Institucional de OSIPTEL, 2017, p. 7).

No obstante, desde el 2012 ha estado promoviendo el fortalecimiento de sus facultades, mediante propuestas específicas como son (Memoria Institucional de OSIPTEL, 2013, pp. 16-18).

- Establecer la posibilidad de tercerizar la función supervisora, como la tienen en sus normas otros reguladores de servicios públicos.

- Modificar la escala de multas eliminando pisos y elevando topes, dado que se considera que las multas son muy bajas y no son disuasivas, teniendo en cuenta los ingresos de los operadores.

- Ampliar los criterios de graduación de las multas, similar o prevista en normas del INDECOPI y la OEFA.

- La creación de un tribunal de apelaciones encargado de resolver en segunda instancia los recursos de apelación en procedimientos

- La creación de la Comisión de Defensa de la Competencia en Telecomunicaciones.

Sin embargo, hasta la fecha no se han ejecutado las modificaciones requeridas por el OSIPTEL, pese a las necesitadas manifestadas desde hace varios años y que le permitirían atender mejor las necesidades del mercado.

Por otro lado, siguiendo las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), entidad internacional que tiene por objeto la armonización de las políticas de los estados en aspectos de la economía y los temas sociales, es necesario el fortalecimiento institucional de los organismos reguladores para contribuir a la eficacia de sus labores y al mejor funcionamiento de los sectores a su cargo.

Asimismo, al mantenerse una Ley de Telecomunicaciones que data del año 1991, se requiere su actualización para prever las nuevas necesidades y el monitoreo adecuado en un entorno en el que surgen nuevos servicios y aplicaciones (Servicios OTT, Internet de las Cosas, Inteligencia Artificial, etc.), esencialmente influenciados por el desarrollo del mercado móvil y del internet.

Conforme se aprecia se necesita el fortalecimiento del organismo regulador de cara a los nuevos retos y servicios, siendo relevante los cambios para mantener su autonomía y el respeto a la institucionalidad para mantener un mercado competitivo, con más servicios, a tarifas accesibles y que llegue a la mayoría de los peruanos.

Bibliografía

Art. 04

Muente, R. (2017). *Agenda Regulatoria de las Telecomunicaciones.* Recuperado de: https://docplayer.es/72600943-Agenda-regulatoria-de-telecomunicaciones-rafael-muente-schwarz.html [Consulta: 04 de marzo de 2019].

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL). (2018). *Memoria 2017.* Recuperado de: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/par/memoria-institucional-de-osiptel-2017-1/memoria-institucional-de-osiptel-2017-web.pdf [Consulta: 04 de marzo de 2019].

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL). (2014). *Memoria 2013.* Recuperado de: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/par/memoria-institucional-de-osiptel-2013/Memoria_OSIPTEL_2013.pdf [Consulta: 04 de marzo de 2019].

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL). (2013). *OSIPTEL es tomado como modelo internacional al promover el acceso universal a las telecomunicaciones.* Recuperado de: https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/notasprensa/NP_Fitel1.pdf [Consulta: 04 de marzo de 2019].

Las medidas preventivas en el marco de la supervisión ambiental

Gianfranco Mejía Trujillo


Art. 05

LAS MEDIDAS PREVENTIVAS EN EL MARCO DE LA SUPERVISIÓN AMBIENTAL

GIANFRANCO MEJÍA TRUJILLO
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestría en Gestión Pública por la Universidad del Pacífico y MBA por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Docente de Derecho Administrativo de la UPC. Abogado del Equipo de Medidas Administrativas de la Coordinación Ambiental de Minería de la Dirección de Supervisión Ambiental en Energía y Minas del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Ha sido Director de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, y Subdirector de Instrucción e Investigación del OEFA.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Definición, marco normativo y jurisprudencia aplicable a las medidas preventivas. 3. Criterios para la imposición de medidas preventivas. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE
OEFA, medida preventiva, ambiental, procedimiento administrativo sancionador, OSINERGMIN, regulación, non market strategy, daños, criterios, Ley General del Ambiente.

1. Introducción

La protección del ambiente cada vez cobra mayor relevancia, por lo que resulta necesario que las acciones por parte de las autoridades administrativas involucradas en su tutela, cuenten con mayores herramientas regulatorias para garantizar el cumplimiento de sus fines.

En esa línea, en el presente artículo se analizará a las medidas preventivas en materia ambiental dictadas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), con la finalidad de conocerlas más a detalle y definir de manera preliminar algunos criterios que deben considerarse al momento de su imposición.

En la segunda sección, abordaremos lo referido a la definición de una medida preventiva, el marco normativo general que les resulta aplicable, y la jurisprudencia que se ha venido desarrollando sobre esta herramienta regulatoria relativamente novedosa, considerando que se incorporó al marco normativo ambiental hace cinco años, el año 2013.

En la tercera sección, desarrollaremos brevemente los criterios técnicos, legales y sociales que consideramos necesarios evaluar antes de que se ordenen medidas preventivas, junto con lo referido a las estrategias de aspectos fuera del mercado ("non market strategy"), con el objetivo de asegurar que su eficacia respecto de la protección ambiental no se vea afectada.

En la cuarta sección, culminamos el presente artículo con algunas conclusiones referidas al desarrollo de los temas que han sido reseñados.

2. Definición, marco normativo y jurisprudencia aplicable a las medidas preventivas

2.1. ¿Qué es una medida preventiva?

> **Una medida preventiva es una medida administrativa que tiene como finalidad evitar que se configuren los efectos perniciosos derivados de los hechos que la autoridad administrativa considera perjudiciales para el interés público que se encarga de tutelar, así como para mitigar tales efectos para que no continúen afectando los bienes jurídicos involucrados.**

En el caso de las medidas preventivas ambientales, son las medidas dictadas por el OEFA para evitar que se generen los impactos ambientales negativos derivados de las actividades económicas que supervisa en el ejercicio de sus funciones, buscando evitar que los hechos verificados afecten al ambiente mediante la generación de daños graves y que se mitiguen dichos impactos cuando se hayan verificado.

De los documentos e investigaciones que hemos podido revisar sobre el concepto de medidas preventivas, se desprende que su finalidad principal es evitar la ocurrencia de daños graves al ambiente, debido a que no tendría sentido su aplicación una vez que se han realizado, considerando además que para ese supuesto existen otras medidas administrativas (Maraví, 2017).

Asimismo, que es una medida que no se encuentra vinculada con una infracción administrativa ni, por ende, con un procedimiento administrativo sancionador (OEFA, 2016), lo que las diferencia, por ejemplo, de las medidas correctivas y cautelares (De la Puente y Vargas, 2015), las que se aplican una vez que el daño se ha

configurado y requiere ser corregido.

Finalmente, debe resaltarse que las medidas preventivas pueden aplicarse incluso si la conducta del administrado cumple con lo dispuesto en la ley y en sus instrumentos de gestión ambiental, debido a que ello no implica que no se puedan generar impactos graves al ambiente (OEFA, 2016). Es por todas las razones mencionadas que las medidas preventivas cumplen una finalidad muy importante respecto de la protección del ambiente.

2.2. Marco normativo general de las medidas preventivas

En la Ley 28611, Ley General del Ambiente, se establece el principio de prevención, el cual determina que la gestión ambiental tiene como objetivos prevenir y evitar la degradación ambiental, así como mitigar sus efectos en caso no sea posible eliminar sus causas[1].

De acuerdo con el artículo 22-A la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA),

> **las medidas preventivas se imponen ante un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente, los recursos naturales o derivado de ellos, a la salud de las personas, y para mitigar las causas que generen la degradación o el daño ambiental.**

El referido artículo también establece que para disponer una medida preventiva, no es necesario el inicio de un PAS y que se ejecuta sin perjuicio de la sanción administrativa respectiva[2].

Lo establecido legalmente se desarrolló en el Reglamento de Supervisión del OEFA, aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo 005-2017-OEFA/CD, en el que se definieron los tres supuestos establecidos en la Ley del SINEFA:

> **"Artículo 25°.- Alcance**
> (...)
> 25.2 Se puede dictar una medida preventiva en cualquiera de los siguientes supuestos:
>
> a) **Inminente peligro:** es la situación de riesgo o daño al ambiente cuya ocurrencia es altamente probable en el corto plazo.
>
> b) **Alto riesgo:** es la probabilidad de ocurrencia de impactos ambientales que puedan trascender los límites de una instalación, y afectar de manera adversa al ambiente y la población.
>
> c) **Mitigación:** se configura cuando es necesario implementar acciones tendientes a prevenir daños acumulativos de mayor gravedad sobre el ambiente".

Como se puede apreciar,

> **las normas reseñadas reflejan la definición y la naturaleza**

1 Ley General del Ambiente.-
"Artículo VI.- Del principio de prevención
La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan".

2 Ley del SINEFA.-
"Artículo 22-A.- Medidas preventivas
Las medidas preventivas pueden contener mandatos de hacer o no hacer. Se imponen únicamente cuando se evidencia un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente, los recursos naturales o derivado de ellos, a la salud de las personas; así como para mitigar las causas que generan la degradación o el daño ambiental.
Para disponer una medida preventiva, no se requiere el inicio de un procedimiento administrativo sancionador. Dicha medida se ejecuta sin perjuicio de la sanción administrativa a que hubiera lugar.
La vigencia de la medida preventiva se extiende hasta que se haya verificado su cumplimiento o que hayan desaparecido las condiciones que la motivaron".

de las medidas preventivas, en el sentido de destacar que son medidas que tienen como finalidad principal evitar la configuración de impactos ambientales negativos ante situaciones de inminente peligro, alto riesgo y mitigación, así como que no se encuentran vinculadas con un PAS.

2.3. Jurisprudencia sobre la definición y características de las medidas preventivas

El Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) del OEFA, es el órgano que se encarga de resolver los recursos de apelación contra las decisiones emitidas por los órganos resolutivos del OEFA. En el presente caso, nos interesa analizar los pronunciamientos emitidos durante el año 2018[3] sobre las medidas preventivas ordenadas por la Dirección de Supervisión Ambiental en Energía y Minas (DSEM).

En dichos pronunciamientos, el TFA reitera y corrobora el desarrollo conceptual y normativo sobre las medidas preventivas. Por ejemplo, ha enfatizado la diferencia en el análisis que se debe realizar sobre dichas medidas y el pertinente a un PAS:

"48. En atención a lo señalado, al encontrarnos dentro de un procedimiento de carácter preventivo y no en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, corresponde a esta sala pronunciarse solo respecto del cumplimiento de los requisitos del dictado de una medida preventiva, y no emitir pronunciamiento respecto de cualquier argumento relacionado con la responsabilidad administrativa del administrado[4]":

Como se puede apreciar, el TFA distingue claramente entre el procedimiento de carácter preventivo de las medidas preventivas y el análisis de la comisión de infracciones administrativas en el marco de un PAS, por lo que el enfoque que se debe atribuir a las primeras debe consistir en verificar el cumplimiento de los requisitos de alto riesgo, inminente peligro y mitigación establecidos en la normativa respectiva.

Adicionalmente, el TFA ha desarrollado supuestos específicos para el cumplimiento de los requisitos mencionados. Para lo referido al alto riesgo ambiental y a la mitigación ha establecido lo siguiente:

"79. Por lo tanto, en virtud de los fundamentos expuestos en los considerandos precedentes de la presente resolución, esta sala considera que las concentraciones elevadas de metales como Plomo (Pb), Zinc (Zn), Arsénico (As) y Cobre (Cu), contenidos en el material particulado depositado en el suelo del Parque Infantil Ecológico de Paragsha acreditan la existencia de:

- *Un **alto riesgo** de ocurrencia de impactos negativos como consecuencia del material particulado que contiene elevados niveles de metales como Plomo (Pb), Zinc (Zn), Arsénico (As) y Cobre (Cu), afectando la calidad del suelo y la salud de las personal que concurren al parque recreacional.*

- ***Mitigación ante la necesidad de implementar acciones para prevenir daños acumulativos** de mayor gravedad sobre el ambiente, relacionados con los impactos que se pueden ocasionar a la población[5]".* Resaltado en el original.

En el caso concreto, dada la cercanía del parque involucrado con una unidad minera, se presentaba claramente el supuesto de

3 Cabe precisar que los pronunciamientos analizados fueron emitidos por la Sala Especializada en Minería, Energía, Pesquería e Industria Manufacturera (SMEPIM) del TFA.

4 Ver la Resolución 027-2018-OEFA/TFA-SMEPIM del 14 de febrero de 2018.

5 Ver la Resolución 027-2018-OEFA/TFA-SMEPIM del 14 de febrero de 2018.

alto riesgo ambiental y la necesidad de actuar de manera inmediata con acciones de mitigación, para evitar que los impactos ambientales negativos pudieran extenderse y empeorarse.

Sobre la necesidad del cumplimiento oportuno de las medidas preventivas y la importancia de las acciones de mitigación, en otro pronunciamiento el TFA ha señalado lo siguiente:

> *"75. Con relación a este argumento, se debe precisar que la medida preventiva dictada en el presente caso es de carácter integral y tiene como finalidad mitigar un daño ya producido, es decir, evitar el riesgo o peligro de que se produzca un daño acumulativo al medio ambiente, por lo que el incumplimiento de cualquiera de las acciones comprendidas en la medida preventiva significaría la generación de un riesgo o peligro injustificado[6]".*

En el párrafo reseñado, el TFA resalta la importancia de cumplir con las medidas preventivas, en el caso específico ante acciones de mitigación, debido a que considera que ante su incumplimiento nos encontraríamos frente a los otros supuestos de las medidas preventivas (alto riesgo e inminente peligro), que es justo lo que se desea evitar con las medidas ordenadas.

Una vez desarrollados los aspectos referidos a la definición, el marco normativo general y la jurisprudencia aplicable a las medidas preventivas, corresponde tocar lo referido a los criterios necesarios para su imposición.

Una vez desarrollados los aspectos referidos a la definición, el marco normativo general y la jurisprudencia aplicable a las medidas preventivas, corresponde tocar lo referido a los criterios necesarios para su imposición.

3. Criterios para la imposición de medidas preventivas

La imposición de medidas preventivas debe responder a lo establecido en la normativa y jurisprudencia reseñada, las cuales han sido resumidas en la sección anterior. Sin embargo, de acuerdo con la experiencia desarrollada en el marco de las labores de apoyo para su dictado, consideramos que se deben tomar en cuenta además los siguientes criterios:

3.1. Criterios técnicos

Establecer medidas para evitar los impactos ambientales negativos de la contaminación resulta mucho más necesario en un país como en el nuestro en el que, de acuerdo con la Evaluación de Desempeño Ambiental realizada por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), la vinculación entre la contaminación y la afectación a la salud es muy estrecha (OCDE, 2017).

En efecto, tomando como referencia al sector minero, el cual fue analizado por la OCDE, se verificaron los siguientes hechos:

- Sobre la contaminación del agua, los monitores efectuados en el período 2010-2013 en cuencas dieron cuenta de un considerable incumplimiento de los estándares de calidad ambiental relativos al pH, el arsénico, el cadmio, el cobre y el plomo (OCDE, 2017, p. 299).

- Respecto de la contaminación del aire y suelo, los estudios de la calidad del suelo y del aire muestran niveles

6 Ver la Resolución 055-2018-OEFA/TFA-SMEPIM del 6 de marzo de 2018.

de contaminación superiores a los permitidos. La contaminación del suelo se debe al alto grado de incumplimiento de las normas sobre emisiones de cadmio, arsénico, plomo y mercurio, que superan en muchas zonas los límites impuestos por la legislación nacional. En cuanto a las emisiones al aire, el incumplimiento es especialmente marcado en lo que respecta al dióxido de azufre y, en una menor medida, al plomo (OCDE, 2017, p. 299).

- Con relación a la contaminación por mercurio, se constata que aunque se han desplegado esfuerzos con el fin de controlar las descargas de mercurio de las explotaciones mineras, estos han sido insuficientes (OCDE, 2017, p. 301).

- Sobre los pasivos ambientales mineros, a pesar de que la mayoría representan un riesgo alto o muy alto, los mayores problemas que plantean estos pasivos radican en la existencia de minas abandonadas cuyos titulares no han sido identificados y en la necesidad de más recursos para su remediación (OCDE, 2017, p. 303).

Las referencias al informe sobre el desempeño ambiental del Perú elaborado por la OCDE, tienen como finalidad destacar que el sustento para determinar que se presentan los tres supuestos para el dictado de dichas medidas, se pueden complementar con la afectación concreta a los cuerpos receptores involucrados y a las personas que se pueden ver afectadas.

En efecto,

> **es necesario destacar, como se ha podido apreciar en las resoluciones dictadas por la DSEM, que los hechos verificados durante una acción de supervisión pueden tener implicancias en los cuerpos receptores y en las personas implicadas, para a partir de ello resaltar que nos encontramos frente a un alto riesgo o un inminente peligro ambiental, o que sean necesarias medidas de mitigación, lo que se podría configurar ante la presencia de pasivos ambientales, como ha sido mencionado.**

Consideramos que estos criterios técnicos básicos pueden complementarse con los legales que se exponen a continuación, dada su estrecha vinculación para asegurar la eficacia de las medidas preventivas ordenadas por la autoridad administrativa.

3.2. Criterios legales (y también técnicos)

El desarrollo del sustento técnico de las medidas preventivas debe ir acompañado de criterios legales que permitan asegurar que su finalidad sea efectiva más allá de su necesidad e importancia ante los hechos verificados. Debemos garantizar que además de que se cumplan con los tres supuestos establecidos normativamente para el dictado de tales medidas, dicha acción no sea cuestionada posteriormente.

No obstante ello, es necesario destacar, como se precisa en el título de esta sección, que en muchos casos (por no decir en todos) los aspectos legales van de la mano con los técnicos, por lo que en el desarrollo de la presente sección se abordarán de manera conjunta para asegurar su mejor comprensión.

Un aspecto muy importante que merece la pena señalarse, es el referido a la competencia de la autoridad que dicta la medida preventiva, debido a que, por ejemplo, existen diversas autoridades, además del OEFA, involucradas en la fiscalización de las actividades de las

empresas mineras, tal como lo ha resaltado la OCDE (OCDE, 2017, p. 303).

En efecto, debe tenerse presente que uno de los elementos de validez de un acto administrativo, como el que ordena una medida preventiva, es que la autoridad que lo emite sea competente[7] para hacerlo, de lo contrario dicho acto puede ser cuestionado por el administrado involucrado.

Para citar un ejemplo, el TFA, en un caso referido al sector hidrocarburos, se pronunció respecto del cuestionamiento de un administrado debido a que su criterio, el OEFA al dictar una medida preventiva, excedió su ámbito de competencias y asumió las del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN):

> *"44. Teniendo en cuenta ello, debe indicarse que contrariamente a lo alegado por el administrado el OEFA no solo evalúa el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en los artículos 11° y 17° de la Ley del SINEFA, sino que es competente dentro de su función supervisora de dictar medidas preventivas a fin de salvaguardar el ambiente, siempre que se cumpla con los supuestos establecidos en el Reglamento de Supervisión.*
>
> *45. Asimismo, debe considerarse que en el presente caso no se está evaluando el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 3° de la Ley N° 29901, la Resolución N° 001-2015-OS/TASTEM, el artículo 2° del Decreto Supremo N° 088-2013-PCM, el inciso 10 del numeral 1.B.2 del Anexo 1 - Actividades de Hidrocarburos, el artículo 70° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, sino que se está frente a un procedimiento de carácter preventivo en el cual la autoridad supervisora ambiental dictó las medidas preventivas N° 2 y 3 contenidas en el Cuadro N° 1 de la presente resolución.*
>
> *46. En ese sentido, lo alegado por el recurrente no resulta pertinente para el presente caso, por lo que corresponde que sus argumentos respecto a la competencia del OEFA sean desestimados[8]".*

De lo expuesto por el TFA, se aprecia que no es extraño que el dictado de una medida preventiva por parte del OEFA en el marco de una acción de supervisión se vea relacionada (de manera directa o indirecta) con las acciones que realizan otras entidades, en este caso, el OSINERGMIN.

Otro punto a tener en cuenta es considerar al dictado de una medida preventiva como una acción de fiscalización[9] derivada de una inspección o supervisión de la autoridad administrativa, mediante la cual se busca garantizar el cumplimiento de las obligaciones ambientales establecidas en la normativa, los instrumentos de gestión ambiental o los mandatos de las referidas autoridades.

---

7 Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.-
"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos
Son requisitos de validez de los actos administrativos:
1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisit os de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.
(...)".

8 Ver la Resolución 242-2018-OEFA/TFA-SMEPIM del 27 de agosto de 2018.

9 Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.-
"Artículo 237.-Definición de la actividad de fiscalización
237.1 La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cum plimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos.
(...)".

En ese sentido, debe verificarse que el dictado de medidas preventivas cumpla ciertos criterios que nos ayuden a asegurar su validez no sólo en términos técnicos sino también legales, para evitar que su eficacia respecto de la tutela del ambiente se vea afectada, lo que puede implicar dejar que los impactos ambientales negativos se mantengan respecto de los cuerpos receptores y las personas involucradas.

Un documento que nos puede servir para este ejercicio es el reciente documento publicado por la OCDE sobre las acciones de inspección y fiscalización a cargo de las autoridades, denominado "OECD *Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit*" (OCDE, 2018), que establece doce criterios para asegurar que la intervención del Estado en las actividades económicas sea adecuada y proporcional, evitando que se realice de manera innecesaria o que se verifique un exceso en el uso de sus facultades.

Cabe resaltar que el tomar en cuenta los criterios del referido documento cobra mayor relevancia, si se toma en cuenta que el 17 de octubre de 2018, se difundió que la OCDE inició la evaluación de la fiscalización ambiental que realiza el OEFA, la cual considerará el cumplimiento de los doce criterios que desarrolla[10].

A continuación analizaremos algunos de dichos criterios, que estimamos como los más pertinentes a ser aplicados para el dictado de medidas preventivas:

- Fiscalización basada en evidencia: Las supervisiones y las medidas administrativas deben sustentarse en evidencia, es decir, en información objetiva y certera sobre su necesidad, evaluando regularmente sus impactos (OCDE, 2018, p. 7).

Es necesario destacar que dentro de los deberes de las autoridades administrativas involucradas con las acciones de fiscalización, se encuentra la referida a revisar y evaluar de manera previa a dichas acciones, la documentación e información vinculada con el caso concreto a ser materia de una inspección o supervisión con la finalidad de sustentar de la mejor manera posible los hechos a ser constatados[11], por lo que resulta necesario recabar la mayor evidencia posible de manera preliminar al dictado de medidas preventivas.

Asimismo, en línea con lo anterior, este criterio sirve para cumplir con un requisito de validez importante de las medidas administrativas en su calidad de actos administrativos, como el referido a la motivación[12], debido a que su emisión debe ser respaldada por la mayor cantidad posible de evidencia científica sobre los potenciales impactos ambientales negativos, así como la contundencia de los medios probatorios que se recaban para acreditar el cumplimiento de los tres supuestos para su dictado.

Véase cómo este criterio puede servir para cumplir tanto con un criterio legal como con uno técnico, debido a que resulta

---

10 Ver la noticia del diario "Perú 21" en el siguiente vínculo: https://peru21.pe/peru/ocde-inicio-evaluacion-fiscalizacion-ambiental-oefa-peru-435068

11 Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.-
"Artículo 239.-Deberes de las entidades que realizan actividad de fiscalización
239.1 La Administración Pública ejerce su actividad de fiscalización con diligencia, responsabilidad y respeto a los derechos de los administrados, adoptando las medidas necesarias para obtener los medios probatorios idóneos que sustenten los hechos verificados, en caso corresponda.
239.2 Las autoridades competentes tienen, entre otros, los siguientes deberes en el ejercicio de la actividad de fiscalización:
1. Previamente a las acciones y diligencias de fiscalización, realizar la revisión y/o evaluación de la documentación que contenga información relacionada con el caso concreto objeto de fiscalización.
(...)".

necesario que la autoridad administrativa esté convencida de la necesidad del dictado de una medida preventiva, sobre la base del sustento que se recoge y se desarrolla durante una acción de supervisión.

- Enfoque en el riesgo y la proporcionalidad: La frecuencia y los recursos involucrados en la fiscalización deben encontrarse basados en los riesgos de las actividades realizadas por los administrados y ser llevadas a cabo de manera proporcional, tomando en cuenta los aspectos críticos de dichas actividades[13].

De igual manera que con el criterio anterior, aquí se cumplen aspectos técnicos y legales. En efecto, al concentrarnos en aspectos críticos vinculados con el riesgo de las actividades económicas de los administrados, tal como se ha dispuesto legalmente[14], se cumple con verificar si realmente se cumplen con los tres supuestos (alto riesgo, inminente peligro y mitigación) para el dictado de medidas preventivas.

Por otra parte,

> **para el aspecto legal es beneficioso enfocarse en aspectos críticos y determinar la intensidad de una acción de supervisión sobre dichos factores, debido a que así se asegura que no se configure una actuación desproporcional que incumpla con los principios de razonabilidad y de ejercicio legítimo del poder[15] que deben regir los procedimientos administrativos, incluido el de fiscalización.**

- Regulación "responsiva": Las acciones de supervisión y el dictado

12 Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.-
"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos
Son requisitos de validez de los actos administrativos:
(...).
4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.
(...)".

13 "3. Risk focus and proportionality: Enforcement needs to be risk-based and proportionate: the frequency of inspections and the resources employed should be proportional to the level of risk, and enforcement actions should aim at reducing the actual risk posed by infractions". Ibidem.

14 Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.-
"Artículo 237.-Definición de la actividad de fiscalización
237.1 La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos.
(...)". Resaltado nuestro.

15 Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.-
"Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo
1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
(...)
1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.
(...)
1.17. Principio del ejercicio legítimo del poder.- La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general".

de medidas administrativas deben ajustarse considerando el perfil y el desenvolvimiento de las actividades económicas reguladas[16].

Este criterio implica que para garantizar que una medida preventiva sea válida desde los puntos de vista técnico y legal, su contenido debe responder estrictamente a la naturaleza de las actividades involucradas, es decir, variarán si nos encontramos frente a actividades mineras o de hidrocarburos, así como de la etapa de actividad (exploración, explotación, cierre, pasivos, entre otros) en que se encuentren y de su ubicación geográfica, entre otras características.

Este criterio implica que para garantizar que una medida preventiva sea válida desde los puntos de vista técnico y legal, su contenido debe responder estrictamente a la naturaleza de las actividades involucradas, es decir, variarán si nos encontramos frente a actividades mineras o de hidrocarburos, así como de la etapa de actividad (exploración, explotación, cierre, pasivos, entre otros) en que se encuentren y de su ubicación geográfica, entre otras características.

De esta manera, aseguramos que la medida preventiva sea adecuada para resolver el problema público involucrado, en este caso la generación de impactos ambientales negativos graves, y que pueda ser cumplida realmente por el administrado, evitando cuestionamientos respecto del objeto del acto administrativo al verificarse la imposibilidad de su cumplimiento[17], lo que afectará a la eficacia de la medida dictada por la autoridad.

- Coordinación y consolidación: Las funciones de inspección deben ser coordinadas y consolidadas, para evitar en lo posible la duplicación y superposición de acciones por parte de las autoridades, garantizar un mejor uso de los recursos públicos involucrados, minimizar las cargas a los administrados y maximizar la eficacia de la intervención del Estado.

Este criterio aborda lo que se destacó al inicio de la presente sección, consistente en la necesidad y relevancia de evitar cuestionamientos a la autoridad que dicta una medida preventiva debido a que no es competente para hacerlo, o que una autoridad distinta ha dictado una medida similar o relacionada.

Cabe resaltar que respecto de este criterio, con la finalidad de asegurar una asignación eficiente de los escasos recursos públicos involucrados en la fiscalización, se ha establecido legalmente que las autoridades administrativas coordinen esfuerzos entre sí para conseguir de manera eficaz los objetivos de interés público involucrados[19].

Como se puede apreciar, en este supuesto tanto lo técnico como lo legal cobra importancia, debido a que en muchas

---

16 "4. ***Responsive regulation:*** *Enforcement should be based on "responsive regulation" principles; that is, inspection enforcement actions should be modulated depending on the profile and behaviour of specific businesses". Ibidem.*

17 Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.-
"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos
Son requisitos de validez de los actos administrativos:
(...).
(...)".

18 *"6. **Co-ordination and consolidation:** Inspection functions should be co-ordinated and, where needed, consolidated: less duplication and fewer overlaps will ensure a better use of public resources, minimise the burden on regulated subjects, and maximise effectiveness". Ibidem.*

situaciones el aspecto técnico es el que ayuda a definir con mayor claridad qué autoridad administrativa es la competente para intervenir, mientras que lo legal sirve para complementar dicho desarrollo al verificar si cuenta con respaldo normativo.

Luego de reseñar y comentar cuatro de los doce criterios establecidos por la OCDE para garantizar que las medidas preventivas sean válidas y cumplan su finalidad, estimamos que se cumplen con los principales criterios técnicos y legales necesarios para ello. Sin embargo, existe un último aspecto tan importante como los anteriores para reforzar dicha conclusión.

3.3. Criterios sociales

Además de los criterios técnicos y legales, una materia que no deja de ser muy importante es la referida al componente social. En efecto,

> **el desarrollo de actividades económicas vinculadas con la minería y los hidrocarburos (sobre todo la primera), implican en diversa medida su vinculación con Comunidades Nativas y Campesinas ubicadas en el área de influencia directa e indirecta de los proyectos correspondientes, lo que genera en no pocos casos conflictos socioambientales.**

Esto se refleja en que en algunas ocasiones, el dictado de una medida preventiva responde a la denuncia específica de una población que viene siendo afectada por los impactos ambientales negativos derivados del desarrollo de las actividades referidas, por lo que es necesario considerar la perspectiva que poseen de la situación y evitar que al ordenarse la medida ésta pueda conseguir un resultado contrario al esperado.

Conocer la opinión de los denunciantes y de las personas involucradas en una eventual medida preventiva es relevante, debido a que permite que la autoridad administrativa cuente con mayores elementos de juicio para emitir una medida adecuada y que se sustente en una afectación concreta o potencial sobre la salud de la población.

> **Por eso, es vital que la autoridad administrativa se encuentre en permanente contacto con las Comunidades Nativas y Campesinas, así como con las autoridades locales (Gobierno Regional, Municipalidades, Defensoría del Pueblo, Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental, entre otros) para contar con información detallada y actualizada sobre el contexto en el que se piensa dictar una medida preventiva.**

Lo indicado cobra mayor trascendencia si se toma en cuenta que según el Reporte de Conflictos Sociales 175 de la Defensoría del Pueblo, correspondiente a setiembre de 2018, existen 202 conflictos sociales. De este número, 124 son conflictos socioambientales, es decir, el 61.4%, debiéndose resaltar que 81 de ellos pertenecen al sector minero y 17 al sector hidrocarburos[20].

Aquí podemos apreciar lo que establece el criterio de la OCDE referido a la integración de la información en el marco de una acción de fiscalización[21], debido a que la información y la comunicación deben ser maximizadas para promover una mejor coordinación entre los actores involucrados que garantice una óptima asignación de recursos públicos.

---

20 Ver: https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/Conflictos-Sociales-N%C2%BO-175-Septiembre-2018.pdf

En el caso del OEFA, se cuenta con una Coordinación de Gestión de Conflictos Socioambientales, la cual tiene como objetivo coadyuvar en la gestión de conflictos socioambientales de aquellas controversias y conflictos vinculados a su competencia, a fin de optimizar las acciones de prevención, priorización, tratamiento y seguimiento orientadas hacia un enfoque de procesos, promoviendo el uso e implementación de sistemas y tecnologías de la información y fomentando el conocimiento e investigación en dicha materia.

Las funciones específicas que podemos resaltar de la referida Coordinación son las siguientes:

- Desarrollar estrategias de diálogo y negociación para la prevención, gestión y solución de conflictos socioambientales,
- Participar, en representación del OEFA, en la mediación y negociación de conflictos socioambientales, a través de mesas de diálogo o instancias de coordinación de ámbito nacional, regional o local.
- Implementar mecanismos de alerta temprana y prevención de conflictos socioambientales vinculados a las competencias del OEFA.
- Coordinar con todas las instancias y entidades del Poder Ejecutivo y de los Gobiernos Regionales y Locales para la debida atención del proceso de diálogo, mediación y negociación en la solución de conflictos socioambientales vinculados a las competencias del OEFA[22].

> **Lo importante de la labor de esta Coordinación radica en que brinda insumos muy importantes a los órganos de línea, como la DSEM, para dictar medidas preventivas con un mejor sustento, lo que permite, en atención al conflicto socioambiental potencial o activo que se encuentre involucrado, que la población cuente con un mayor nivel de confianza en que se asegurará una adecuada protección del ambiente (OEFA, 2017)[23],**

lo que implica a su vez tutelar su calidad de vida, permitiéndose de esta manera reducir el nivel de conflictividad existente.

Antes de finalizar esta sección, podemos resaltar que cumplir con los aspectos sociales referidos permite que se cumpla con el criterio de la OCDE referido a la verificación de la realidad respecto de la aplicación de las acciones de fiscalización (OEFA, 2017)[24], la que tiene por finalidad corroborar su eficacia sobre la base de su impacto, en este caso, en una mayor protección del ambiente y, por ende, una mejor calidad de vida para los actores involucrados en un conflicto socioambiental.

3.4.La estrategia de aspectos fuera del mercado ("non market strategy")

---

21 "**8. *Information integration:*** *Information and communication technologies should be used to maximise a focus on risks, promote co-ordination and informationsharing and ensure an optimal use of resources*". OCDE, "OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit". (OCDE, 2018, p. 8.)

22 Ver: https://www.oefa.gob.pe/gestion-de-conflictos-sociales

23 OEFA, "Fiscalización Ambiental. Construyendo confianza y facilitando la inversión". (OEFA, 2016, p. 73).

24 "**12. *Reality check:*** *Institutions in charge of inspection and enforcement, and the regulatory enforcement and inspection system as a whole, should deliver the levels of performance expected from them – in terms of stakeholder satisfaction, efficiency (benefits/costs), and overall effectiveness (safety, health, environmental protection etc.)*". *Ibidem.*

Desde el año 1995, se empezó a desarrollar una materia referida a la estrategia que deben implementar las empresas respecto de aquellos aspectos que no involucran su participación en el mercado y que les permiten generar valor, lo que se denominó "non market strategy".

Esta estrategia consiste en un patrón de acciones realizadas fuera del mercado con la finalidad de crear valor mediante acuerdos sociales, políticos y legales (Baron, 1995), que se reflejan en la capacidad para hacer frente a las medidas del Gobierno, a la participación de la prensa, así como a la presión de los grupos de interés y del público en general, obteniendo, por ejemplo, una mejor reputación derivada de un comportamiento responsable con los consumidores, el Gobierno, los grupos de interés y el ambiente (Baron, 1995).

> **Lo interesante de la "non market strategy" para el dictado de medidas preventivas, sobre todo desde su perspectiva política, se plasma en la oportunidad que genera para los actores involucrados (empresa, autoridad y sociedad civil) de poder encontrar una solución a un potencial conflicto de intereses (YiXuan, 2017) derivado de una situación vinculada con daños graves al ambiente.**

En efecto, una situación ideal es que sean las empresas, mediante el aviso oportuno, las que adviertan a la autoridad de la posibilidad de que la situación indicada se presente, con la finalidad de que puedan presentar las propuestas de solución antes de que los impactos se configuren, para que así las medidas preventivas cumplan realmente con su función a cabalidad.

De esta manera,

> **la aplicación de una estrategia por parte de las empresas no sólo les va a permitir evitar la generación de un conflicto socioambiental, viéndose mejorada su relación con la sociedad civil e incrementada su reputación empresarial, sino también ahorrar costos en los recursos** y el tiempo que implica que la autoridad les ordene de manera abrupta la realización de acciones inmediatas para eliminar los impactos derivados de daños graves al ambiente.

Por su parte, la autoridad involucrada conseguirá una mayor eficacia de sus labores de supervisión y fiscalización, debido a que habrá podido evitar perjuicios más graves al ambiente y también habrá participado en mantener un clima de confianza en el mercado, lo que posibilitará un mayor y sostenible nivel de inversiones en beneficio de la economía del país.

Como se puede apreciar, la aplicación de una estrategia para aspectos fuera del mercado ("non market strategy") desde su perspectiva política, termina por beneficiar a todos los actores involucrados en el dictado de una medida preventiva (empresas, autoridad y sociedad civil), al buscar resolver un conflicto de intereses antes de que se presente, por lo que es una materia a tener muy en cuenta a fin de asegurar un equilibrio entre la necesidad de promover mayor inversión y cautelar adecuadamente al ambiente.

4. Conclusiones

Luego del desarrollo de las secciones planteadas en la introducción del presente artículo, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- Las medidas preventivas son una manifestación de la actividad de fiscalización de las autoridades administrativas, materializada en mandatos concretos que el administrado debe cumplir debido a la presencia de daños graves al ambiente.

- Se deben presentar alguno de los tres supuestos establecidos normativamente (alto riesgo, inminente peligro y mitigación) para que una medida preventiva se encuentre justificada tanto técnica como legalmente.

- Las medidas preventivas no se encuentran relacionadas con un PAS, por lo que se pueden dictar de manera independiente a una infracción administrativa. Es más, pueden ordenarse a pesar de que el administrado cumpla con la ley y con sus instrumentos de gestión ambiental.

- Los criterios técnicos, legales y sociales son relevantes para asegurar la eficacia del dictado de medidas preventivas.

- Dentro de los criterios técnicos, se encuentra lo referido a contar con la mayor evidencia y sustento posible de los impactos ambientales negativos que ameriten el dictado de una medida preventiva.
- Los criterios legales deben asegurar que la medida preventiva que se dicte se encuentre dentro de las competencias de la autoridad administrativa, que se realice considerando los procesos críticos bajo un enfoque de riesgos, que cuente con la motivación necesaria y que sea proporcional a lo verificado, tomando en cuenta las características de las actividades involucradas.

- El aspecto social debe complementar a los otros criterios al brindar insumos sobre la población involucrada en el dictado de una medida preventiva, permitiendo que se genere un mayor nivel de confianza que permita reducir el nivel de conflictividad que se pueda presentar con las empresas que desarrollan actividades económicas.

- El uso de una estrategia para aspectos fuera del mercado ("non market strategy") desde su perspectiva política, beneficia a los actores involucrados en el dictado de una medida preventiva (empresas, autoridad y sociedad civil), por lo que debe ser considerado a fin de garantizar un equilibrio entre la necesidad de promover mayor inversión y proteger adecuadamente al ambiente.

Bibliografía

Art. 05

Baron, D. (1995). *The Nonmarket Strategy System. Revista Sloan Management Review.* Recuperado de https://sloanreview.mit.edu/article/the-nonmarket-strategy-system/ [Consulta: 11 de marzo del 2019].

De la Puente, L., & Vargas, V. (2015) *Análisis crítico del régimen de responsabilidad de la Ley General del Ambiente.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Maraví, P. (2017). *Análisis de las medidas administrativas en la función fiscalizadora del OEFA en el sector minero.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) (2016). *Las medidas correctivas en el marco de la fiscalización ambiental del OEFA.* Lima: OEFA.

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) (2016). *Fiscalización Ambiental. Construyendo confianza y facilitando la inversión*. Lima: OEFA.

Organismo para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD). *Evaluaciones del desempeño ambiental: Perú*. Paris: Naciones Unidas/OCDE.

Organismo para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD). *Regulary Enforcement and Inspections Toolkit*. Paris: OECD Publishing.

Yixuan, L. (2017). *Review and Research on Non-Market Strategy of Enterprises Based on Chinese Transition Period*. China: American Journal of Industrial and Business Management.

¿Cómo valorar y cuantificar el daño material (daño emergente y lucro cesante)?

Marco Andrei Torres Maldonado

Art. 06

¿CÓMO VALORAR Y CUANTIFICAR EL DAÑO MATERIAL (DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE)?

MARCO ANDREI TORRES MALDONADO

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Candidato a Magister en Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Curso de especialización en Contratos y Daños en la Universidad de Salamanca. Estancia de investigación en la Universidad Autónoma de Madrid y Pontificia Universidad Javeriana. Jefe de Prácticas de Derecho Civil en la Universidad de Lima y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asociado al Estudio Rodríguez Angobaldo Abogados.

PALABRAS CLAVE

Daño, reparación, responsabilidad civil, cuantificación, lesión, perjuicio, daño emergente, lucro cesante, daño moral, valoración del daño, prueba, legitimación, resarcimiento.

SUMARIO

1. A manera de introducción. 2. ¿Qué es el daño y qué requisitos debe tener para que sea resarcible? 3. ¿Cuándo nos encontramos frente a un daño material? 4. ¿Cómo se valora y cuantifica el daño emergente? 4.1. El daño emergente, como disminución patrimonial, debe ser resarcido aun cuando no se hubiera generado su desembolso. 4.2. El mero incumplimiento de una de obligación no determina la generación de un daño emergente. 4.3. No es suficiente la calidad de heredero para exigir el resarcimiento del daño emergente. 4.4. La certeza en el daño emergente pasado y futuro. 4.5. Cuestiones a tener en consideración al momento de cuantificar el daño emergente pasado y futuro. 5. ¿Cómo se valora y cuantifica el lucro cesante? 5.1. El lucro cesante se refiere a la ganancia lícita -no al ingreso- dejado de percibir. 5.2. El requisito de la sólida probabilidad en la valoración del lucro cesante pasado y futuro. 5.3. La legitimación de la propia víctima para reclamar el lucro cesante. 5.4. La calidad de cónyuge o conviviente no determina el resarcimiento del lucro cesante, por la muerte de su pareja. 5.5. La especial situación de los hijos para exigir el resarcimiento del lucro cesante, por la muerte de su padre/madre. 5.6. Cuestiones a tener en consideración al momento de cuantificar el lucro cesante. 6. ¿Cómo evitar la desnaturalización del criterio de equidad en la cuantificación del daño material, en el marco de un proceso judicial o arbitral? 7. A modo de conclusión. 8. Bibliografía.

> “En la comisaria me presenté, no como abogado sino como médico, pues quise ser -dijo sonriente- parte de la solución y no del problema.”

Mauricio Botero Montoya, Otto, el vendedor de música (2001)

1. A manera de Introducción

En materia civil, el daño constituye la base de un sistema responsabilidad. Es, en tal sentido, condición y objeto de la responsabilidad civil (Barros, 2006). El daño es inherente a la obligación de resarcir, o, si se prefiere, a la responsabilidad civil. Al extremo que, como se suele afirmar, no hay responsabilidad civil sin daño (Zannoni, 2005).

Con frecuencia, cuando se alude a la valoración y cuantificación del daño, se dirige el debate al "daño moral", el cual, como es sabido, resulta confuso debido a la inexistencia de criterios objetivos para cuantificarlo; sin embargo, como consecuencia de ello, se asume, de manera acrítica, que la determinación de la entidad (valoración) y quantum (cuantificación) de los perjuicios materiales resulta sencilla.

Como indica Giovanna Visintini (1999), evaluar el daño derivado del incumplimiento o del hecho ilícito significa, en primer lugar, identificarlo (es la primera investigación cognoscitiva sobre la existencia del daño: an debatur), y, en segundo lugar, convertirlo en valor monetario equivalente (es la segunda investigación, que implica la cuantificación del daño: quantum debeatur).

Lastimosamente, el ejercicio profesional nos demuestra que, en los procesos de responsabilidad civil -por ejemplo, derivados de daños por mala praxis médica, accidentes de tránsito, enfermedades y accidentes laborales, entre otros- ni la valoración ni cuantificación del daño material (daño emergente y lucro cesante) son aspectos del juicio de resarcibilidad sobre los cuales exista claridad en su aplicación.

Estando a ello, en el presente artículo analizaremos, desde la óptica sustantiva y procesal, en principio, cuáles son los rasgos definitorios del denominado daño resarcible; esto es, "del daño que es relevante de cara a la responsabilidad" (Rojas, 2015, p. 44). Una vez ello, a la luz del formante doctrinal, legal y jurisprudencial (nacional y comparado), nos centraremos en el estudio de la valoración y cuantificación del denominado daño material, que comprende el daño emergente y el lucro cesante.

2. ¿Qué es el daño y qué requisitos debe tener para que sea resarcible?

Daño alude al detrimento, menoscabo, lesión o perjuicio, y -en general- a todo aquello que invade la esfera del sujeto de derecho, ya sea en sus bienes vitales naturales o en su patrimonio. Según De Cupis (1986), daño es el "nocimiento o perjuicio; es decir, la aminoración o alteración de una situación favorable" (p. 81). Es el menoscabo que una determinada persona sufre en sus bienes vitales o en su patrimonio (Larenz, 1958).

Daño es sinónimo de perjuicio. Actualmente, resulta una redundancia la expresión "daños y perjuicios", pues ambos aluden a un mismo fenómeno patológico que afecta a la persona o a su patrimonio. La expresión "daños y perjuicios", por lo tanto, resulta un pleonasmo "con el propósito de conseguir una lectura más ágil de los diversos preceptos del Código evitando la monotonía que generaría una excesiva reiteración de un mismo término para aludir a la misma realidad" (Naveira, 2006, p. 72).

En relación a los términos "daños" y "perjuicios" se advierte que el legislador utiliza ambos términos, en ocasiones, de forma conjunta y, otras veces, alternativamente. En relación, la expresión "daños y perjuicios" resulta un pleonasmo, con la única finalidad de embellecer la exposición. La explicación al uso de vocablos y locuciones distintas aludiendo a un mismo significado se halla en una razón puramente lingüística, apartada de toda justificación jurídica, que se concreta con el propósito de conseguir una lectura más ágil de los diversos preceptos del Código evitando la monotonía que generaría una excesiva reiteración de un mismo término para aludir a la misma realidad (Naveira, 2006).

El daño, en nuestra opinión, por sí mismo se refiere a todo menoscabo, que sufre un sujeto de derecho o su patrimonio; por el cual, quien lo causo, se haya en la obligación de resarcir. El concepto más adecuado de daño, por ser lo suficientemente genérico y distinguir con propiedad entre la actividad que causa el daño y el daño en sí mismo, es el que lo enfoca como las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un interés jurídico tutelado.

El daño consiste en una valoración en términos económicos de la situación, nueva y desfavorable, propiciada por el evento; situación que impone al damnificado decidir si sobrelleva el estado de hecho (y mantiene viva su necesidad), o si actúa para erradicarlo (mediante alternativas satisfactorias) (León, 2007).

El ordenamiento jurídico no tiene por función señalar qué situaciones deben ser considerados como daños, sino la de establecer las bases de su reparación, a partir de su evaluación del supuesto de hecho del que se deriva. Según una atenta doctrina nacional, el daño se distingue del evento que lo genera (León, 2007). El daño es una "cualidad" de las situaciones que subsiguen al evento; no se identifica, entonces, con su antecedente fáctico: lo califica, más bien, en términos económicos (León, 2007).

En el ordenamiento jurídico peruano, naturalmente, no cualquier perjuicio es relevante para la responsabilidad civil. El daño resarcible, para que ostente dicho atributo, debe reunir una serie de requisitos, tales como su carácter cierto, personal, subsistente y antijurídico (injusto).

En relación con el primer requisito, la certeza del daño implica que las simples expectativas no son resarcibles, de manera que los perjuicios meramente hipotéticos o eventuales no darán lugar a reparación alguna. La certeza del daño se encuentra referida a la realidad de su existencia. Este requisito impone, a quien solicita el resarcimiento, la carga de probar la existencia del perjuicio.

En posición que compartimos, se sostiene que:

"(...) la certeza es un estado de la mente en que se tiene algo como verdadero o real; es la condición necesaria para toda sentencia judicial por medio del acervo probatorio (indicios, testimonio, presunciones, confesiones, pericias, etc.). El juez ha de

llegar a la convicción de que el daño existió o existirá" (Velásquez, 2013, pp. 269-270).

En los procesos de responsabilidad civil, la certidumbre del daño exige que la acción dañosa haya generado o generará un perjuicio en la esfera moral o material del perjudicado.

Cabe precisar que, la certeza de la existencia del daño no hace necesario que dicho daño sea actual, pues -como lo advertiremos más adelante- puede haberse configurado con anterioridad; o, simplemente construirse con toda certeza en el futuro (Tamayo, 1986). Como indica De Cupis (1986), "conviene precisar que aunque sea aproximado, o con una certeza relativa, no deberá dejar de ser una auténtica certeza, que no puede confundirse con mera posibilidad futura" (p. 323).

La jurisprudencia comparada "califica el perjuicio futuro de cierto y ordena repararlo, cuando su evaluación es inmediatamente posible, al mismo título que el perjuicio actual" (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1998). Según De Trazegnies (1988) no cabe duda de que el daño futuro no es todavía un daño efectivo en el momento en que se pronuncia la sentencia (o laudo), pero el juez (o árbitro) puede tomarlo en cuenta si existe la posibilidad efectiva de que se produzca.

La certeza del daño futuro, entonces, aun cuando no se identifique con su certidumbre absoluta, exige que se encuentre sustentado en una fundada probabilidad, de modo tal que queden descartados los perjuicios hipotéticos, que se basan en meras conjeturas o suposiciones.

En cuanto a su carácter personal, se ha entendido como que, en principio, la persona que exige el resarcimiento debe ser la misma que resultó perjudicada, aun cuando el objeto de la lesión no hubiera sido ni su persona ni patrimonio. Se trata, en consecuencia, de un requisito del daño resarcible "íntimamente ligado con la legitimación para reclamar la reparación, pues solo al titular del interés jurídico afectado, o a sus herederos, otorga el ordenamiento jurídico dicha prerrogativa" (Rojas, 2015, p. 654).

Ello implica que, únicamente, la persona que sufrió el menoscabo puede requerir su resarcimiento, resultando inadmisible reclamar la reparación de daños ocasionados a terceros. Sólo aquél cuyo interés haya sido afectado a raíz de la lesión de un interés propio puede reclamar su reparación (Pizarro y Vallespinos, 1999).

Conforme a ello, en estricto, el carácter personal no es una característica ontológica del daño resarcible, sino un problema de legitimación en la causa, relativa a identificar "quiénes pueden solicitar la reparación" (Velásquez, 2013, p. 275). Naturalmente, en el plano procesal, podrán pretender un resarcimiento la víctima o sus familiares[1], pues respecto de aquellos existe un interés que se ha visto afectado, ya sea directa o indirectamente.

El interés afectado debe ser propio, referido a la persona perjudicada; es decir, que no es posible reclamar el derecho a un resarcimiento cuando el daño es causado a persona distinta, a no ser que se trate de ejercer un derecho de representación. En el supuesto de muerte de una persona, los familiares son perjudicados indirectamente, por lo que se encuentran legitimados a reclamar en tanto existe una lesión a su propio interés.

Por otro lado, la subsistencia del daño significa que al momento en el cual se pretende exigir un resarcimiento por el mismo, aquél no haya sido reparado en ninguna forma. Pero, ¿qué ocurre cuando la

víctima asume el costo del perjuicio sufrido? En dicho escenario, el perjuicio subsiste por el valor de la reparación, el mismo que deberá ser resarcido por el responsable.

Así, señalan Pizarro y Vallespinos (1999) que:

"(...) nadie puede reclamar la reparación de un perjuicio que ya ha sido resarcido. Si el propio responsable es quien ha resarcido el daño, su obligación queda extinguida por pago, o por alguno de los otros modos de extinción previstos en el ordenamiento. Si, por el contrario, el menoscabo es solventado por la víctima, entonces el perjuicio subsiste en su patrimonio y debe ser reparado" (p. 653).

Más allá de ello, como sostenían los Mazeaud y Tunc (1961), el principio de subsistencia del daño es "una perogrullada" (p. 269); sin descartar algunos escenarios en los que la subsistencia del daño se relativiza -y se genera un supuesto de subrogación-, pues el perjuicio puede haber sido cubierto a través de una póliza de seguro privado, la seguridad social o un tercero. Sin embargo, el perjuicio subsiste, aunque sustentado en otra fuente, pudiendo cualquiera de ellos "exigir un pago al causante" (Martínez, 2003, p. 36).

Finalmente, tenemos el requisito de la ilicitud o antijuridicidad del daño. Con frecuencia, en nuestro medio, con ocasión del juicio de resarcibilidad, el análisis de la antijuridicidad se ha realizado en relación a la conducta humana (acción u omisión). En realidad, "la antijuridicidad o ilegalidad es la esencia del concepto jurídico del daño resarcible" (Velásquez, 2013, p. 277), mas no de la conducta, toda vez que pueden existir actos lícitos que generen la obligación de resarcir.

Nadie duda, en principio, que para que pueda existir responsabilidad civil es necesario contar, como primer elemento, con la existencia de una actividad humana. Por lo general éste hecho suele pasar por desapercibido, quizá por lo obvio, y la doctrina suele iniciar el estudio de la responsabilidad con el análisis de otros elementos. Sin embargo, "estos son 'añadidos' que se hacen al primero, que es la actividad del hombre generadora del daño" (De Miguel, 1997, p. 78).

No obstante, puede surgir la obligación de reparar el daño causado, aunque se desarrolle una actividad lícita, amparada inicialmente por el derecho. Esto significa que, como manifestaba Díez-Picazo (1999), el análisis de la antijuridicidad debe efectuarse a partir de una apreciación del desvalor del resultado. La antijuridicidad es, pues, del daño, y no de la conducta.

La antijuridicidad es la clave de bóveda para determinar supuestos que generen responsabilidad extracontractual. Pero la antijuridicidad debe predicarse del daño mismo, no de la conducta que lo origina (Llamas, 1999). El análisis de la antijuridicidad no se refiere a la actividad en sí misma, sino al resultado lesivo que ella genera. Por lo demás, se exige que el daño resarcible sea antijurídico, pues pueden existir daños justamente sufridos, tal como son los supuestos establecidos en el artículo 1971 del Código Civil[2].

Como sostiene Jansen (2003):

---

1 "Artículo VI del Código Civil.- Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley".

2 Artículo 1971 del Código Civil: No hay responsabilidad en los siguientes casos:

1. En el ejercicio regular de un derecho.
2. En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.
3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro.

"(...) el requisito de que el daño sea antijurídico sólo se puede entender en el sentido de un concepto de antijuricidad dirigido al resultado puro: iniuria no indica aquí un comportamiento antijurídico sino la lesión de un derecho subjetivo absoluto" (p. 16).

Desde un punto de vista lógico, el requisito de la antijuridicidad se presentaría como una condición indispensable para poder imputar el daño a un sujeto distinto de la víctima. Para que el derecho reaccione, por definición, es necesario que el hecho dañoso afecte a un bien jurídicamente relevante, sin un momento dogmático en el juicio de responsabilidad en el que se dilucide esta cuestión no se podría conocer cuándo debe intervenir el derecho y cuándo no (Céspedes, 2008).

El daño, según lo establece el artículo 2 (101) de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, requiere "un perjuicio material o moral a un interés jurídicamente protegido".

Una vez verificada la existencia de un daño resarcible, sus consecuencias pueden recaer sobre la esfera moral o material de la víctima, siendo que -con ocasión del presente ensayo- nos limitaremos al análisis de lo relativo al daño material.

3. ¿Cuándo nos encontramos frente a un daño material?

Respecto a los diversos modos de clasificar los daños, por las consecuencias que éstos producen, tenemos el daño moral y el daño material.

Aunque algunos prefieren referirse a daño "patrimonial" y "no patrimonial", lo cierto es que, como señala Leysser León (2007), dichas voces no se encuentran reconocidas en nuestro Código Civil. Se desconoce, igualmente, que en los ordenamientos jurídicos alemán e italiano, que sí acogen de forma explícita tal distinción, existen particularidades que no compatibilizan con el régimen vigente en el Perú, en el cual solo cabe diferencia el daño moral y el daño material.

Estando a ello, somos de la opinión que, en sentido estricto, la terminología pertinente en ordenamiento jurídico peruano, a fin de tentar delimitar la tipología de los daños, radica en referirnos al daño moral y daño material.

No es nuestro propósito, en esta oportunidad, analizar los alcances del daño moral, sino más bien, del daño material. Si el daño recae sobre un bien jurídico material destruyendo o deteriorando una cosa que es objeto de un derecho patrimonial y, al mismo tiempo, afecta un interés legítimo de carácter económico porque altera la integridad del patrimonio disminuyéndolo, estamos en presencia de un daño material (Bustamante, 1997).

Para nosotros, el daño material está dado por las consecuencias o repercusiones del perjuicio en la esfera económica del reclamante. La medida de esas consecuencias en su patrimonio determina el alcance o el valor del derecho a ser resarcido por concepto de daño material. El daño material, por lo tanto, afecta el patrimonio de un sujeto de derecho, "con independencia del interés sobre el cual recaiga la afectación, en el daño patrimonial la característica estructural es la posibilidad de cuantificar de manera relativamente precisa el valor de la pérdida" (Martínez, 2003, p. 239).

Según Luigi Corsaro (1997), la naturaleza patrimonial o no patrimonial del interés afectado, no determina de suyo la naturaleza del daño, "porque consecuencias de naturaleza económica, y por lo tanto un daño

patrimonial puede derivar, tanto de la lesión de un bien patrimonial, cuanto de la lesión de un bien de naturaleza no patrimonial" (p. 655). De ese modo, podría existir un daño material proveniente de la lesión a intereses y bienes patrimoniales o personales.

El daño material se caracteriza por ser una pérdida pecuniaria en un detrimento del patrimonio (Corral, 2004). En términos simples, un daño material implica una diferencia entre dos estados de cosas, graficada en las situaciones patrimoniales de la víctima, antes de la ocurrencia del daño, por un lado, y después de eso, por el otro.

Lo común a los daños calificables como materiales es que son valorables de acuerdo a los términos en que lo hace el mercado; esto es, pueden ser valuados en dinero, por tratarse de bienes comerciales. Se encausan por la vía del perjuicio material aquellas afectaciones que cumplan con una característica fundamental: "la posibilidad de estimar o cuantificar la repercusión en dinero, mediante una metodología relativamente precisa" (Henao, 1998, p. 195).

Una autorizada doctrina colombiana, en ese sentido, indica que el daño material viene determinado "por las consecuencias o repercusiones del daño en la esfera económica del reclamante. La medida de esas consecuencias en su patrimonio determina el alcance o el valor del derecho que debe ser indemnizado por concepto de perjuicio patrimonial" (Isaza, 2011, p. 21).

En ese contexto, en todos los ordenamientos de tradición romana, entre ellos por supuesto el nuestro, está presente la clasificación del daño material que lo divide, por un lado, en la pérdida sufrida y, por otro, en la ganancia dejada de percibir. En estos dos conceptos, como indica Franzoni (1997), daño emergente y lucro cesante, la noción de daño, más económica que jurídica, se positiviza para definir lo que es daño material resarcible.

Como señala Massimo Graziani (1953), se estará en presencia de un daño emergente cuando el evento dañino sustraiga del patrimonio de la víctima entidades o cosas que ella ya tenía, mientras que se estará en presencia de un lucro cesante cuando tal evento dañino impida gozar a la víctima de nuevas utilidades que habría podido adquirir.

La distinción se centra en la forma en que se materializa la disminución patrimonial. Si ella consiste en una pérdida efectiva en el patrimonio de la víctima, entonces se está frente a un daño emergente. Si, en cambio, los perjuicios corresponden a la imposibilidad de experimentar una ganancia, lo que se resarce es el lucro cesante[3].

Las dos categorías de daño material se aplican en el mismo significado tanto al sistema de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones[4], como extracontractual[5]. El sistema jurídico nacional, como sostenía Lizardo Taboada (2003), comprende las categorías del daño emergente y lucro cesante, bien se trate del ámbito

---

3 Para mayor claridad, Visintini (1999) indica que la diferencia entre estos dos elementos del daño está en el hecho de que la pérdida sufrida corresponde a la sustracción de una utilidad que ya existía en el patrimonio del damnificado, mientras que el lucro cesante corresponde a nuevas utilidades que el damnificado habría presumiblemente conseguido si no se hubiera verificado el hecho ilícito o el incumplimiento.

4 "Artículo 1321 del Código Civil: (...) El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución (...)".

5 "Artículo 1985 del Código Civil: La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido (...)".

contractual o extracontractual, teniendo en ambos casos el mismo significado.

De acuerdo a la tradicional categorización bipartita del daño material, nuestro sistema jurídico -en ambos regímenes- diferencia dos modalidades de perjuicios materiales; se trata del denominado daño emergente y del lucro cesante. Cada uno de los dichos rubros se encuentra sujeto a una metodología especial de valoración y cuantificación, los cuales analizaremos a continuación.

De acuerdo a la tradicional categorización bipartita del daño material, nuestro sistema jurídico -en ambos regímenes- diferencia dos modalidades de perjuicios materiales; se trata del denominado daño emergente y del lucro cesante. Cada uno de los dichos rubros se encuentra sujeto a una metodología especial de valoración y cuantificación, los cuales analizaremos a continuación.

4. ¿Cómo se valora y cuantifica el daño emergente?

4.1. El daño emergente, como disminución patrimonial, debe ser resarcido aun cuando no se hubiera generado su desembolso:

Por daño emergente se entiende toda pérdida, gasto, erogación o "disminución del patrimonio" (Le Tourneau, 2010, p. 70), generado como consecuencia del daño padecido por la víctima. En nuestra opinión, el daño emergente involucra aquellos perjuicios efectivamente producidos, o aquellos que, de manera razonable, se producirán con ocasión del hecho generador del daño, y que importan una disminución en el patrimonio de la víctima.

Según la jurisprudencia colombiana, el daño emergente implica "un empobrecimiento del patrimonio en sus valores actuales, que ordinariamente está representado en un menor valor de los activos patrimoniales -por destrucción, deterioro, menoscabo o inutilización de los elementos que lo conforman-, o en la realización de erogaciones o gastos con ocasión del hecho ilícito" (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2013).

Así, podrán catalogarse como daño emergente todos aquellos activos que han salido o indefectiblemente saldrán del patrimonio de la víctima, en virtud de la situación nociva padecida por el damnificado (Rojas, 2015). Los menoscabos que corresponden a erogaciones o, en general, a activos que salieron del patrimonio o que en un futuro saldrán con ocasión del hecho dañoso (bajo el criterio de razonabilidad), constituyen un daño emergente (Infante, 2003).

Para determinar si un rubro constituye un daño emergente, resulta conveniente aplicar la metodología sugerida por Friedrich Mommsen, denominada como teoría de la diferencia, en el sentido de comparar el estado actual del patrimonio del lesionado con aquel en que dicho patrimonio se encontraría si el hecho dañoso no hubiese tenido lugar.

Y es que, el daño emergente es la diferencia que se produce en el activo del patrimonio de una persona, como consecuencia del ilícito civil, entre su valor original (anterior al hecho que se reprocha) y el valor actual (posterior al mismo hecho). Esta diferencia matemática es la que determina el monto del resarcimiento por este concepto (Rodríguez, 1999).

Cabe advertir que, el daño emergente deberá ser resarcido, aunque no se hubiera generado el desembolso del costo para su reparación, por ejemplo, por falta de recursos de víctima, pues "la base jurídica real de la acción resarcitoria está fundamentada en una pérdida patrimonial" (Tamayo, 2007, p. 839).

El daño emergente existe, entonces, en los casos en los que se haya generado la obligación de realizar el desembolso (l'obbligazione di effettuare l'esborso) -aun cuando no se hubiere efectuado el mismo-, lo cual se encuentra justificado por el pasivo que se le genera a la víctima (Corte de Casación, Sentencia N° 22826, 2010).

Por ende, pese a que la víctima no haya desembolsado suma de dinero; esto es, procedido a su desembolso, el responsable deberá resarcir el daño emergente, en tanto dicho perjuicio supone una disminución o pérdida patrimonial que la justifica.

4.2. El mero incumplimiento de una de obligación no determina la generación de un daño emergente

Naturalmente, el daño emergente -a fin de resultar un daño resarcible- debe ostentar los requisitos que hemos advertido en la primera parte del presente ensayo. Por ende, más allá de los criterios que puedan servir para determinar la cuantía del mismo -que analizaremos más adelante-, es preciso verificar que se haya producido en la realidad, de modo tal que, entre otros, el mismo sea cierto y subsistente.

Es decir, no resulta suficiente invocar solo la existencia de un daño emergente, sino que el mismo deberá ser acreditado que ha ocurrido en el plano fáctico, pues no es una novedad que cuando tal daño no cumple con el requisito de la certeza, no corresponde resarcir. Nuestra jurisprudencia, en tal sentido, ha establecido que "todo daño a efectos de ser indemnizado debe ser cierto, esto implica en consecuencia que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia" (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Casación N° 4941, 2015). En efecto, si se trata de erogaciones meramente hipotéticas o que resultan remotas frente al hecho dañoso, su resarcimiento no será procedente (Rojas, 2015).

De igual manera, se indica que "para que haya un daño contractual que deba ser resarcido, no basta que se incumpla la obligación y que tal incumplimiento sea imputable al deudor, sino es necesario, también, que dicho incumplimiento produzca un perjuicio" (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 2015). Conforme a ello, el mero incumplimiento de una de obligación -o, en general, una conducta que pueda ser calificada como "antijurídica"- por sí misma no determina ni resulta concluyente para la generación de un daño.

Así, en relación a la valoración de la existencia del daño emergente, aquél puede provenir de la destrucción o deterioro de una cosa, así como del valor de reposición o reparación. En caso el daño emergente sea producto de un daño en la persona, su existencia se valora a partir de los "gastos o desembolsos que se sufraguen como consecuencia de los mismos, como, por ejemplo, los gastos médicos" (Gaviria, 2017, p. 41).

Los gastos médicos y de farmacia -en general- pueden advertirnos de las erogaciones realizadas, así como también de gastos que se van a efectuar para la atención en salas de emergencias, hospitalización, atención en clínicas, consultas médicas periódicas futuras, gastos por tratamiento psicológico, por el traslado al consultorio terapéutico, entre otros.

4.3. No es suficiente la calidad de heredero para exigir el resarcimiento del daño emergente

Ahora bien, en el caso de muerte de la víctima directa, no basta la calidad de heredero para pretender la reparación del daño emergente. La persona que puede exigir el resarcimiento

del daño emergente es quien, de manera efectiva, ha realizado los respectivos desembolsos. Ello no obsta para que, en caso de que haya sido la misma víctima quien haya sufrido el daño emergente, y haya fallecido sin haberlo reclamado, sean sus herederos quienes reclamen el respectivo resarcimiento (Gaviria, 2017).

Entonces, cuando el hecho dañoso es la muerte de una persona, puede exigirse el resarcimiento a nombre de la sucesión o a título personal (directo). Si es a nombre de la sucesión debe acreditarse los gastos que, en nombre de ésta, se hicieron para atender a las consecuencias dañosas del hecho, los cuales, de conformidad con el artículo 869 del Código Civil, involucran los gastos de última enfermedad del causante, funeral, incineración, etc.

Por el contrario, si se reclama a título personal debe acreditarse el daño ocasionado al reclamante. Ello ocurre, por ejemplo, cuando sólo uno de los eventuales herederos atendió el pago de los gastos de clínicas hospitales, etc., por lo que a él debe reconocerse el daño emergente y no a los demás (Martínez, 2003). De esa manera, no resulta suficiente ni determinante la calidad de heredero, a fin de reclamar el resarcimiento del daño emergente derivado de la muerte de una persona.

4.4. La certeza en el daño emergente pasado y futuro:

Por otro lado, el daño emergente puede ser consolidado (pasado) o futuro, "en relación con el momento del juicio sobre el mismo" (De Cupis, 1986, p. 321). Las consecuencias temporale0s del daño son, necesariamente, futuras en relación al hecho dañoso. Pero respecto a la sentencia o laudo arbitral, los daños pueden ser pasados o futuros al hecho dañoso (Martínez, 2003).

Por su parte, el resarcimiento por el daño emergente pasado, en realidad, es un "reintegro de gastos efectuados" (Isaza, 2011, p. 23) en relación con los gastos efectuados con anterioridad a la sentencia o laudo definitivo, que contienen la liquidación del daño.

El daño emergente es pasado cuando sus efectos se han consolidado para la época en que debe proferirse la sentencia (Rojas, 2015). Así, en la jurisprudencia comparada, se ha establecido que, el momento a partir del cual se determina la naturaleza pasada o futura de una afectación, es el de la expedición del fallo correspondiente, de modo tal que se consideran pasados todos aquellos perjuicios cuyas consecuencias se han irrogado y consolidado para la época en que deviene la decisión judicial o arbitral (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 1979).

Respecto al daño emergente futuro, se trata de un perjuicio cierto que se irrogará, de manera posterior, a la sentencia en el marco de un proceso de responsabilidad civil. Ello ocurre, por ejemplo, con los gastos farmacéuticos, terapias de rehabilitación, tratamientos médicos, cirugías, bienes que amenazan ruina, entre otros. Como indica Isaza Posse, en este caso, "la víctima o reclamante recibe la indemnización de una suma única anticipada, que se supone producirá un rendimiento hasta el momento en que se produzca la erogación correspondiente" (Isaza, 2011, p. 26).

En síntesis, puede existir un daño emergente pasado o futuro. El daño emergente pasado, según nuestra jurisprudencia, "se refiere al reintegro de gastos efectuados", mientras que el daño emergente futuro equivale a las "sumas que salen del reclamante en fecha posterior al momento de la liquidación y pago" (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Huancavelica, 2016).

4.5. Cuestiones a tener en consideración al momento de cuantificar el daño emergente pasado y futuro

En relación a la cuantificación del daño emergente, debemos tener en cuenta que "si el objeto dañado solo tiene un valor económico y no afectivo para la víctima, el monto reparable debe ser igual al valor que comercialmente tenga el mismo bien en el mercado local" (Tamayo, 2007, p. 399). De manera tal que, en dicho escenario, el quantum del daño emergente se determinará por el promedio del valor comercial del bien, al momento en el que se produjo el daño.

Pero, ¿qué ocurre con aquellos bienes depreciados por el uso y que sólo pueden conseguirse complemente nuevos en el mercado?

Según Tamayo Jaramillo (2007), corresponde distinguir si la víctima tenía el bien para la venta, en cuyo caso el daño emergente será el equivalente al precio comercial del bien usado, pues, de haber sido vendido, ese sería el precio recibido por el demandante. Si, por el contrario, la víctima usaba el bien y no tenía como fin inmediato enajenarlo, el resarcimiento deberá liquidarse sobre la base de lo que valga un objeto de reemplazo, así haya que comprarlo nuevo, puesto que la víctima simplemente exige que se le deje en las mismas condiciones en que se hallaba; es decir, que pueda seguir usándolo.

En otro supuesto, como manifiesta Scognamiglio, no es lo mismo la ruptura de un jarrón que será valorada de manera diferente si ese bien hace parte de una colección o si es una pieza aislada, pues de eso se deriva una pérdida mayor o menor respecto al patrimonio de la víctima[6], criterio que no se debe confundir con el precio de afección que puede tener un bien para su titular (que está dentro de la órbita del daño moral) (Scognamiglio, 1969).

Por ende, el juez o el árbitro deberán remitirse, en el marco de la liquidación del daño, a parámetros de naturaleza estrictamente económica, pero que, lejos de ser parámetros automáticos, respondan a un criterio social típico (Monateri, 2001), el sentido de que no es siempre el mercado quien ofrece el precio (Franzoni, 1997).

Adicionalmente, para la cuantificación del daño emergente, a efectos de ser rigurosos y precisos en su medida, se debe distinguir si se trata de uno consolidado (pasado) o futuro. Así, en la cuantificación del daño emergente consolidado se debe tener en cuenta lo siguiente:

- Es preciso identificar en qué consistió el daño emergente pasado; esto es, el valor de la erogación.

- De ese modo, por ejemplo, si la víctima de la afectación está cobrando los gastos de traslado o los gastos funerarios, resulta necesario determinar cuál fue el valor de dichos gastos (Henao, 1998), el cual -por lo demás- debe estar suficientemente respaldado en un medio probatorio que permita verificar su certidumbre y precisión (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2002).

- Determinada la suma en que consistió la erogación, es necesario actualizar su monto a valor presente.

Como es natural, por tratarse de una suma en la que se incurrió en el pasado, el efecto de la inflación conduce a que el simple pago de su valor nominal no sea, en realidad, un resarcimiento satisfactorio (Rojas, 2015).

---

6 De esa manera, si el costo de reparación de una cosa (de un vehículo viejo), es superior al costo de la cosa misma, se deberá el costo de la cosa, a menos que se trate de una cosa de colección o, por ejemplo, de un vehículo acondicionado para una persona con limitaciones físicas. (Franzoni, 1997)

El dinero tiene dos valores debidamente diferenciados: el nominativo (el valor numérico o absoluto) que representa una suma determinada, y otro valor relativo que se relaciona con su capacidad de adquisición. Un bien que hoy vale 100 en cuatro años (a un ritmo de 25% anual de la devaluación o pérdida del valor adquisitivo) vale 200. Por lo tanto, los 100 de los cuatro años anteriores, son nominalmente 100, pero realmente son sólo la mitad (Martinez, 2003).

La pérdida de poder adquisitivo del dinero genera que lo que hace algunos meses o años tuvo un valor determinado, hoy en día tenga un costo -también nominal- mayor. En términos simples, el resarcimiento del daño emergente por gastos ascendentes a S/ 150,000.00, que realizó la víctima hace 4 años, nunca es el mismo en valor actual.

Por dicha razón, como sostiene Santos Ballesteros (2012), si el victimario solamente pagara el precio de la erogación sin más, en realidad, estaría pagando un monto menor al del perjuicio sufrido, en la medida en que, por la inflación, dicho precio no representa, al momento de la liquidación, el valor real del gasto respectivo.

De ahí que sea necesario actualizar o corregir la suma con base en un índice que permita ajustarla de conformidad con el efecto inflacionario (Velásquez, 2013). En el caso peruano, dicho índice es el Índice de Precios al Consumidor (IPC). Para realizar este cálculo, se debe acudir a una fórmula matemática que permite la actualización de la suma que ha sido pagada en el pasado. Dicho fórmula es la siguiente:

$$\text{Suma actualizada} = \text{suma histórica} \times \frac{\text{IPC final}}{\text{IPC inicial}}$$

La suma histórica, según Rojas Quiñones, es el valor nominal de la erogación (es decir, el costo que tuvo sin más), la cual se multiplica por el resultado de la división del IPC final (esto es, el IPC del mes y el año en el que se hace la liquidación) sobre el IPC inicial (que corresponde al mes y año en el que se incurrió en el gasto).

Para obtener el IPC se debe acudir a las tablas que certifica y difunde la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT). Cabe advertir que, como indica una atenta doctrina, "el índice que se debe utilizar es el nacional y no el de las ciudades o de los departamentos en concreto" (Rojas, 2015, p. 51).

- Una vez la suma ha sido actualizada conforme al IPC, se debe reconocer un monto de rendimiento mínimo, que corresponde al interés legal.

El sustento de ello radica en que se presume que si la víctima no se hubiera visto abocada a pagar la erogación en la que consistió el daño emergente, dicho dinero habría permanecido en su patrimonio y le habría generado un rendimiento mínimo. Por ende, dicho rendimiento también debe serle reconocido (Rojas, 2015).

Así, a la suma actualizada se le debe adicionar un rendimiento mínimo que está dado por el denominado interés legal, que consiste en un interés estándar que se presume genera una suma de dinero[7]. La tasa de interés viene determinada, en atención a ello, por el monto que fija el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP). En síntesis, la cuantificación del daño emergente consolidado o pasado requerirá: (i) que se tome la suma en que consistió la erogación; (ii) se actualice su monto para

7 Artículo 1985 del Código Civil:
"(...) El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño".

traerlo a valor presente, de conformidad con el IPC nacional, determinada por la SUNAT; y, (iii) se le sume el interés puro legal, de acuerdo con la tasa fijada por el BCRP.

Por otro lado, en relación a la cuantificación del daño emergente futuro, el cual se trata de un perjuicio "que se sabe, con razonable certeza, que existirá una erogación que se producirá en una época ulterior a la sentencia que ponga fin al litigio" (Rojas, 2015, p. 57), debemos seguir una metodología de cálculo similar a la que rige el daño emergente consolidado, con las siguientes precisiones:

- Considerando que la erogación se hará en el futuro, naturalmente, no es necesario aplicar ningún procedimiento de corrección monetaria o de ajuste conforme al Índice de Precios al Consumidor (IPC).

- El resarcimiento del daño emergente futuro supone un "pago anticipado" del gasto por parte del agente dañador a la víctima, toda vez que aquella recibirá el dinero con anterioridad a que deba incurrir en el gasto.

En ese entender, se presume que:

"el beneficiario acometerá con ese dinero alguna clase de actividad que le genere rendimiento (inversión). Por esa razón, en lugar de sumar un interés puro, proceden a descontar dicho interés de la suma que recibe la víctima, a efectos de evitar cualquier posibilidad de enriquecimiento" (Rojas, 2015, p. 58).

En consecuencia, respecto a la liquidación del quantum del daño emergente futuro corresponde: (i) determinar la suma por la cual deba realizarse la erogación en un momento posterior a la sentencia; y, (ii) aplicar una fórmula que permita descontar el interés puro legal.

Lastimosamente, las metodologías antes descritas, tanto para la cuantificación del daño emergente pasado como futuro, aun cuando resulten sencillas, a través de aplicativos de cálculos, con frecuencia son ignoradas e inaplicadas por parte de los operadores jurídicos, en el marco de litigios judiciales o arbitrales, que contengan alguna pretensión resarcitoria de daños y perjuicios.

5. ¿Cómo se valora y cuantifica el lucro cesante?

5.1. El lucro cesante se refiere a la ganancia lícita -no al ingreso- dejado de percibir

El lucro cesante se encuentra identificado a la ganancia dejada de obtener[8]; esto es, como indica Visintini, a las nuevas utilidades que el damnificado habría conseguido si no se hubiera verificado el hecho ilícito o el incumplimiento[9]. El lucro cesante importa "la pérdida de una utilidad previamente inexistente que el sujeto presumiblemente conseguiría de no haberse verificado el daño" (Campos, 2014, p. 102).

Como se puede apreciar, el lucro cesante no se identifica con el mero "ingreso", sino con la ganancia o utilidad, que se venía percibiendo. Es la ganancia, el lucro o utilidad el que cesa. Ingreso no es lo mismo que utilidad. La utilidad es, siempre, una parte del ingreso bruto. El lucro cesante, en tal sentido, conceptualmente, se manifiesta de la siguiente manera:

Lucro cesante = sIngreso bruto - gastos

Según De Trazegnies (1988):

8 Según Juan Espinoza (2013), el lucro cesante se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito).
9 Visintini, Giovanna. Op. cit., p. 206.

> **"debe advertirse que el lucro cesante no es el ingreso bruto dejado de percibir sino la ganancia frustrada; y si bien el daño impide que se produzca el ingreso, también es verdad que en muchos casos -no siempre, por lo que cada caso debe ser estudiado en particular- esto conlleva igualmente que ciertos gastos no se tengan que realizar. Por tanto, el lucro cesante será el ingreso bruto frustrado menos los gastos que no ha sido necesario realizar" (p. 42).**

"Lucro", como es evidente, no equivale a "ingreso". El "lucro" es el ingreso menos los gastos. Los gastos a los que nos referimos son aquellos que se requiere abonar, precisamente, para mantener la fuente del ingreso y para producir el ingreso. "Lucro" es sinónimo de "rédito" o "utilidad". Si se resarce con el "ingreso", se incurre en el error de considerar que dicho "ingreso" se produce inevitablemente para el damnificado, sin necesidad de que éste contribuya a generarlo (León, 2016).

En esa misma línea, algunos autores distinguen entre la fuente de la ganancia y la ganancia misma. Es útil, por lo tanto, consignar la depuración de sus costos, que en las demandas suelen soslayarse y aun en las sentencias o no es expresada. Es evidente que, si lo pedido es una ganancia razonablemente esperada, siendo aducidos ingresos globales o flujos periódicos, de esas sumas debe ser descontado lo que ha costado producir esas ganancias (Peñailillo, 2018).

Concierne a la víctima, en su calidad de demandante, precisar el descuento de lo que ha costado producir la ganancia. De no procederse a ese descuento es visible que se configuraría a favor del actor un enriquecimiento injustificado. Si a los litigantes es les exigible una mediana acuciosidad, quien persigue el resarcimiento de este lucro debe describir y probar, en naturaleza y monto, las partidas que integran el costo total en que hay que incurrir para obtener la ganancia que, sostiene, ha perdido o perderá (Peñailillo, 2018).

En consecuencia, como lo veremos más adelante, al momento de realizar la cuantificación del lucro cesante, se debe descontar del ingreso bruto todos los gastos de sostenimiento en los que incurre la propia víctima, así como para con su familia[10]; es decir, sus gastos personales y mantenimiento de su familia. Asimismo, tratándose de un ingreso a una persona jurídica, corresponderá deducir a dicho ingreso, los gastos que permiten lograr tal utilidad.

Creer que todo ingreso bruto constituye un lucro cesante -como, usualmente, algunos operadores jurídicos lo conciben-, conllevaría a pensar que una persona no asume ningún gasto propio o familiar, o que, una persona jurídica para lograr una utilidad no incurre en gastos, lo cual per se es extremadamente artificioso. El lucro cesante, en ese entender, no es solo "un valor no ingresa o no ingresará al patrimonio" (Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, Callao, 2016), sino la utilidad del cual la víctima se vio privada.

Como es obvio, la utilidad deberá provenir de una actividad lícita y no de negocios prohibidos, "aunque hubiesen éstas constituido su modus vivendi, por ejemplo, el contrabando, la explotación de juegos prohibidos, etc." (Trigo y López, 2006).

---

10 Así, según la jurisprudencia argentina, "El juez a quo fijó el importe indemnizatorio teniendo en cuenta la edad de la víctima, sin embargo corresponde tener en cuenta también, siendo el reclamo de los padres del causante, el aporte que hacía a su hogar (lo que supone descontar los gastos propios) y la expectativa de vida útil de los progenitores con cierta dependencia económica (...)". Sentencia N° 82067 25/10/04. Soto, Ramón y otro c/ Hipermac SA y otros s/ accidente acción civil.

No se admiten, por lo tanto, las ganancias provenientes de actividades ilegales; sin embargo, "no debe confundirse moralidad con legalidad" (De Trazegnies, 1988, p. 39). Y es que, pueden existir actividades que, aun cuando puedan cuestionarse a la luz de la moral social vigente- resultan permitidas, tal como sería el caso -en determinados ordenamientos- de la prostitución o el striptease.

Así, si la prostitución se encuentra proscrita en un país y, consecuentemente, es ilegal, no cabe duda que la damnificada en estas actividades, ejercidas de manera clandestina, no podrá aspirar a un resarcimiento. Pero si la actividad -considerada como inmoral- no se encuentra prohibida sino que, por el contrario, está sujeta a autorizaciones y se ejerce libremente dentro de ciertas condiciones, no parece haber razón válida para que el resarcimiento no sea procedente (De Trazegnies, 1988, p.39).

5.2. El requisito de la sólida probabilidad en la valoración del lucro cesante pasado y futuro:

Al igual que el daño emergente, el lucro cesante también puede ser pasado (consolidado) o futuro. Según Isaza (2011), el lucro cesante pasado "corresponde a la cantidad de dinero dejada de percibir por la víctima o por el reclamante desde el momento en que se produjo el daño hasta su liquidación" (p. 37). Por su parte, el lucro cesante futuro es aquel que "se habrá de producir, con probabilidad -y no como mera conjetura- en el patrimonio del damnificado con posterioridad a la sentencia" (Zannoni, 2005, p. 338).

El lucro cesante (pasado o futuro) tiene -en su propia naturaleza- una dosis de incertidumbre pues, la realidad nos demuestra que, no se llegó a obtener la ganancia; no obstante, debe existir una cierta probabilidad objetiva, de acuerdo con las circunstancias concretas, para evitar que el perjudicado pretenda obtener un resarcimiento por pérdidas que nunca se hubieran producido (Reglero, 2008).

Por ello, aun cuando se trate de una ganancia que no ingresa al patrimonio de la víctima, el lucro cesante debe ser demostrado en cuanto a su existencia, así como en su monto específico. La víctima debe acreditar, de manera objetiva, la utilidad que iba a obtener tanto en su entidad como en su cuantía. La utilidad frustrada deberá sustentarse sobre una sólida probabilidad o ser razonablemente cierta[11].

Siendo una ganancia esperada, por definición, el lucro cesante nunca será absolutamente cierto; siempre existe la posibilidad de que algún sorpresivo obstáculo la malogre. Ha de exigirse, pues, un razonable grado de certeza, equivalente a una sólida probabilidad. Se deberán probar elementos objetivos que permitan desprender verosímilmente un curso (futuro) normal sobre la base de una ganancia hasta ahora producida (Peñailillo, 2018).

El resarcimiento por este concepto no se puede conferir si no existe seguridad en torno a la ganancia frustrada, lo cual excluye los denominados "sueños de ganancia" que, en muchas ocasiones, campean en las reclamaciones elevadas por las víctimas (Rojas, 2015).

---

11 Un punto que suele generar discrepancias es el que tiene que ver con el lucro cesante de los menores de edad. ¿Qué sucede en aquellas hipótesis en que la lesión o muerte es sufrida por un menor? ¿Cuál es el parámetro para la tasación de sus ingresos? ¿Es válido considerar la expectativa que tenía respecto de una vida laboral futura? En realidad, considerando que la vida productiva del menor aún no ha comenzado, existe incertidumbre sobre el hecho que, de empezar, el sujeto afectado por muerte o lesión (actualmente menor) destinaría tales ingresos a quienes ahora reclaman el lucro cesante, de donde se colige entonces que el perjuicio, en principio, no se puede reparar. Esta es, sin embargo, una conclusión que deberá analizarse a la luz de cada caso concreto. Podrán existir circunstancias en las que la certeza se encuentre reunida (por ejemplo, el caso del menor que devenga efectivamente un ingreso por talentos propios -musicales o escenográficos- y destina una parte a la colaboración respecto de sus padres).

El resarcimiento del lucro cesante procederá siempre que se acredite, de forma concluyente:

> **"la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido" (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1998).**

La jurisprudencia española, en ese entender, estima que la valoración del lucro cesante debe realizarse bajo un criterio restrictivo, pues, "ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas, pues no pueden derivarse de supuestos meramente posibles pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre" (Tribunal Supremo Español, 1967).

Nuestra jurisprudencia ha establecido que, en el lucro cesante:

> **"la determinación del monto a pagar se basa en un juicio de razonabilidad, en tanto es imposible determinar con exactitud qué es lo que va a ocurrir en el futuro, por ello es exigible cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto a fin de no establecer montos arbitrarios o ganancias imaginarias" (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Callao, 2016)**

La valoración del lucro cesante "debe surgir como una probabilidad objetiva del curso legal de las cosas y de las circunstancias del caso o negocio jurídico concreto de que se trate" (De Trazegnies, 1988, p. 37). No son reparables las ganancias hipotéticas, sino aquéllas que se generarán con una alta y sólida probabilidad, "que inevitablemente se dejarán de percibir como consecuencia del acto dañino" (De Trazegnies, 1988, p. 37).

La prueba del lucro cesante puede provenir de distintos medios. El aspecto fundamental consiste en acreditar que, la víctima ha dejado o dejará de percibir una ganancia, a través de la prueba documental, testimonial, pericial, entre otras. En opinión de Rojas (2015), "los jueces suelen darle especial credibilidad a las declaraciones de renta, por tratarse de declaraciones tributarias en las que, teóricamente, se encuentra reflejado el estado del patrimonio de una persona y su nivel de ingresos" (p. 98).

También pueden resultar importantes los extractos o reportes bancarios de periodos relevantes (por ejemplo, un año), toda vez que permiten dilucidar los movimientos que, en general, han tenido las cuentas de los perjudicados, y corroborar si los ingresos que aducen son ciertos o no.

Ante la imposibilidad de ello, atendiendo al

caso concreto, se podría acreditar el nivel de vida que llevaba el sujeto. Así, por ejemplo, el pago periódico de cierta clase de erogaciones (colegios de los hijos, vivienda, servicios públicos, entre otros) puede ser un hecho indicador del nivel de vida de la víctima y de la certeza de los ingresos que aduce (Rojas, 2015).

Con todo lo señalado, debe entenderse que la certeza que se evalúa en este tipo de perjuicio es una certeza relativa. Por tratarse de un ejercicio prospectivo que, en su condición de tal, es hipotético, no se le puede exigir al reclamante la plena y absoluta certidumbre sobre la existencia de la ganancia que ulteriormente se ha tornado frustráneo (Suescún, 2004). Es, en esencia, lo que se trasluce bajo el denominado "daño virtual", siendo que se sabe que existirá a la luz del curso usual y cotidiano de los acontecimientos (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2013).

5.3. La legitimación de la propia víctima para reclamar el lucro cesante

A diferencia del daño emergente, en el lucro cesante uno de los aspectos que suele generar controversia, es el que tiene que ver con los legitimados para exigir dicho resarcimiento. En nuestro medio, no existe una lista de legitimados que puedan exigir el lucro cesante, de modo que lo serán "todos aquellos sujetos que logren acreditar que, en efecto, han padecido la frustración de una ganancia, activo o ingreso económico" (Solarte, 2010, p. 395).

Naturalmente, ello se establece respecto tanto de la víctima directa de la lesión, como de todos aquellos que dependían económicamente de dicha víctima. En consecuencia, podrán reclamar el resarcimiento por el lucro cesante el afectado (víctima directa), y, según lo analizaremos más adelante, sus dependientes económicos.

Así, la esfera de los legitimados puede variar según si la víctima directa ha fallecido o no. Si la víctima fallece en forma instantánea o poco tiempo después no hay lucro cesante hereditario. Esto quiere decir que los posibles ingresos que hubiera tenido la víctima, en caso de haber vivido, no son un daño que ella haya sufrido y, por lo tanto, no son reclamables en su nombre por los herederos (Velásquez, 2013).

No obstante lo señalado, en el supuesto en que la víctima hubiere fallecido, la ayuda económica que los herederos o terceros recibían de la víctima sí constituye un lucro cesante -conforme lo veremos más adelante-, que podrá exigirse mediante la acción personal.

En caso no hubiera fallecido, será la propia víctima quien podrá exigir el resarcimiento del lucro cesante, estando a su calidad de víctima directa. Esto es, si la víctima no ha fallecido, será ella quien podrá exigir el resarcimiento por concepto de lucro cesante, "pues si pudieran hacerlo también los terceros, el responsable se vería abocado a una nueva demanda" (Tamayo, 1986, p. 272), lo cual no sería factible dado el carácter personal del daño resarcible.

Por ende, no habiendo fallecido la víctima, corresponderá determinar el grado de incapacidad (temporal o permanente). La valoración de dicha incapacidad deberá realizarse en cada caso concreto, por cuanto "no es lo mismo una pérdida de la movilidad de una pierna para una telefonista que para quien practica un deporte aeróbico" (Yepes y Villada, 2004, p. 115).

Dichas ganancias constituyen el núcleo centro del resarcimiento del lucro cesante,

> **"aunque no se cristalizan necesariamente en lo que la víctima obtenía al día del delito [entiéndase, hecho generador del daño]; sino que pueden variar en sentido creciente o decreciente, según cuales fueron sus condiciones personales y el estado intelectual o físico en que debía la víctima desenvolverse, durante el tiempo que duró o durare la incapacidad para el trabajo y en cuyo lapso dejó o debió dejar de percibir las ganancias esperadas" (Trigo y López, 2006, p. 227).**

Ahora bien, puede ocurrir que, no obstante la pérdida de la capacidad laboral, la víctima continúe percibiendo sus ingresos, en cuyo caso no corresponderá resarcir por el concepto de lucro cesante, sino mediante la partida de daño moral. Como señala Rojas (2015), "no parece tener mucho sentido que, si la víctima ha preservado, de facto, su capacidad productiva, se le ordene al agente dañador el pago de un resarcimiento por concepto de lucro cesante" (p. 88).

Como lo hemos indicado, el resarcimiento del lucro cesante exige la frustración de una utilidad. Por ende, si no existió ninguna frustración absoluta -es decir, si el nivel de los ingresos continúa siendo el mismo con posterioridad al hecho dañoso- no existirá menoscabo patrimonial alguno que sea resarcible.

Una situación parecida se advierte en los supuestos en los cuales la víctima, al momento del hecho generador del daño, no tenía una fuente de ingresos.

En tal hipótesis, si la víctima directa no se dedicaba a una actividad lucrativa, no habrá lugar a reconocer lucro cesante, puesto que, realmente, nada ha dejado de percibir; pero si la situación de vacancia era provisional, atendiendo que la víctima directa sí se dedicaba a actividades lucrativas, pero por cualquier circunstancia se encuentra desempleada, por ejemplo, acaba de perder su empleo, sí se reconocerá lucro cesante, con base en los últimos ingresos, o con el promedio de los mismos (Gaviria, 2017).

5.4. La calidad de cónyuge o conviviente no determina el resarcimiento del lucro cesante, por la muerte de su pareja

Como analizaremos a continuación, en realidad, la calidad de cónyuge o conviviente no es suficiente para exigir el resarcimiento del lucro cesante, derivado de la muerte de su pareja. En dicho escenario resulta fundamental que el demandante demuestre la existencia de una dependencia económica.

Y es que, puede ocurrir que los cónyuges se encontraban, al momento del hecho generador del daño, separados de hecho, divorciados o en vía de divorcio; o, tratándose de convivientes, separados por mutuo acuerdo o por decisión unilateral de ellos, por lo que -en términos generales- no existía una dependencia económica.

Según Martínez Rave (2003), "si el cónyuge se encuentra fuera de su domicilio y no cumple con sus obligaciones materiales y morales no existe, en principio, obligación de resarcir el lucro cesante" (p. 73). De manera tal que, si la separación ha permitido que los cónyuges o convivientes tengan sus propias fuentes de ingreso, que no existan ni dependencias, ni relaciones económicas entre uno y otro, no corresponde resarcir el lucro cesante.

En síntesis, sólo el cónyuge o conviviente -que reciba una ayuda económica permanente de la víctima- puede pretender el resarcimiento del lucro cesante, en caso acredite la dependencia económica que tenía con la víctima y que, lastimosamente, terminó con la muerte de aquella. Según la jurisprudencia comparada, "podrán reclamar los ingresos que han dejado de percibir en razón del fallecimiento de la víctima directa, siempre que logren acreditar el consabido criterio de dependencia" (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1999)[12].

No obstante, si el cónyuge sobreviviente contrae segundas nupcias, el lucro cesante sólo abarcará el tiempo transcurrido entre la muerte del primer esposo y el día de las segundas nupcias (Tamayo, 1989). Lo mismo ocurre en caso haya constituido una unión de hecho estable, aun cuando no haya sido declarada como tal.

Naturalmente, como lo hemos manifestado, dicho resarcimiento nunca podrá ser por el total del ingreso dejado de percibir (por ejemplo, el 100% de la remuneración), sino sólo en la medida de lo que su pareja contribuía -con o sin mandato judicial-, pues, de lo contrario, la víctima se estaría enriqueciendo, terminando en una mejor situación a la que se encontraba hasta antes de la muerte de su pareja.

5.5. La especial situación de los hijos para exigir el resarcimiento del lucro cesante, por la muerte de su padre/madre

Como es sabido, padres e hijos son parientes consanguíneos en línea recta del primer grado; ascendente, el padre y la madre, y descendente, el hijo o la hija. En este caso, la relación jurídica entre ellos surge de la filiación, la cual puede ser matrimonial, extramatrimonial o legal (adopción) (Torres, 2016). En ese contexto, se deberá analizar cuando le corresponde al hijo exigir el resarcimiento del lucro cesante derivado de la muerte de su padre/madre.

La situación particular de los hijos menores de edad, debido a la relación paterno-filial, hace presumir la dependencia económica en relación con los padres, en tanto "así lo exige la personalidad del menor de edad, requirente de resguardo para llegar a su total desarrollo" (D' Antonio, 1986, p. 37). Por ende, si uno de los padres muerte deberá determinarse la contribución económica que aquél aportaba para el mantenimiento de su hijo o hijos, en atención a sus circunstancias y edad.

Por lo demás, en el caso de los hijos no importa, para estos efectos, la categoría de su filiación (matrimonial o extramatrimonial). La presunción de dependencia económica existe en favor de todos. Pero se puede demostrar que algunos recibían mayores beneficios que otros y, en este supuesto, la presunción se puede modificar en relación con la cuantía que corresponde a cada uno (Martínez, 2003).

La presunción de dependencia económica de los hijos se debe, en realidad, al estado de necesidad en el que se encuentran. Según Gil Botero, el lucro cesante está

"constituido por el derecho a recibir lo que dejará de aportar el fallecido, no es suficiente que se demuestre la capacidad productiva del causante, es necesario que se dé el daño por la privación del beneficio que se recibía, no en calidad de heredero, sino en calidad de perjudicado o beneficiario al no seguir recibiendo el mismo" (Gil, 2010, p. 178).

---

12 Se resarce, entonces, el lucro cesante que sufren los que dependían económicamente de los ingresos de la víctima (y por eso tienen la condición de perjudicados), por lo que de tales ingresos se deben detraer los que la víctima destinaba a su consumo (quota sibi), de modo que el lucro cesante de los parientes nunca puede coincidir con el importe de las ganancias que habría obtenido la víctima de no haber fallecido (Medina, 2013).

Al igual que el daño emergente, no es el sólo vínculo de filiación el cual otorga la legitimación a los hijos para exigir el resarcimiento, sino que -tratándose del lucro cesante- deberá acreditarse la dependencia económica que existía con la víctima directa. La jurisprudencia colombiana ha establecido, en tal sentido, que, "no es realmente el vínculo de parentesco o conyugal el factor determinante de la legitimación activa para reclamar la indemnización [...] sino la dependencia económica que tenía el reclamante respecto de quien murió" (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2011)[13].

Tratándose de lucro cesante, es posible que algunos hijos (víctimas indirectas) pierdan su derecho con anterioridad a las otras, caso el cual los valores dejados de percibir deberán acrecentar los dineros de las otras víctimas (Gaviria, 2017). Ello ocurre cuando existen hijos con edades diferentes, debiéndose verificar el límite de la dependencia económica que, por ejemplo, podría ser en el momento en el que alcancen la mayoría de edad.

En aras de lograr un verdadero resarcimiento, no es posible permitir que en cuanto las víctimas indirectas, por cualquier razón, pierdan su derecho, el responsable se vaya exonerando del resarcimiento, sino que, por el contrario, estas víctimas deberán acrecer a las demás (Gaviria, 2017), tal como podría ser en favor del cónyuge o conviviente. Por ello,

> **"quien no recibe el acrecimiento, sufre una situación de injusticia, como quiera que debe tratarse de la distribución equitativa del patrimonio familiar destinado a la satisfacción del núcleo familiar en su universalidad" (Consejo de Estado de Colombia, 2015).**

Lastimosamente, si al momento de la muerte de su padre/madre, el hijo no recibía ninguna ayuda económica (por ejemplo, pensión de alimentos) o tenía su propia fuente de ingreso, no podrá reclamar un resarcimiento por el lucro cesante. Como indica Martínez (2003), "aunque está favorecido por la presunción legal que establece el parentesco para los alimentarios, esa presunción puede ser desvirtuada y negársele el resarcimiento por dicho concepto" (p. 73).

En síntesis, se presume la dependencia económica de los hijos menores por la simple relación paterno-filial de parentesco, la cual deberá acreditarse de manera idónea. No obstante, dicha presunción - por ser ***iuris tantum*** - puede ser desvirtuada en caso se demuestre que la dependencia económica no existía y, por ende, desparece el lucro cesante.

Cabe precisar que, en el supuesto de los hijos mayores de 18 años, que se encuentran impedidos para trabar o valerse por sí mismos; o, que sigan con éxito estudios de una profesión u oficio[14], ciertamente, se desvirtúa la presunción de dependencia pues "es posible demostrar que, por circunstancias especiales, dependían económicamente del padre y, por

---

13 Entonces, todas las personas que acrediten haber recibido ayuda económica de la víctima fallecida están legitimadas para reclamar el lucro cesante que su muerte les causa. No interesa si esos perjudicados son herederos o no, o sin son mayores de edad. El fundamento jurídico para reclamar consiste en que la ayuda económica recibida de la víctima fallecida es un daño cierto, personal y antijurídico. El lucro cesante lo constituye la pérdida de la ayuda que recibían, periódicamente, de la víctima fallecida y no está determinado por las condiciones de edad, capacidad económica o ingresos por otras fuentes que obtenían los demandantes (Velásquez, 2013).

14 Artículo 424 del Código Civil:

"Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad; y de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas".

lo tanto, se da el lucro cesante a pesar de ser mayores" (Martínez, 2003, p. 73 y 74)[15].

Lo mismo ocurre cuando un sujeto de 30 años dependía económicamente de sus padres. En tal escenario, la muerte de uno de ellos, en realidad, es fuente generadora de lucro cesante, de modo tal que debe resarcirse. Habrá de aplicarse la realidad sobre la mera forma legal, a efectos de resarcir, en la mayor medida de lo posible, el daño causado (Rojas, 2015).

Por lo demás, como lo veremos en el siguiente punto relativo a la cuantificación del lucro cesante, no basta establecer la productividad de la víctima en general, ni la existencia de una situación de dependencia económica; sino que es necesario conocer cuánto, de esa productividad, se convertía en beneficio económico para el hijo perjudicado.

5.6. Cuestiones a tener en consideración al momento de cuantificar el lucro cesante

En principio, una vez dilucidado el aspecto en torno a los legitimados para exigir el lucro cesante, corresponderá determinar, antes de proceder a liquidar el referido perjuicio, el monto de la ganancia frustrada.

Dicha cuestión, tratándose del lucro cesante, tiene una complejidad un poco mayor, pues "no se trata propiamente de una erogación, sino de un activo que no ingresará al patrimonio del afectado" (Rojas, 2015, p. 85), por lo que deberá considerarse cada caso particular, en aras de tener en cuenta los diferentes factores que inciden en los ingresos de un sujeto. Sin perjuicio de ello, existen ciertos parámetros generales que deberán tomarse en cuenta:

- Si la víctima era un asalariado, se tomará su salario mensual como base para la liquidación.

En un asalariado, la pérdida de su ganancia está constituida por su salario, cesantías, prima de servicios, bonificaciones legales, comisiones, etc., que deben ser tenidos en cuenta para determinar el salario base de liquidación del lucro cesante (Velásquez, 2013).

Cabe indicar que, de ser dicho ingreso base variable corresponderá promediar el valor de los últimos doce meses o, en general, de un periodo relevante que permita reflejar una situación ordinaria y real (Velásquez, 2013).

- Si el ingreso no provenía de un salario, se debe considerar la fuente de ingreso particular que tenga el reclamante, en su calidad de independiente.

Si el mismo era fijo o estable, esa será la base. Por el contrario, si el ingreso era variable o atípico para la época del hecho dañoso, debe considerarse el promedio ponderado de los ingresos dentro de un periodo de tiempo relevante que, de ordinario, será de un año (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2009).

En el caso de trabajadores independientes, la prueba del ingreso recibido habitualmente no es fácil y exige de las partes y del juez/árbitro un examen detenido para acreditar con precisión su cuantía. En este caso, la prueba documental de la actividad que desarrollaba la víctima, como declaraciones de renta, libros de contabilidad, prueba testimonial, etc., sirven para determinar una cifra promedio de ingresos (Velásquez, 2013).

- Si para el momento de la lesión la víctima enfrentaba circunstancias atípicas en relación con el ingreso -por

15 La existencia de la presunción releva de la consecuente carga de la prueba en torno a la dependencia económica del reclamante, sin perjuicio de lo cual puede derruirse mediante prueba en contrario (Rojas, 2015).

ejemplo, por el hecho de encontrarse desempleado- se deberá dar aplicación al criterio de equidad, lo cual supone

> **"tomar un periodo que refleje condiciones normales u ordinarias a efectos de obtener el salario base de liquidación. Si no fuera posible encontrar dicho periodo, se presumirá que el ingreso es de un salario mínimo legal mensual vigente" (Rojas, 2015, p. 86).**

Debemos advertir que, la hipótesis antes referida procede en los casos en los cuales la persona se encuentra en una situación de desempleo provisional. Distinto es el caso en el que la víctima directa no se dedicaba a una actividad lucrativa, en donde no deberá reconocerse lucro cesante, toda vez que, en realidad, nada ha dejado de percibir.

La discapacidad mental o físico no es por sí misma prueba de la incapacidad laboral. Hoy las personas con discapacidad progresivamente van incorporándose a la vida laboral en el desempeño de tareas laborales, muchas veces en condiciones iguales a los que no sufren ningún tipo de discapacidad (Velásquez, 2013). Lo mismo puede ocurrir con los menores de edad.

- Si la víctima fallece, como lo hemos analizado, la determinación del ingreso frustrado exige que se descuente el valor que dicha persona destinaba a su propia manutención (conocido como la cuota sibi). Lo anterior en la medida en que, en virtud del fallecimiento, dicho dinero ya no será empleado por la propia víctima y, por su particular destinación, tampoco le corresponde a los dependientes económicos (Rojas, 2015).

En algunos ordenamientos jurídicos, como es el caso del colombiano, la cuota sibi se presume en un porcentaje del 25% del total del ingreso. Es necesario, entonces, descontar el valor que la víctima dedicaba "a su propia manutención o sostenimiento, el cual, de no establecerse en un valor diferente, se ha calculado en un 25%" (Gaviria, 2017).

En nuestro medio, a partir de lo previsto en el numeral 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil[16], consideramos que el porcentaje de los gastos de mantenimiento personales -esto es, de la propia víctima- corresponde al 40% de los ingresos -que deberán ser deducidos-, en tanto dicho monto resulta inembargable para garantizar obligaciones alimentarias.

No obstante lo anterior, consideramos que no es posible establecer una regla absoluta en este punto, por lo que cada caso deberá ser analizado por separado. Por ejemplo, en el supuesto en el que sólo exista una víctima indirecta que dependiera del causante, será razonable asumir que los gastos personales del fallecido serían el 50%, y la otra mitad destinada a su dependiente.

- Naturalmente, como lo hemos señalado, para el caso de los dependientes económicos, el valor del ingreso frustrado deberá corresponder al que, en realidad, destinaba la víctima directa a favor de tales dependientes. Así las cosas, deberá acreditarse cuál era la cuota de manutención que la víctima directa

---

16 Artículo 648 del Código Procesal Civil
"Son inembargables:
"(...) 6. Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte. Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargado procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley (...)".

entregaba a los reclamantes. En caso ello no fuese posible, se repartirá 50% para el cónyuge o conviviente, y el 50% restante para los hijos que hubieren (Rojas, 2015)

En atención a las consideraciones antes expuestas, es posible determinar el ingreso base de liquidación. Una vez ello, el juez o árbitro deberá aplicar algunos procedimientos matemáticos, a efectos de cuantificar el lucro cesante definitivo, los cuales describimos a continuación:

- Tratándose de un lucro cesante pasado (es decir, que ya se ha consolidado al momento en el que se emita una sentencia o laudo que ponga fin a una controversia) se deberá actualizar su valor de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor (IPC), para lo cual se deberá emplear la siguiente fórmula:

En este caso, la suma histórica el valor nominal de la ganancia frustrada, la cual se

$$\text{Suma actualizada} = \text{suma histórica} \times \frac{\text{IPC final}}{\text{IPC inicial}}$$

multiplica por el resultado de la división del IPC final (esto es, el IPC del mes y el año en el que se hace la liquidación) sobre el IPC inicial (que corresponde al mes y año en el que se frustró la renta). Para obtener el IPC se debe acudir a las tablas que certifica y difunde la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT).

Una vez se cuenta con la cifra actualizada, por ser un daño pasado, se le deberá sumar el interés legal puro, en los términos que indicamos al abordar lo relativo al daño emergente.

- Finalmente, en el supuesto de un lucro cesante futuro (esto es, cuando aquel no se haya producido al momento de la expedición de la sentencia o laudo, "pero que con razonable certeza se producirá en una etapa ulterior" (Rojas, 2015, p. 92) su cuantificación no exige la aplicación de criterios de corrección monetaria porque no se trata de un perjuicio pasado cuyo valor deba traerse a sumas presentes.

Por ende, sólo deberá descontarse el valor del interés legal puro, de la misma forma en que se hizo con el daño emergente. Ciertamente:

"por ser una suma que la víctima va a recibir por anticipado, la jurisprudencia ha entendido que le dará alguna clase de rendimiento, de donde infiere que debe descontarse dicho rendimiento. Lo anterior con miras a evitar el enriquecimiento" (Rojas, 2015, p. 93).

6. ¿Cómo evitar la desnaturalización del criterio de equidad en la cuantificación del daño material, en el marco de un proceso judicial o arbitral?

Un presupuesto procesal necesario de lo que hemos desarrollado es que el daño material (daño emergente y lucro cesante) se encuentre, debidamente, acreditado o probado.

Así, al igual que en cualquier otro campo, rige respecto del daño el principio enunciado por Paulo que prescribe que ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat; esto es, la prueba incumbe a aquél que afirma, no al que niega. Por consiguiente, el demandante (víctima) tiene que probar necesariamente su propio daño. De esta manera, la probanza del daño por el actor es una regla general, que se aplica aunque funcione la presunción de culpa o se trate de un criterio de imputación objetivo (De Trazegnies, 1988).

El artículo 1331° del Código Civil establece que "La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso". Conforme a ello, señala Lizardo Taboada (2003), es menester que el demandante pruebe, por un lado, que los daños se han materializado efectivamente y, por otro, que esos daños pueden o cuantificarse o estimarse dinerariamente.

Lo anterior supone, entonces, que la carga de la víctima, en su calidad de demandante, deba apuntar hacia la consecución de dos tareas fundamentales, a saber: (i) de una parte, la acreditación de la existencia del daño material; y, (ii) la demostración de su cuantía, explicando y probado la forma como se arriba al ***quantum*** que exige como resarcimiento por el daño material.

Para tal efecto, el afectado podrá valerse de los diferentes medios probatorios que admite la legislación procesal peruana, así como de cualquier evidencia que, dentro de los cauces de la legalidad, pueda aportar: la prueba documental, la pericial, la inspección judicial, la declaración de parte, la declaración de terceros, entre otros mecanismos más, serán, en general, idóneos para la tarea demostrativa que la víctima debe desarrollar (Rojas, 2015).

Naturalmente, la prueba de la existencia y cuantificación se deberán realizar por separados, en lo relativo al daño emergente y lucro cesante, toda vez que se tratan de partida autónomas. El otorgamiento de uno de ellos, por ende, a través de una sentencia o laudo arbitral, no puede significar que el otro también será concedido. La valoración y cuantificación del daño emergente y lucro cesante se realizan por separado.

Pese a ello, en la práctica, se advierte que, con frecuencia, algunas demandas resultan oscuras, en tanto sólo incluyen un monto general de resarcimiento del "daño material", sin discriminar -y, a veces, ni acreditar- lo correspondiente al daño emergente y lucro cesante. En tal sentido, a fin de evitar cualquier contingencia futura, se debe acudir al siguiente esquema, el cual puede ser utilizado por cualquier operador jurídico:

Daño material	Medio aprobatorio	Cuantía	Medio probatorio
Daño emergente	Anexo A y Anexo B	s/. 112,500.00	Anexo C, Anexo D y Anexo E
Lucro cesante	Anexo F, Anexo G y Anexo H	s/. 84,750.00	Anexo I

Ahora bien, de manera excepcional, dada las dificultades que implica -en ciertos casos- la prueba exacta de la cuantía del daño material, nuestro legislador, a partir del criterio de valoración equitativa, ha "aliviado la carga del demandante exigiendo que se acredite de una manera genérica la existencia del daño, acreditado este hecho, el monto resarcitorio es apreciado prudencialmente por el juez" (De Trazegnies, 1988, p. 21).

Así, en materia de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, el artículo 1332° del Código Civil establece que "Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa". La fuente de la referida disposición la encontramos en el artículo 1226° del Codice Civile, según

el cual "Si el daño no puede ser probado en su cantidad exacta, el juez lo liquidará mediante una valoración equitativa".

Pese a la claridad del artículo 1332° del Código Civil peruano, su aplicación viene desnaturalizándose, pues, se considera -de manera equivocada- que dicho artículo libera a la víctima de la carga de la prueba de la existencia del daño material.

En realidad, la equidad solamente procede en aquellos casos en que se sabe, a ciencia cierta, que el daño existió -debido a que ha sido acreditado-, pero no puede determinarse cuál es su cantidad de manera exacta. Por ende, como bien lo ha establecido la jurisprudencia colombiana, la utilización del criterio de equidad es subsidiaria; es decir, "solamente tiene cabida cuando es conocida la existencia de una afectación, pero no es posible determinar su monto" (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2004)[17].

Si nos encontramos frente a un caso en el que existe certeza del daño material, debido a las erogaciones en los que la víctima incurrió, pero no se puede inferir la cuantía de los mismos, la aplicación del criterio de la equidad permitirá que sea el juez o el árbitro quienes empleen "las reglas de la razonabilidad y las máximas de la experiencia, con el propósito de reconocerle a la víctima una suma por el mencionado concepto" (Rojas, 2015, p. 65).

En ese mismo sentido, la jurisprudencia italiana ha enfatizado en que la potestad del juez (o árbitro) para liquidar el daño material, mediante el criterio de equidad, exige de dos presupuestos (Corte Suprema di Cassazione, 2017):

> **a)** Primero, que se haya establecido -de manera concreta- la existencia ontológica del daño resarcible, cuya carga de la prueba recae sobre la parte perjudicada;
> **b)** en segundo lugar, el recurso de la evaluación equitativa necesita que el juez haya constatado que la imposibilidad de estimar con exactitud el daño se debe a factores objetivos, y no a la negligencia de la parte perjudicada en la alegación y prueba de los elementos a partir de los cuales se habría podido deducir el alcance del perjuicio.

Según una atenta doctrina nacional (Medina, 2018), en posición que compartimos, para que proceda la evaluación equitativa del daño material son necesarios dos requisitos: (i) la prueba de la existencia del daño; y, (ii) la imposibilidad material de su cuantificación. Por lo tanto, no podrá emplearse la evaluación equitativa en la cuantificación del daño material si, previamente, el damnificado no ha cumplido con acreditar su existencia.

Así, "la liquidación del daño de forma equitativa, que solo puede tener lugar en caso de imposibilidad o dificultad de una prueba precisa del importe y del alcance del daño sufrido, no exime al interesado de la obligación de aportar pruebas sobre la existencia del mismo, pues deviene en el requisito previo indispensable para la evaluación equitativa" (Corte Suprema di Cassazione, 2013).

Corresponde al juez o árbitro "aplicar al caso criterios que, sobre la base de la equidad y las reglas de la experiencia, permitan arribar a una determinación razonada del lucro cesante [o daño emergente] cuando, a pesar de haberse probado su existencia, existan circunstancias que razonablemente impidan al demandante acreditar con exactitud la cuantía a la que esta asciende (no por causa de negligencia o insuficiencia probatoria, debe precisarse)" (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, La Libertad, 2015).

---

17 La equidad como criterio excepcional de cuantificación del resarcimiento ha sido propuesta, especialmente, para la valorización de los daños morales, es decir, de aquellos que no admiten una estimación directa. No habría razón para que el demandante que pretende un resarcimiento por daño material no ofrezca el material probatorio que sustente su pedido (León, 2007).

Por ende, el criterio de valoración equitativa, al amparo de lo previsto en el artículo 1332 del Código Civil, no significa que la víctima, en su calidad de demandante, no se encuentre obligada a demostrar la existencia del daño, con todos sus requisitos para que sea resarcible. El mencionado artículo solo flexibiliza, de forma excepcional, la obligación de la víctima en acreditar el monto, en tanto haya demostrado la imposibilidad de probar su cuantía en forma exacta.

Por otro lado, la aplicación del criterio de valoración equitativa también se desnaturaliza cuando, no obstante en el petitorio se exige una suma determinada por resarcimiento del daño material, el juez o árbitro -al momento de resolver- fija -con total vulneración del principio de congruencia procesal (vicio ***ultra petita***), al amparo de la "equidad"- un monto mayor.

Finalmente, resulta frecuente que, en el marco de un proceso judicial o arbitral, se realicen pericias orientadas a cuantificar el daño material. Sin embargo, se debe tener en cuenta que si la víctima ha solicitado en sus pretensiones una cifra menor que la suma resultante del dictamen pericial, esta última será irrelevante para variar el monto de la pretensión resarcitoria, puesto que el interés para obrar de la víctima tendrá como límite lo fijado en el petitorio de su demanda.

El principio de congruencia procesal demanda de que el resultado de la sentencia o laudo tenga un monto máximo al planteado en el petitorio. Un dictamen pericial emite una opinión con base en la causa petendi de la demanda, más no del petitum, por lo que la suma resarcitoria -que podría otorgar el juez o árbitro- tendrá como límite el petitum y no el formulado en dictamen pericial, en caso haya sido posterior.

En consecuencia, aun cuando exista un dictamen pericial, el mismo será irrelevante si es que, como conclusión, se fija un monto que excede a la cifra que la víctima solicitó como petitorio por concepto de resarcimiento del daño material. A fin de evitar ello, se sugiere que el dictamen pericial se realice de manera anticipada, y se presente como medio probatorio para sustentar la cuantía que se solicita en un proceso judicial o arbitral.

7. A modo de conclusión

Como cualquier modelo jurídico que pretenda adaptarse a la celeridad de nuestros días, la responsabilidad civil se muestra dúctil y maleable a las exigencias de un Derecho Civil comprometido con las potencialidades transformadoras del marco constitucional (Rosenvald, 2014). El daño es un ingrediente esencial de la responsabilidad civil, sea por inejecución de obligaciones o extracontractual. El daño (moral o material), para que resulte resarcible, deberá ser cierto, personal, subsistente y antijurídico (injusto).

La valoración y cuantificación del daño material no es -como, usualmente, se considera- un tópico sencillo. Por el contrario, la praxis judicial y arbitral demuestra que no existe claridad sobre diversos aspectos sustantivos y procesales, tales como la prueba del daño, legitimación, aplicación del criterio de equidad, entre otros.

En ese contexto, el presente estudio ha tenido como propósito formular -desde una perspectiva más moderna y real- diferentes consideraciones en torno a la valoración y cuantificación del daño emergente y lucro cesante. Se trata, únicamente, de una aproximación general, a la luz del ordenamiento jurídico peruano, que resulta necesaria tener en cuenta al momento de administrar justicia o en el marco de una negociación sobre responsabilidad civil.

Corresponderá a cada uno de nosotros, estudiarlo, analizarlo y aplicarlo.

Bibliografía

Art. 06

a. Doctrina

Barros, E. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile..

Bustamante, J. (1997). *Teoría general de la responsabilidad civil.* 9ª ed. Buenos Aires: Editorial Abeledo – Perrot.

Campos, H. (2014). *Apuntes sobre la certeza y la prueba del daño. En Actualidad Jurídica (246).* Lima: Gaceta Jurídica.

Céspedes, C. (2008). *La antijuridicidad. ¿Presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual en el ordenamiento chileno?* En Revista de Derecho y Ciencias Penales (11). Santiago: Universidad San Sebastián.

Corral, H. (2004). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Corsaro, L. (1997). *Concetto e tipi di danno. En Manuale di Diritto Civile. A cura di Pietro Perlingieri.* Napoles: Edizioni Scientifiche Italiane.

D'Antonio, D. (1986). *Derecho de Menores.* 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea.

De Cupis, A. (1975). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil.* Barcelona: Editorial Bosch.

De Miguel, C. (1997). *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente.* 2ª ed. Madrid: Editorial Civitas.

De Trazegnies, F. (1988). *La responsabilidad civil extracontractual* [Vol. IV]. Tomo 2. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de Daños.* Madrid: Editoria Civitas.

Espinoza, J. (2016). *Derecho de la responsabilidad civil.* 8ª ed. Lima: Instituto Pacífico.

Franzoni, M. (1997). *Il danno al patrimonio.* Milano: Giuffrè Editore.

Gaviria, A. (2017). *Guía teórico-práctica para la cuantificación de perjuicios.* Medellín: Fondo Editorial EAFIT.

Gil, E. (2010). *Responsabilidad extracontractual del Estado.* Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Graziani, A. (1953). *Appunti sul lucro cessante.* En *Studi di Diritto Civile e Commerciale.* Nápoles: Casa Editrice Jovene.

Henao, J. (1998). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés.* Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

CORPUS IURIS | Marco Andrei Torres

Infante, F. (2003). *La reforma del derecho de daños en Alemania. Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* (11). Madrid: Editorial Aranzadi.

Isaza, M. (2011). *De la cuantificación del daño. Manuel teórico-práctico.* Medellín: Editorial Témis.

Jansen, N. (2003). *Estructura de un Derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna.* Revista de Análisis de Derecho (128). Barcelona: Indred.

°Larenz, K. (1958). *Derecho de Obligaciones.* Tomo 1. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Le Tourneau, P. (2010). *La responsabilidad civil.* Traducción de Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Editorial Legis.

León, L. (2016). *Responsabilidad civil contractual o extracontractual.* Lima: Academia de la Magistratura.

León, L. (2007). *Responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas.* 2ª ed. Lima: Jurista Editores.

Llamas, E. (1999). *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor.* Madrid: Editorial Trivium.

Martínez, G. & Martínez, C. (2003). *Responsabilidad civil extracontractual.* Decimoprimera edición. Bogotá: Editorial Témis.

Martínez, G. (1989). *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia.* 5ª edición. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

Mazeaud, H. &, Mazeaud, L. & Tunc, A. (1961). *Tratado práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual [Vol. 1]. Tomo 1. Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Medina, E. (2018). *La cuantificación equitativa del daño. Comentarios a la Casación N° 4516-2016-Lambayeque.* En Gaceta Civil & Procesal Civil [comp.] (66). Lima: Gaceta Jurídica.

Medina M. (2013). *Transmisión hereditaria del crédito resarcitorio por daños corporales. Reconocimiento y cuantía. Doctrina y jurisprudencia.* Barcelona: Bosch Casa Editorial.

Monateri, P. (2001). *Il danno alla persona.* Tomo 2. Torino: Utet Giuridica.

Naveira, M. (2006). *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual.* Madrid: Editoriales de derecho reunidas.

Peñailillo, D. (2018). *Sobre el lucro cesante.* Revista de Derecho (243). Santiago: Universidad de Concepción.

Pizarro, R. & Vallespinos, C. (1999). *Instituciones de Derecho Privado.* Obligaciones. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Reglero, F. (2008). *Tratado de responsabilidad civil.* Tomo I. Navarra: Thomson Reuters – Aranzadi.

Rodríguez, P. (1999). *Responsabilidad extracontractual.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Rojas, S. (2015). *El daño a la persona y su reparación. Sobre la teoría general, los sistemas de cuantificación, la prueba y los casos difíciles.* Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Rosenvald, N. (2014). *As funções da responsabilidade civil.* 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas.

Santos, J. (2012). *Responsabilidad civil.* Tomo 1. Bogotá: Editorial Temis, 2012.

Scognamiglio, R. (1969). *Risarcimento del danno.* En Novissimo Digesto italiano [Vol. XVI]. Torino: Utet Giuridica.

Solarte, A. (2010). *Las acciones iure hereditatis en la responsabilidad civil.* En Derecho de las Obligaciones. Bogotá: Editorial Témis & Editorial Uniandes.

Suescún, J. (2004). *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo.* 2ª ed. Tomo I. Bogotá: Editorial Legis.

Taboada, L. (2003). *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual.* 2ª ed. Lima:

Editora Jurídica Grijley.

Tamayo, J. (1986). *De la Responsabilidad civil.* Bogotá: Editorial Temis.

Tamayo, J. (2007). *Tratado de la responsabilidad civil.* Tomo II. Bogotá: Editorial Legis, 2007.

Torres, M. (2016). *La responsabilidad civil en el Derecho de Familia. Daños derivados de las relaciones familiares.* Lima: Gaceta Jurídica.

Trigo, F. & y López, M. (2006). *Tratado de la responsabilidad civil* [Vol. V]. Buenos Aires: Editorial La Ley.

Velásquez, O. (2013). *Responsabilidad civil extracontractual.* 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis.

Visintini, G. (1999). *Tratado de la responsabilidad civil.* Traducción de Aída Kemelmajer de Carlucci. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Yepes, J. & Villada, M. (2004). *Anotaciones acerca de la indemnización del lucro cesante en Colombia.* En Responsabilidad civil y del Estado (17). Bogotá: Instituto Colombiano de la Responsabilidad Civil y del Estado.

Zannoni, E. (2005). *El daño en la responsabilidad civil.* 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Art. 06

b. Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2016). Casación N° 1318-2016, Huancavelica.

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2015). Casación N° 3499-2015, La Libertad.

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2015). Casación N° 3542-2015, Arequipa.

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2016). Casación N° 704-2016, Callao.

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2015). Casación N° 4941-2015.

Corte Suprema de Justicia de Colombia [Colombia]. (2013). Sentencia de fecha 01 de noviembre de 2013.

Corte Suprema de Justicia de Colombia [Colombia]. (1998). Sentencia de fecha 04 de marzo de 1998.

Corte Suprema de Justicia de Colombia [Colombia]. (2011). Sentencia de fecha 17 de noviembre de 2011.

Corte Suprema de Justicia de Colombia [Colombia]. (2002). Sentencia de fecha 19 de julio de 2002.

Corte Suprema de Justicia de Colombia [Colombia]. (2009). Sentencia de fecha 20 de enero de 2009.

Corte Suprema de Justicia de Colombia [Colombia]. (2013). Sentencia de fecha 28 de febrero de 2013.

Corte Suprema de Justicia de Colombia [Colombia]. (1979). Sentencia de fecha 24 de abril de 1979.

Corte Suprema de Justicia de Colombia [Colombia]. (1998). Sentencia de fecha 31 de marzo de 1998.

Consejo de Estado de Colombia [Colombia]. (2015). Sentencia de fecha 22 de abril de 2015.

Tribunal Supremo Español [España]. (1967). Sentencia de fecha 22 de junio de 1967.

Corte Suprema di Cassazione [Italia]. (2010) Sentencia N° 22826 de fecha 10 de noviembre de 2010.

Corte Suprema di Cassazione [Italia]. (2017). Sentencia N° 4534 de fecha 22 de febrero de 2017.

Corte Suprema di Cassazione [Italia]. (2013). Sentencia N° 4948 de fecha 27 de febrero de 2013

La subsuperficie: ¿Derecho real e inscribible?

Yamile Margot Cárdenas Del Río


CONTRACT
General Questions
Art. 07

LA SUBSUPERFICIE: ¿DERECHO REAL E INSCRIBIBLE?

YAMILE MARGOT CÁRDENAS DEL RÍO
Bachiller de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Analista de Legal y Política de Semana Económica. Jefa de la Unidad de Redes & Web de PsychoLAWgy. Miembro extraordinario de la Asociación Civil Ius Et Veritas.

SUMARIO

1. Introducción. 2. El derecho de superficie y su naturaleza jurídica. 3. ¿Cómo llega al registro un contrato de superficie? 4. El caso Jockey Plaza – Sodimac: ¿Superficie de "segundo grado"? 4.1. ¿Construcción permanente? 4.2. ¿Construcción previa? 5. Subsuperficie sin regulación registral 5.1.Cancelación de asientos. 6.Conclusiones.

PALABRAS CLAVE
Superficie, subsuperficie, derecho de superficie, propiedad superficiaria, registro de predios, inscripción, Tribunal Registral, derechos reales, superficiario, propiedad, numerus clausus, numerus apertus, libertad contractual.

1. Introducción

En el derecho de los contratos, las personas pueden celebrar figuras que no necesariamente calzan dentro del tipo contractual. Por ejemplo, tenemos el contrato de franquicia y el contrato de *know how*.

Esto es perfectamente viable porque la libertad contractual permite que las partes puedan realizar transacciones que no necesariamente se enmarquen dentro de un contrato típico, por tanto, estas serán atípicas. No obstante, el único límite lo constituye la licitud, el orden público y las buenas costumbres.

Sin embargo, en el ámbito de los derechos reales esto no ocurre así. Pues el sistema de derechos reales en el Perú es numerus clausus, ello significa que los derechos que implican otorgar una facultad a una persona sobre un bien específico deben estar establecidos en el Código Civil o en leyes especiales para ser considerados como derechos reales.

Si bien la superficie es un derecho real inscribible de acuerdo al Registro de Predios, no ocurre lo mismo con la creación jurídica denominada "subsuperficie", que en la práctica ha logrado acceder al Registro sin tener aún un marco legal aplicable.

2. El derecho de superficie y su naturaleza jurídica.

Actualmente, el derecho de superficie es una herramienta de contratación inmobiliaria de gran utilidad económica. A diferencia de contratos con objetivos similares, como el usufructo o el arrendamiento, el derecho de superficie posee diversas ventajas que hacen que muchos inversionistas decidan utilizar esta herramienta en proyectos de servicios públicos, centros comerciales, playas de estacionamiento, clubes de playa, siembra, en función a un periodo específico de explotación.

Este derecho está regulado en el artículo 1030° del Código Civil e indica que por el derecho de superficie el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo. No puede durar más de noventa y nueve años y a su vencimiento el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto distinto.

Así, se puede apreciar que en virtud de este derecho es posible tener una propiedad distinta al suelo. Sin embargo, aparentemente habría una contradicción con otras disposiciones del Código Civil, como las que se mencionan a continuación:

El artículo 887° del Código Civil, señala que es parte integrante lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien, de modo que las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares.

En esta línea, las construcciones que se levanten en la propiedad superficiaria son bienes integrantes al suelo (superficies solo cedit), por lo tanto, se adhieren físicamente a él y en principio, no pueden tener un aprovechamiento separado de éste, ya que su explotación está ligada al bien principal de manera necesaria.

No obstante, el derecho de superficie posibilita que se pueda tener en propiedad separada dos bienes que, en principio, son integrantes, y que no dejan de tener esta condición, solo que, mientras la superficie este vigente, existirá una separación jurídica entre el suelo y la construcción. Al respecto, Luis Felipe Del Risco señala lo siguiente:

> "Lo que sucede es que la superficie produce una separación jurídica momentánea y artificial entre el suelo y las construcciones. Esta separación permite excepcionalmente que el suelo y lo edificado puedan ser objeto de derechos singulares por un periodo máximo de noventa y nueve años" (Del Risco, 2017, p. 216)

Aunado a ello, el artículo 938° del Código Civil, señala que el propietario de un bien adquiere, por accesión, lo que se adhiere a él. En ese entender, en virtud del principio de accesión, el propietario del suelo adquiriría la construcción que se levante sobre la propiedad.

Sin embargo, el derecho de superficie constituye una excepción a dicho principio, ya que permite que se constituyan derechos singulares respecto al suelo y lo que se construya sobre o bajo el mismo, generando un desdoblamiento de la propiedad predial y el quebrantamiento del principio de accesión inmobiliaria.

Asimismo, el artículo 955° del Código Civil, indica que el subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo. La superficie es, en ese sentido, un régimen jurídico que se encuentra justificado en la temporalidad de la separación entre suelo y edificación, por lo que representa una excepción a la prohibición contenida en el artículo 887°, referida a las partes integrantes y al artículo 954° relativo a la extensión del derecho de propiedad.

Así pues, el derecho de superficie se constituye como un derecho real independiente del derecho de propiedad, que da origen a una doble titularidad sobre bienes, en principio, integrantes y que en la actualidad resulta una herramienta atractiva para realizar distintas operaciones sujetas a un límite de tiempo en específico. Tal como señala Luis Felipe del Risco (2017), hay una yuxtaposición transitoria de titularidades vinculadas al dominio que resquebraja el derecho ordinario que tiene todo dueño sobre lo edificado en su suelo.

3. ¿Cómo llega al registro un contrato de superficie?

Por un lado, el Registro sirve para recoger actos que tienen lugar en la realidad y que, por su naturaleza pueden acceder al mismo, dotándolos de publicidad y oponibilidad ante terceros. Al respecto Borda afirma lo siguiente:
"En vista de que una de las características esenciales de los derechos reales es su valor erga omnes, es evidente la necesidad de que tanto los terceros como la sociedad estén informados sobre el estado de dominio de los inmuebles" (Borda, 1994, p. 623.)

La inscripción, de acuerdo con Lacruz y Berdejo (2004), "es la constatación o expresión formal y solemne, hecha en los libros del registro, de los hechos, actos y contratos que por su naturaleza puedan tener acceso al mismo" (p. 338).

Asimismo, la inscripción puede tener efecto constitutivo o declarativo, en relación con el nacimiento de los derechos reales. Será

constitutiva cuando se exige como requisito necesario o sine qua non para que la transmisión de un derecho real inmobiliario de produzca. Será declarativa cuando ésta no sea necesaria para que dichos actos se produzcan, siendo un simple medio exteriorizador (Chico, 2000).

Nuestro sistema registral es declarativo, al igual que el sistema español[1] e italiano. La razón está quizás en que, como señala Chico y Ortiz (2000), la inscripción constitutiva, si bien lograría plena seguridad jurídica en la sociedad, exige una gran perfección en los títulos (p. 151) y un coste mucho más grande, puesto que implica más control por parte de los funcionarios. El sistema alemán, en cambio, es constitutivo y convalidante del derecho inscrito, pues todo el territorio alemán está en el catastro.

Dicho esto, ¿se podría afirmar que el derecho de superficie nace a través del consenso y se inscribe en el Registro de Predios para generar oponibilidad y publicidad hacia terceros?

Consideramos que la respuesta a dicha pregunta es afirmativa. Según Gunther Gonzales (2013) la superficie es derecho inmobiliario, y en ellos no existe modo de adquirir, por tanto, el derecho real, que nace por efecto del consenso. Dado que, como ya dijimos, en nuestro sistema registral la inscripción tiene carácter declarativo, basta el contrato de superficie para que este derecho real exista. Sin embargo, es indudable la utilidad de la inscripción para temas prácticos. Al respecto, Chico y Ortiz mencionan lo siguiente;

> "(...) el título y la tradición, sin inscripción, no bastan para que esos actos sean plenamente eficaces, porque siempre cabe la posibilidad de que otros actos jurídicos similares y contradictorios lleguen a inscribirse en el Registro y prevalezca sobre los no inscritos, si el nuevo titular obró de buena fe" (Chico, 2000, p. 145).

El Registro está pues para recibir actos que se forman fuera del mismo, pero, en este caso, no constituye el derecho de superficie.

De acuerdo a Diez-Picazo (1995), el Registro dota a los derechos reales de una mayor eficacia y de una más vigorosa protección, pero la inscripción no es necesaria para que se produzca la modificación jurídico real.

Sin embargo, es incuestionable que, para efectos económicos uno necesita demostrar titularidad y eso se obtiene, de manera certera, con el registro del derecho. En el caso de un centro comercial, más aún, ya que se necesita financiamiento, y el banco necesitará que el derecho esté inscrito, pues requiere una garantía para otorgar el crédito necesario.

Del mismo modo ocurre en el caso de la propiedad horizontal: si las unidades exclusivas no se han independizado en sus respectivas partidas, no se conseguirá el efecto de la separación predial. La accesión inmobiliaria seguiría aplicándose.

En nuestro sistema de Derecho Registral, el artículo 141° del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios señala que, cuando se constituye el derecho de superficie, se abre una partida registral especial, de modo que se distingue claramente entre la propiedad del suelo y las construcciones sobre o bajo el mismo.

---

1 Chico y Ortiz (2000), en relación al sistema español, señala que la inscripción en nuestro sistema es simplemente declarativa, salvo el caso de las hipotecas y otros supuestos. Sin embargo, el autor agrega que igualmente se le da a la inscripción tal sustantividad en los aspectos civil y procesal que solo las relaciones inscritas surtirán plena eficacia legal. En el Perú, se reconoce carácter constitutivo a ciertas inscripciones como el régimen de separación de patrimonios, la existencia d

Esto no ocurre con otras cargas y gravámenes como el usufructo y el embargo, para los cuales se realiza una anotación en el rubro de cargas y gravámenes de la partida del inmueble. En el derecho de superficie, dado que el superficiario es propietario de la propiedad superficiaria, este puede publicitar los actos que realice sobre el bien objeto del derecho de superficie, como, por ejemplo, otorgarlo en hipoteca.

Asimismo, el artículo 142° del citado reglamento señala que en la partida registral del predio se debe generar una anotación de correlación entre las partidas, en la que se indicará que se ha abierto una partida especial por la constitución del derecho de superficie y los datos mencionados anteriormente.

4. El caso Jockey Plaza – Sodimac: ¿superficie de "segundo grado"?

Hoy en día, las personas no ven en la compraventa una opción rentable, puesto que, lógicamente, con el pasar del tiempo los inmuebles van aumentando su valor. Para un inversionista, lo rentable económicamente será celebrar contratos que no impliquen desajenarse del bien, sino explotarlo, mediante diversas figuras jurídicas, para luego retomar el dominio total sobre el mismo.

> **Al celebrar un contrato de superficie sobre la propiedad, el valor de la misma aumentará, ya que, finalmente, las construcciones levantadas sobre el suelo pasarán a formar parte integrante del mismo, consolidándose la propiedad en un solo propietario.**

En 1999 el Jockey Club del Perú, propietario del fundo Monterrico en ese entonces, dada la disminución de los ingresos de las actividades hípicas, constituyó un derecho de superficie a favor de Wiese Leasing S.A., el cual, posteriormente, en el año 2001, fue cedido a Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. (en adelante, "Administradora"), quien es, actualmente, la superficiaria.

Sobre un área de 10,348.95 m2 del derecho de superficie, de los cuales 9,028.66 corresponden a la parcela "B" y 1,320.29 m2 corresponden a la parcela "F", Administradora construyó una loza asfáltica (en adelante, la "Propiedad superficiaria"), sobre la que se encontraba instalado el Centro de convenciones.

En el año 2007, Administradora y Sodimac Perú S.A.C. (en adelante, "Sodimac"), celebraron un contrato de constitución de derecho de subsuperficie (en adelante, "el Contrato"), sobre la Propiedad superficiaria en virtud del cual Sodimac goza de la facultad de tener una construcción en propiedad separada sobre y bajo la Propiedad superficiaria, para construir y operar un Home store.

Derecho de superficie	
Parcela B	Parcela F

Derecho de subsuperficie

9,028.66 m²	130, 468.29 m²
1,320.29 m²	
130, 000.14 m²	

Cuando el presentante del título solicitó la inscripción del derecho de superficie, éste fue observado por no ser un derecho real. Sin embargo, el Tribunal Registral, mediante resolución N° 1180-2010-SUNARP-TR-L, ordenó su inscripción pronunciándose sobre

aspectos distintos a los que debía. La subsuperficie fue inscrita en el año 2010.

4.1. ¿Construcción permanente?

Sin ser un derecho real, la subsuperficie pudo acceder al registro. Pero eso no fue todo. Esta no fue, como la denominaron las partes, una "superficie de segundo grado", pues, para ellos, sobre la loza asfáltica debía haber una construcción previa y con carácter permanente. Sin embargo, la loza fue desmontada y trasladada a otra parcela, para que, en su lugar, se pueda levantar la construcción que ahora ocupa Sodimac.

La pregunta que surge inmediatamente es la siguiente: ¿realmente la loza asfáltica es una construcción en sentido estricto? ¿Administradora ha hecho uso de su derecho de superficie sobre parte de las parcelas "B" y "F" levantando una construcción? Consideramos que no.

En primer lugar, se debe tener clara la diferencia entre el derecho de superficie y la propiedad superficiaria. En referencia a esto, Borzutzky menciona lo siguiente:

> *"Una cosa es el derecho de superficie que es la expresión de aquella relación jurídica que permite al superficiario tener o mantener en terreno de otro la propiedad de la edificación, y otra, es la propiedad de esta edificación, cuya existencia hace posible el derecho de superficie, y que, por esto, se denomina propiedad superficiaria" (Borzutzky, s/a, p. 19).*

Es decir, un aspecto está conformado por el derecho de superficie propiamente dicho y, otro por tener la propiedad de una edificación sobre o bajo el suelo ajeno. Esto último es la propiedad superficiaria. Así, el derecho de superficie da lugar a que la propiedad superficiaria exista, de manera que, si se extingue el primero, se extingue también el último.

Sin embargo, no se puede decir lo mismo si la construcción superficiaria desaparece, ya que el superficiario aún podría construir en la propiedad superficiaria, teniendo aún el derecho de superficie que lo faculta a ello. Esta afirmación se ve reafirmada con el artículo 1033° del Código Civil que señala que el derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido.

La pregunta que surge es la siguiente: ¿qué sentido tendría constituir un derecho de superficie si no se va a levantar una construcción sobre la propiedad superficiaria? ¿Cuál sería la utilidad económica? Si bien el Código Civil no establece una causal extintiva producida por el no uso del derecho, ciertos autores señalan que la superficie se extinguiría por el no uso durante diez años[2].

Si bien no se pactó sanción alguna si el superficiario no levantaba una edificación, consideramos que el hecho de no hacerlo va en contra de la naturaleza del derecho de superficie, más aun tratándose de un área bastante considerable, de aproximadamente 10 mil m^2, que podía haberse explotado económicamente.

La importancia de usar el derecho es tal que incluso algunas legislaciones señalan como causal de extinción el no uso, salvo pacto en contrario. Se menciona como ejemplo el caso de Suiza, Alemania y Austria. En ese sentido

2 El autor Gunther Gonzales sostiene esta posición en base al artículo 2001°-1 del Código Civil que señala que la acción real prescribe a los diez años y, dado que la superficie no tiene una regulación específica en materia de prescripción, se le aplicaría esta norma (Gonzales, 2013).

Kemelmajer y Puerta (1989) indican que, de otro modo, "bastaría hacer construcciones sin relevancia para escapar de la previsión legal" (pp. 45-46).

Sobre esto, la autora argentina defiende la inclusión del no uso como causal de extinción en algunas legislaciones, argumentando que el ius edificandi no sólo interesa al propietario del suelo sino a la comunidad, evitándose la especulación inmobiliaria ya que las trabas o desmembraciones del dominio tienen justificación si favorecen la explotación del inmueble (Kemelmajer y Puerta, 1989).

Esto parece lógico, ya que el no uso representaría una sanción al superficiario que, habiendo adquirido un derecho que lo faculta a construir (y que se supone adquirió dicho derecho para alcanzar dicha finalidad), no lo usa de esa manera. En nuestro sistema, sin embargo, no se prevé una sanción para el superficiario si no construye una edificación sobre su superficie.

En la misma línea, Gonzales Barrón indica lo siguiente:

> "Esta institución [prescripción de la acción real] no solo busca sancionar al superficiario negligente y tutelar el interés social en la debida explotación de la riqueza, sino, además, tiene como finalidad restringir los efectos de la disociación del dominio cuando no hay un fundamento que la justifica; pues si el superficiario no usa por un periodo de tiempo tan prolongado, es de suponer que carece de interés en el derecho, por lo que no hay razón para mantener la separación de la propiedad" (Gonzales, 2013, 1862) (Énfasis agregado).

De este modo, el no uso implicaría un grave descuido, que va en contra de la función del derecho de superficie, pues no se estaría ejerciendo la actividad de construcción que es objeto de este derecho.

Lo que queremos recalcar es que en este caso había un derecho de superficie del que no se hizo uso. El bien objeto del derecho de subsuperficie que Administradora constituyó a favor de Sodimac recae sobre una loza asfáltica de un área de 10,348.95 m2 del derecho de superficie y no sobre una construcción, en el sentido que entendemos hace referencia el Código Civil.

Asimismo, el Reglamento Nacional de Edificaciones define como Edificación como "obra de carácter permanente, cuyo destino es albergar actividades humanas. Comprende las instalaciones fijas y complementarias adscritas a ella" (énfasis agregado).

La construcción debe tener carácter permanente, es decir, debe integrarse al suelo. Conforme a lo mencionado, Puig Brutau manifiesta lo siguiente:

> "No puede ser objeto del derecho de superficie la colocación de elementos transitorios y desmontables. La construcción superficiaria ha de ser de tal índole que, si no existiera el derecho de superficie, lo edificado pasaría a ser propiedad del dueño del terreno. Esto no sucede con la colocación de elementos transitorios, que no están sometidos a la regla general de la accesión" (Cárdenas, 1983, p.11).

En la misma línea, Arias-Schreiber señala lo siguiente:

> "El carácter de la edificación es un punto importante a tratar. La doctrina es coincidente en su mayoría al exigir que

> tenga permanencia (...). Es el caso de los quioscos de revistas y periódicos, casetas de baños o de ferias, etcétera. De los Mozos ha calificado estas construcciones como precarias o ad tempos, sin que funden verdadera y propia posesión (...)" (Del Risco, 1993, p.221). (Énfasis agregado).

Entonces, la naturaleza del derecho de superficie requiere que el superficiario levante una construcción, pero no cualquier tipo de construcción, sino una de carácter permanente, que se adhiera al bien. ¿La "construcción" de una loza asfáltica puede entenderse es un bien que se integró al suelo? Consideramos que no.

La loza asfáltica fue desmontada, sin originar ningún daño al predio, por lo que de ninguna manera puede ser considerada como un bien integrante al mismo. Por el contrario, una edificación propiamente dicha, para ser removida tendría que demolerse, lo que podría ocasionar perjuicios al inmueble.

En el mismo sentido afirma Diez-Picazo:

> "En principio, no cabe duda de que bajo el nombre de edificación, construcción u obra, el Código se está refiriendo a toda actividad por virtud de la cual se incorpora al suelo, de forma fija y permanente, una nueva instalación, que puede ser lo que en sentido vulgar conocemos por edificio como construcción de fábrica hecha para habitación o usos análogos con materiales sólidos y duraderos, pero que puede ser también cualquier otra instalación, aunque su finalidad no sea aquélla. Lo importante es que se incorpore al suelo y se integre con él. [...] No deben incluirse, en cambio, las instalaciones que no se incorporan definitiva y fijamente" (Diez-Picazo, 1995, pp. 261-262) (v. gr. Un pabellón de material prefabricado).

Así, las instalaciones desmontables o que tengan una finalidad provisional no estarían comprendidas dentro de una construcción superficiaria, sino solo aquellas edificaciones fijas y permanentes (Del Risco, 2017)[3], que se adhieran al suelo y que, si no fuera porque hay una ficción jurídica que involucra una doble titularidad en espacios distintos, se asumiría que dichas edificaciones pertenecen al dueño del suelo.

4.2. ¿Construcción previa?

Si nos centramos, de manera literal, en que la subsuperficie consiste en constituir un derecho de superficie de mayor elevación sobre la propiedad superficiaria, la lógica nos lleva a entender que, previamente, en la propiedad superficiaria, debía haberse levantado una construcción, la misma que será otorgada en subsuperficie para poder realizar una ampliación, pues, como señala Gonzales Barrón (2013) "en buena cuenta, la finalidad de la superficie es provocar una construcción nueva" (p.1834).

En la misma línea, autores como Kemelmajer y Puerta (1989) se refieren al "***Ius Edufucandi***" como una de las manifestaciones del derecho de superficie, en el sentido que "se trata de usar un inmueble ajeno con un fin determinado (edificar) (p. 11)[4]".

Por ejemplo, si un superficiario construyó un centro comercial sobre el suelo que se le otorgó en superficie y ahora quiere realizar la construcción de oficinas administrativas

---

3 En el mismo sentido, Gonzáles Barrón (2013) señala que "no tipifican como tales, las construcciones temporales o esporádicas, para cierto evento, o los elementos colocados en el suelo, pero sin apoyo sólido, como las carpas de circo o las estructuras fácilmente removibles" (p. 1837).

4 La otra manifestación, de acuerdo a las autoras, es la propiedad superficiaria, entendida como el derecho real a tener, mantener, gozar y disponer de lo edificado.

sobre dicho centro comercial, podría optar por otorgar un derecho de subsuperficie a un tercero para que este administre y sea propietario de las oficinas, las cuales serían construcciones de mayor elevación y, a nuestro entender, representarían la figura (lógica) de una subsuperficie.

> **En esta línea, coincidimos con Gonzales Barrón (2013) en que la superficie es un derecho real de construcción, que otorga la facultad de tener una construcción, de "hacerla llegar a existencia", en forma separada del suelo (p. 1835). Definitivamente esto no ocurrió en el caso de la loza asfáltica.**

En ese sentido, ¿se puede denominar a la loza asfáltica como "edificio" o "construcción"? En otras palabras, ¿se puede decir que Administradora, al "construir" una loza asfáltica en el área de 10,348.95 m2 del derecho de superficie, realmente está otorgando a Sodimac un Derecho de subsuperficie, entendido como constitución de un "derecho de mayor elevación"?

Pareciera que, en realidad, la "construcción" de la loza asfáltica que pertenece en propiedad superficiaria a Administradora, no fue sino tan solo una forma de ceñirse a lo señalado por el Código Civil[5], de manera que el superficiario pueda tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre superficie del suelo para, posteriormente, otorgar en subsuperficie dicha "construcción".

Recordemos que la superficie fue inscrita en el año 1999, y la subsuperficie en el 2010. Durante más de diez años la loza asfáltica se mantuvo, prácticamente, inutilizada, siendo una "construcción" absolutamente desmontable y que, al no querer o no poder Administradora, con sus propios recursos, levantar una construcción y arrendar el local (como sí ocurrió con la mayoría de los locales comerciales que se encuentran en el centro comercial Jockey Plaza), decidió otorgar esta área en superficie.

Debe quedar claro que no se trató de una "subsuperficie", entendiendo esta como una superficie de segundo grado, por no haber construcción previa alguna. En este caso, prácticamente, se está desdoblando un derecho y obteniendo beneficios que no se podrían obtener con otras figuras que no hubieran podido acceder al registro por no ser derechos reales. Además, el Reglamento de inscripciones no considera a la subsuperficie como acto inscribible, los mismos que además solo existen por ley.

> **La subsuperficie, al ser como una superficie más y contar con una partida registral independiente, puede incluso ser objeto de garantías "reales" y cumplir la función de las mismas en una solicitud de crédito cuando ello no debería ser así porque, en la realidad, dichos derechos están recayendo sobre un mismo bien y sobre un mismo derecho.**

Como se observa, la construcción tiene particular importancia en el derecho de superficie. La pregunta que debería surgirnos inmediatamente es la siguiente: ¿Si Administradora Jockey Plaza no "construía" una loza asfáltica sobre el área de 10,348.95 m2 del Derecho de Superficie, hubiera podido otorgar en subsuperficie dicha área? En otras palabras, ¿era necesario realizar esa "construcción"?

En ese sentido, considero que el propietario del suelo que constituyó un derecho de superficie (Jockey Club) que luego fue cedido a favor de Administradora, pudo otorgar en superficie el área de 10,348.95 m2 (sobre la cual se construyó la loza asfáltica) de manera directa a Sodimac, sin necesidad de que Administradora le otorgue una subsuperficie.

Claro está que para ello el contrato de superficie base debía ser modificado para excluir del mismo el área mencionada. Así, Portalia y Administradora, siendo nuevas partes del contrato de superficie, hubieran podido modificar el mismo y excluir la loza asfáltica para, posteriormente, evaluar un otorgamiento de superficie exclusivamente de dicha loza a favor de Sodimac.

Si cabía esa alternativa, ¿cuál fue la lógica de la operación? Como ya mencionamos, en nuestro sistema no se prevé una sanción para el superficiario que no construye, pero se supone que el fin del derecho de superficie contempla edificar en terreno ajeno. Ese es el objeto de este derecho: construir y explotar dicha construcción, caso contrario no habría propiedad superficiaria, y por más de que se haya constituido un derecho de superficie, el superficiario no estaría aprovechando el mismo, y, sin embargo, sí podría decidir otorgar un derecho de subsuperficie sobre una superficie de la que no hace uso.

Si bien, Administradora ya había construido un Centro Comercial sobre cierta área de la propiedad dada en superficie, había otra que aún no había sido explotada, por lo que optó por otorgarla en subsuperficie. Como ya se mencionó, aparentemente no habría ningún impedimento para ello, no obstante, consideramos que dicha operación desnaturaliza la naturaleza del derecho de superficie, porque se otorga en subsuperficie prácticamente el suelo mismo y no una construcción, como debería ser.

Por el contrario, es la subsuperficie la que ha hecho el papel de la superficie porque es con el otorgamiento de aquella que se ha levantado una construcción, que viene a ser la que ocupa Sodimac actualmente. Sin construcción, pues, la superficie no tendría un contenido económico y tampoco habría posesión de la propiedad superficiaria.

Entonces, ¿cuál sería la ventaja de haber celebrado un contrato de subsuperficie? Pues, prácticamente, se sigue la misma lógica de las ventajas económicas que conlleva celebrar un contrato de superficie: se puede ser propietario por un tiempo determinado de un bien y explotarlo económicamente, obteniendo una renta mucho mayor que si se hubiesen usado otras figuras.

5. Subsuperficie sin regulación registral

El Tribunal, siendo órgano de calificación en segunda instancia, al realizar esta función con la finalidad de establecer si los títulos presentados cumplen con los requisitos exigidos por el primer párrafo del artículo 2011° del Código Civil, como la legalidad de los documentos, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, así como lo señalado por el segundo párrafo del artículo V del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos; al parecer no realizó cabalmente esta función.

El artículo 2° del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios señala: "El Registro de Predios es el registro jurídico integrante del Registro de Propiedad Inmueble en el que se inscriben los actos o derechos

6 Artículo 2019°.- Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:
1.- Los actos y contratos que constituyen, declaren, trasmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles.
2.- Los contratos de opción.
3.- Los pactos de reserva de propiedad y de retroventa.
4.- El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados.
5.- Las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito.
6.- Los contratos de arrendamiento.
7.- Los embargos y demandas verosímilmente acreditados.
8.- Las sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles.

que recaen sobre predios a los que se refiere el artículo 2019°[6] del Código Civil, normas administrativas y demás normas especiales".

En esta línea el Tribunal no desarrolló cuál es la naturaleza del derecho de subsuperficie, pues, como ya se mencionó, en nuestro sistema los derechos reales son *numerus clausus*[7]. Si tenemos en cuenta ello, el derecho de subsuperficie no está recogido en el Código Civil como un derecho real y, más bien, proviene de la creación de los particulares.

Y es que, de acuerdo con el sistema del numerus clausus, los derechos reales constituyen tipos cerrados, tanto en número como en su contenido, por lo que no es posible que los particulares establezcan más derechos reales que los que ya se establecen en la ley en base a la autonomía de la voluntad. De acuerdo con Gonzales (2015), "esta solución legal tiene como base la necesidad histórica de liberar los bienes y facilitar la circulación de la riqueza, lo que no puede ser dejado en manos de los particulares (p. 51)[8].

Para el autor citado anteriormente, los derechos reales afectan a terceros y al tráfico en general, lo que necesariamente interesa al orden público, cuestión que justifica el sistema numerus clausus. Además, el autor sostiene otras razones para mantener dicho sistema, como el hecho de que, si existe un gran número de derechos limitados sobre un bien, desalienta la inversión, reduce el valor de los bienes por quedar estos fuera del tráfico jurídico y se originan derechos poco claros de acuerdo al arbitrio individual, lo cual no favorece la certeza y eficiencia del sistema registral.

Esto nos lleva a sostener que, dadas las condiciones de acceso al Registro en el país y del sistema catastral en general, por ahora conviene mantener los derechos reales, catalogados como tal en nuestro sistema del numerus clausus en miras de otorgar seguridad a la propiedad y fomentar la circulación de bienes de manera eficaz. Por ello, la naturaleza intrínseca de los derechos reales debe respetarse, lo cual no implica que, probablemente, el tipo pueda tener ciertas matizaciones, pero siempre dentro del esquema que lo regula[9], asegurando su no desnaturalización.

En la misma línea, Lacruz Berdejo afirma lo siguiente:

> "Es la naturaleza real del derecho objeto del contrato la que determina que tal contrato sea inscribible: en el Registro, salvo raras excepciones, sólo se inscriben los contratos que versan sobre derecho reales. De modo que el registrador ha de examinar atentamente si el derecho objeto de transmisión, constitución etc., es real, y no de crédito, pues en este segundo caso ordinariamente no puede pasar a los

---

7 Al respecto, Wolf, señala lo siguiente:
"El sistema de numerus clausus favorece la claridad y la abarcabilidad de las relaciones jurídico-inmobiliarias. Se funda en la conveniencia de que la propiedad esté al resguardo de la multiplicación de gravámenes imposibles de prever. El sistema de registro persigue la misma finalidad y sólo puede ser eficaz si el número de derechos registrables es limitado y su contenido se encuentra fijado por la ley. (Diez-Picazo, 1995, p.115)
Este autor también añade que el camino para satisfacer nuevas exigencias jurídicas queda siempre abierto por la vía de los derechos personales.

8 Para el autor, con el numerus clausus se evita que los particulares puedan arruinar el valor económico de una cosa mediante la constitución de derechos reales atípicos, que podrían ser ineficientes.

9 Por ejemplo, Gonzales, al mencionar que los derechos reales típicos pueden sufrir modificaciones en su contenido, pone como ejemplo al derecho de usufructo establecido en el artículo 999° del Código Civil, pues la norma agrega que pueden excluirse del usufructo ciertos provechos, en virtud de la autonomía de las partes. Para más información revisar: Gonzales, Gunther (2015). Los derechos reales y su inscripción registral. 2da. ed. Lima: Gaceta Jurídica, p. 57.

libros" (Lacruz, 1992, pp. 202-203).

Así, no existe un marco legal aplicable al derecho de subsuperficie. Cabe recalcar que este derecho no puede ser entendido como un derecho de superficie de segundo grado y tratar de aplicar al derecho de subsuperficie las disposiciones del derecho de superficie. Este derecho no representa, en definitiva, ninguna variante del derecho real típico de superficie.

Sin embargo, dado que el Tribunal Registral entendió que sí se trataba de un derecho real, debió tratar al derecho de subsuperficie como uno de superficie realmente "de segundo grado". No obstante, y como ya se desarrolló, esto no ocurrió, ya que en el área otorgada en subsuperficie no había ninguna construcción superficiaria, sino que esta recién fue levantada por el subsuperficiario.

Como ya se mencionó, el artículo 141° del Reglamento de predios señala que la inscripción del derecho de superficie dará lugar a la apertura de una partida especial, lo cual es correcto, pero aquí no se tuvo en cuenta que no se está inscribiendo una superficie sino una subsuperficie, que (i) no es un derecho real, por lo que no debió inscribirse en el registro de predios y (ii) no es una superficie, por lo que no debió abrirse una partida especial para su inscripción.

Si la subsuperficie fuera un derecho real, la inscripción debió realizarse dentro de la partida de la superficie. Sin embargo, en este caso se abrió otra partida especial como si se tratase una unidad inmobiliaria independiente.

Dicho esto, se debe tener en cuenta que, siendo el Tribunal una instancia de calificación en segunda instancia, nunca se pronunció sobre el tema de fondo: la constitución de un derecho de subsuperficie, el cual, al no ser un acto inscribible, este debía ser objeto de tacha sustantiva.

> **El Tribunal, siendo el órgano que conoce en segunda y última instancia administrativa registral los recursos de apelación interpuestos, debió emitir una resolución que señale que la subsuperficie es una figura que está regulada registralmente y que nada impide constituir una subsuperficie en el Perú.**

Claramente, si el Tribunal optaba por un pronunciamiento como el señalado estaría yendo en contra del Código Civil, que en derechos reales no recoge un sistema numerus apertus, pero quizás ello hubiera implicado dar un primer paso para la regulación de la figura, teniendo en cuenta, claro está, una construcción previa en superficie.

En ese sentido, al menos deberían haberse generado lineamientos que señalen cómo se va a aplicar la figura de la subsuperficie en nuestro país o plantear la modificación del Reglamento de inscripciones. Cabe mencionar que el Tribunal ya ha regulado ciertas figuras, en base a la discusión de la tipicidad de los derechos reales. Por mencionar algunos ejemplos, la resolución del Tribunal Registral de Lima N° 146-99-ORLC/TR, se pronunció a favor de levantar una construcción en propiedad horizontal sobre un espacio otorgado en superficie. Posteriormente, se emitió la Ley N° 27157[10] que faculta establecer una propiedad horizontal superficiaria, así como su reglamento.

---

10 Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común

5.1. Cancelación de asientos

El libro de derechos reales no es numerus apertus por más de que la realidad se esté imponiendo a la legalidad y el Tribunal Registral no se pronunció sobre el tema. La realidad es que hay un contrato de subsuperficie inscrito. Pero la motivación para que dicho contrato se inscriba no fue suficiente y ello es algo que se debe tener en cuenta, pues el Registro está reflejando una realidad extra registral sin concordancia con el resto de las normas del ordenamiento.

Entonces, si dichos fundamentos no fueron suficientes para recoger una realidad que se impone a lo regulado por nuestras normas jurídicas, ¿se hubiera podido optar por dejar sin efecto el asiento?

La inscripción sí puede ser dejada sin efecto, ya sea vía judicial, arbitral o por documento administrativo. El artículo 94° del Reglamento General de los Registros Públicos (RGRP) regula los supuestos de cancelación total de las inscripciones y anotaciones preventivas. Entre ellos tenemos:

a) Extinción del bien, persona jurídica o derecho inscrito.

b) Declaración de nulidad del título en cuya virtud se extendió la inscripción.

c) Declaración de la nulidad de la inscripción o anotación por falta de los requisitos esenciales establecidos en el Reglamento.

d) Caducidad de la inscripción o anotación.

e) Otros supuestos regulados en disposiciones especiales.

Dentro de los documentos administrativos que pueden dejar sin efecto una inscripción, se incluye a la resolución que declara la nulidad de un acto administrativo inscrito, lo cual fue recogido a través del precedente del pleno CV del Tribunal Registral:

Inscripción de nulidad declarada en sede administrativa

> "La resolución administrativa que declara la nulidad de un acto administrativo inscrito es título suficiente para extender el correspondiente asiento cancelatorio".

Por último, con el nuevo artículo 2013° del Código Civil, que fue modificado por la ley N° 30313, se añade la posibilidad de que el jefe de la oficina registral pueda emitir una resolución administrativa y deje sin efecto una inscripción o anotación por suplantación de identidad o falsificación de documentos.

Un laudo arbitral[11], también puede dejar sin efecto una inscripción. Esto ya se reconoce en la Constitución. Al respecto, Ortiz indica lo siguiente:

> "Es cierto que, hasta el día de hoy, el artículo 2013° considera que para dejar sin efecto una inscripción se necesita de una orden judicial. Pero no es menos cierto que la Constitución de 1993 –posterior al Código Civil de 1984 y, además, norma de rango superior– ha señalado que la función judicial se encuentra a cargo del Poder Judicial y, en forma delegada, en el arbitraje" (Ortiz, 2014, p. 339).

En ese orden de ideas, la inscripción sí puede ser dejada sin efecto, ya sea vía judicial, arbitral o en mérito a un documento administrativo. En el caso en concreto, se podría

11 En una interesante lectura, Jorge Ortiz señala que, en sede registral, el laudo arbitral debe ser reconocido como documento privado, por lo que no debería ser necesaria su protocolización ante notario público. Para más información revisar Ortiz (2015).

optar por declarar la nulidad de la inscripción por falta de los requisitos esenciales establecidos en el Reglamento.

6. Conclusiones

1. El derecho de superficie se constituye como un derecho real independiente del derecho de propiedad, que da origen a una doble titularidad sobre bienes, en principio, integrantes, y que en la actualidad resulta una herramienta atractiva para realizar distintas operaciones sujetas a un límite de temporal.

2. Si jurídicamente la naturaleza de la superficie permite realizar una construcción en bien ajeno, si el superficiario quería celebrar un contrato de superficie de mayor elevación, con la finalidad de no desnaturalizar este derecho, primero debía levantar una edificación (construcción de carácter permanente), cuestión que no ocurrió, habiéndose constituido un derecho de subsuperficie sobre parte de un derecho de superficie que no contaba con propiedad superficiaria alguna.

3. Si sostenemos que la inscripción es la expresión formal en el registro de los hechos que, por su naturaleza, puedan tener acceso al mismo, la subsuperficie no es un acto inscribible, y tal y como se celebró en este caso, no debió acceder al registro al haber dejado de lado la tipicidad de los derechos reales. Por ello, correspondía la tacha del título o que el tribunal, excepcionalmente y como ya lo hizo con otras figuras, genere lineamientos aplicables a casos futuros. No obstante, existió la posibilidad de dejar sin efecto el asiento de inscripción.

Bibliografía

Art. 07

Albaladejo, M. (1994). *Derecho Civil. 8a Edición.* Barcelona: Jose Maria Bosch.

Álvarez, J. (2010). *Derecho Inmobiliario Registral.* Lima: Jurista Editores.

Borda, G. (1994). *Manual de Derechos Reales.* 4a Edición. Buenos Aires: Editorial Perrot.

Cárdenas, C. (1983). *El Derecho real de Superficie.* Lima: Revista de Derecho PUCP (37).

Chico, J. (2000). *Estudios sobre Derecho Hipotecario.* [Tomo I]. Madrid: Marcial Pons

De Reina, G. (2012). *El Derecho registral inmobiliario y el Registro de la Propiedad.* Cataluña: La Notaria.

Del Risco, L. (2017). *El Derecho de Superficie.* Ius Et Veritas (54).

Diez-Picazo, L. (1995). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.* [Vol. III]. Madrid: Editorial Civitas

Fernández, J. (2012). *El Derecho de Superficie.* Themis (62).

Gonzales, G. (2015). *Los derechos reales y su inscripción registral.* 2a edición. Lima: Gaceta Jurídica

Gonzales, G. (2013). *Tratado de Derechos Reales.* [Tomo II]. Lima: Jurista Editores.

Kemelmajer, A., & Puerta, A. (1989). *Derecho real de superficie.*

Buenos Aires: Editorial Astrea.

Lacruz, J. (2004). *Derecho Inmobiliario Registral.* Madrid: Editorial Dykinson.

Lacruz, J. (2012). *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho.* 6a Edición. Barcelona: Jose Maria Bosch

Mejorada, M. (2014). *Derechos sobre bienes y el numerus clausus.* Themis, (66).

Mejorada, M. (2012). *La Superficie a la luz de la accesión y los integrantes.* Ius Et Veritas, (44).

Morineau, O. (1948) *Los derechos reales y el subsuelo en México.* México: Fondo de Cultura Económica.

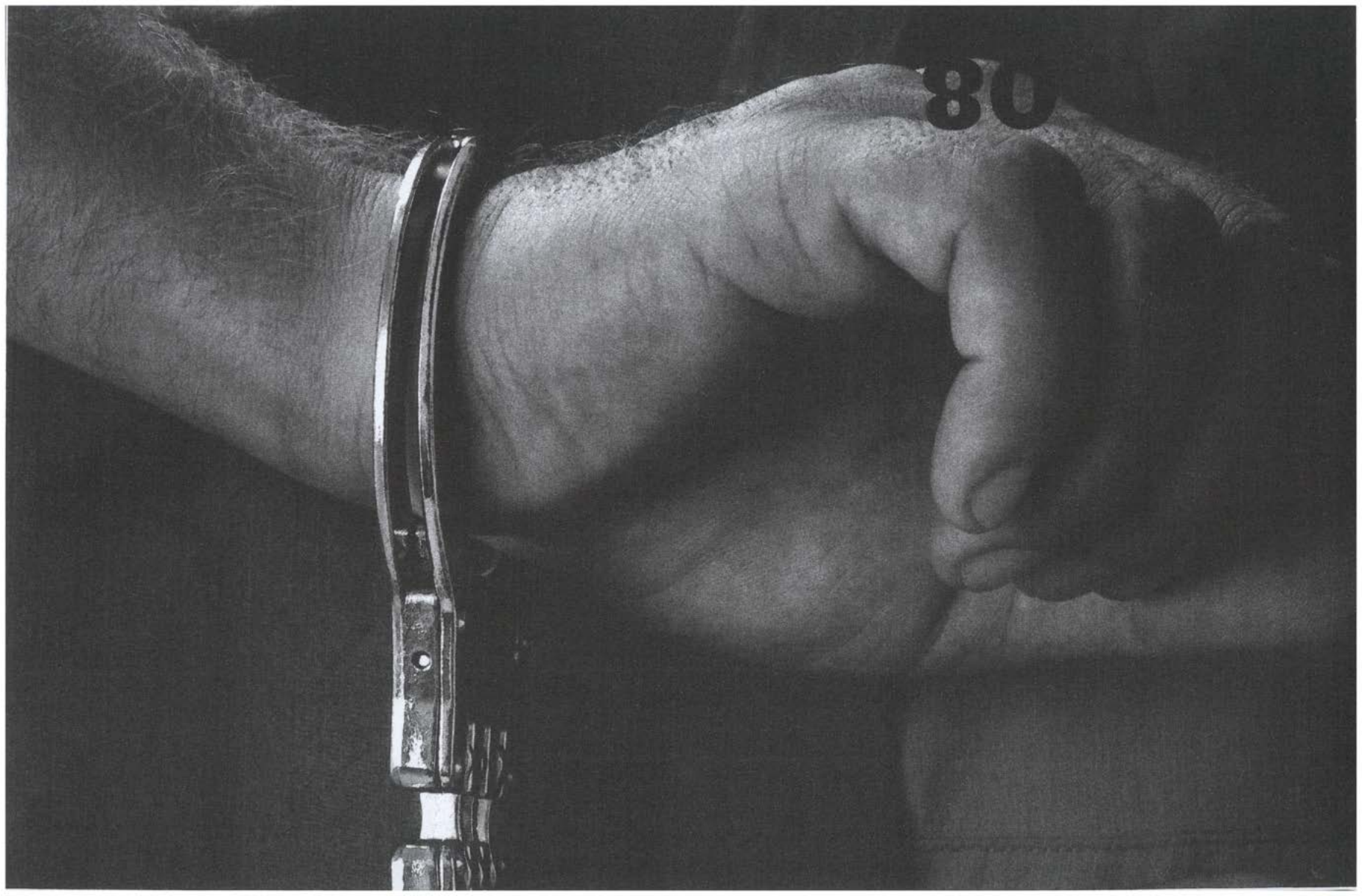
Ortiz, J. (2015) Ley N° 30313: un solo de contradicciones. Actualidad Civil (10).

Ortiz, J. (2014). *La inscripción: 30 años después ¿Quién podrá defenderla?* Revista Themis, (66).

Rimascca, Á. (2015). *El Derecho Registral en la jurisprudencia del Tribunal Registral.* Lima: Gaceta Jurídica.

Reflexiones sobre el *compliance* penal en la atribución de responsabilidad penal / administrativa de las personas jurídicas

Percy André Sota Sánchez


80

REFLEXIONES SOBRE EL COMPLIANCE PENAL EN LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL / ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

PERCY ANDRÉ SOTA SÁNCHEZ
Asociado senior en Philipi Pietrocarrizosa Ferrero DU & Uría. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Maestría en Ciencias Penales por la Universidad de San Martín de Porres. Especialista en Compliance por AENOR (España) y por la Universidad del Pacífico. Especialista en derecho penal económico y teoría del delito por la Universidad Castilla – La Mancha. Especialista en blanqueo de dinero, fraude fiscal y responsabilidad criminal de las personas jurídicas por la Universidad Santiago de Compostela (España) Investigador invitado del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Castilla – La Mancha.

PALABRAS CLAVE
Responsabilidad penal, responsabilidad administrativa, personas jurídicas, compliance, autorregulación, autorresponsabilidad heterorresponsabilidad, gobierno corporativo, responsabilidad social, ética empresarial, ciudadanía corporativa.

SUMARIO

1. ¿Qué es el compliance en materia penal?: Origen y evolución del compliance penal. 2. Naturaleza jurídico empresarial del compliance. 2.1. Aproximación a su naturaleza: compliance y sus relaciones con fenómenos empresariales conexos. 2.2. El compliance como forma de autorregulación: ¿pura, regulada o metaregulación? 3. Aproximación al concepto de compliance penal. 4. ¿Para qué sirve el compliance penal? 4.1. Funciones del compliance penal. 4.2. Función de prevención de delitos. 4.3. Función de confirmación de la normativa penal. 4.4. Función de coadyudar en la formación de una cultura de cumplimiento, pero en el ámbito penal. 5. El compliance penal en la imputación de responsabilidad penal/administrativa de las personas jurídicas. 5.1. Sistemas de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas: derecho comparado, doctrina y jurisprudencia. 5.2. Ubicación del compliance penal en la atribución de responsabilidad penal/ administrativa de las personas jurídicas. 6. Bibliografía.

1. ¿Qué es el compliance en materia penal?: origen y evolución del compliance penal.

En la literatura jurídica diversos autores tratan de identificar cuál es el origen del compliance (Nieto, 2015), siendo común encontrar referencias a que el origen del compliance se haya en el derecho de los Estados Unidos de América y, en concreto, en el derecho del mercado de valores y de la competencia; es decir, en ámbitos ajenos al derecho penal.

En el derecho del mercado de valores, gracias al impulso de la Comisión de Valores de los Estados Unidos de América (US. Securities and Exchange Comission), el compliance aparece como una forma de autorregulación en las empresas. Su aparición se remonta a la década de 1930, cuando con el fin de evitar abusos de información privilegiada se comenzó a exigir a las empresas que adopten controles internos. Posteriormente, en el año 2002 se emitió la Sarbanes Oxley Act (también conocida como Ley de Reforma de la Contabilidad Pública de Empresas y Protección al Inversionista), en la cual, aún se sigue un modelo de autorregulación en las empresas, aunque más limitado, pues esta ley obliga a las empresas a adoptar medidas de organización interna y canales de denuncia anónimos (Nieto, 2015).

Otro sector del derecho de los Estados Unidos de América donde también se suele identificar el origen del compliance, es en el ámbito del derecho de la competencia.

Así, por ejemplo, Nieto Martín (2015) sostiene a partir de la mitad de los años 40 algunas empresas, fabricantes de componentes eléctricos, se dotan de programas de cumplimiento para la prevención de conductas contrarias a la competencia.

En esos años, el Departamento de Justicia (Department of Justice USA.) descubre un importante cartel en ese sector y exige a las empresas que se doten de programas de cumplimiento. El derecho de la competencia fue, por lo tanto, uno de los orígenes de los programas de cumplimiento, de hecho, a finales de los años 80 se le consideraba aún el sector donde las estrategias de cumplimiento se encontraban más avanzadas.

Sin embargo, es a raíz de la Foreing Corrupt Practices Act (FCPA o Ley de prácticas corruptas), que los programas de cumplimiento alcanzan un desarrollo notable, sobre todo en materia penal, enfocados básicamente en el ámbito de la prevención de la corrupción. A partir de esta ley y de los nuevos enfoques de lucha contra la corrupción desde el compliance penal, la doctrina penal denomina a este nuevo fenómeno como "privatización de la lucha contra la corrupción" (Nieto, 2013, pp. 191 - 210).

Esta Ley, como las anteriores que tuvieron su origen en escándalos públicos o épocas de crisis, tuvo su origen a raíz del escándalo político del "Watergate". La FCPA fue promulgada por el Congreso de Estados Unidos y refrendada por el expresidente Jimmy Carter el 19 de diciembre de 1977 y constituyó, primigeniamente, un cuerpo legislativo orientado solo a prohibir la corrupción de funcionarios públicos extranjeros.

Esta ley fue objeto de modificaciones a través de la Omnibus trade and competitiveness Act de 1988 -una ley que básicamente regula reglas de competitividad y comercio-, que modificó la FCPA en relación a la definición de "pagos permitidos", en la variación de los requisitos del tipo subjetivo y, finalmente, en el endurecimiento de las consecuencias

jurídicas de esta ley; y, por la International Antibribery and Fair Competition Act de 1998, que amplía el concepto de destinatarios de esta Ley, que ya no solo incluye a las empresas listadas en la Bolsa de Valores y a las personas o empresas norteamericanas que desarrollen su actividad económica en dicho territorio (originalmente se excluían a las sucursales extranjeras), sino que ahora también incluye a las personas naturales o jurídicas, ya sean extranjeras o norteamericanas, cuyo acto de corrupción tenga algún tipo de relación con el espacio estadounidense.

En resumen, y para los efectos que aquí nos interesan, la FCPA establece la obligación de las empresas de adoptar medidas de control internas (programas de cumplimiento) para prevenir la corrupción. Como bien sostiene Nieto Martín (2015), desde entonces y sobre todo a partir de los años 90, los programas de cumplimiento se han convertido en una de las piezas claves en la lucha contra la corrupción.

La última gran reforma en el derecho de los Estados Unidos de América y que influye directamente en la evolución del compliance, tiene que ver con la Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act del año 2010, que fue introducida a consecuencia de la recesión económica y crisis financiera que afectó a dicho país durante los últimos años, e introduce cambios significativos en la regulación financiera, mercantil y cambiaria de dicho país, en el ámbito del gobierno corporativo, de las prácticas de compensación económica y crea nuevas agencias gubernamentales, como el Consejo de Supervisión de la Estabilidad Financiera y la Oficina de Protección al Consumidor Financiero.

En lo que a nuestra materia corresponde, Gonzáles de León Berini (2013) explica que esta nueva Ley introduce un sistema avanzado de prevención (programa de cumplimiento), al crearse un consejo para identificar y abordar los riesgos más sistémicos planteados por las entidades financieras grandes y complejas y también por parte de los productos financieros de riesgo novedosos, antes de que puedan llegar a amenazar realmente la estabilidad de la economía americana.

La FCPA es sumamente relevante para la prevención y lucha contra la corrupción. El ex Fiscal General Interino de la División de lo Penal del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, Kenneth A. Blanco, señaló con motivo del 40° Aniversario de la FCPA y el 20° Aniversario de la Convención Antisoborno de la OCDE, que solo en el año 2016 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos presentó más de 35 casos penales contra individuos y 17 casos contra empresas por cargos penales de "sobornos" en el extranjero. Esto dio como resultado una recaudación de más de US$ 1.6 mil millones en multas, sanciones y devolución (Blanco, 2017).

2. Naturaleza jurídico–empresarial del compliance.

2.1. Aproximación a su naturaleza: compliance y sus relaciones con fenómenos empresariales conexos

¿Cuál es la naturaleza del compliance? ¿Es jurídica o se corresponde con una herramienta de gestión empresarial? Para poder dar respuesta a estas peguntas es importante analizar este concepto con aquellos fenómenos conexos propios de la actividad empresarial, como son el gobierno corporativo, la ética empresarial y la responsabilidad social corporativa.

El gobierno corporativo comprende aquel sistema donde se regulan las formas en que se deben dar las relaciones entre los diversos actores en el interior de la empresa; es decir, entre los accionistas, gerentes, administradores y representantes, así como las relaciones entre éstos con los trabajadores y acreedores.

El buen gobierno corporativo es un asunto de especial atención por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). Incluso, en el año 2004 se elaboraron los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE; y, en el año 2015, se elaboraron los Principios de Gobierno Corporativo del G20 y de la OCDE.

El hecho que las empresas se estructuren y desarrollen sus actividades aplicando los Principios del Buen Gobierno Corporativo (soft law) es fundamental para la transparencia y correcto funcionamiento del mercado. A través de estos principios se busca un sistema de balances en la empresa, cuyo fin es proteger a los socios (shareholder) y a las personas que se pueden ver afectadas por sus actividades sociales (stakeholder).

Existen tres aspectos en los que se relacionan el buen gobierno corporativo y el compliance. El primero es el cumplimiento de la legalidad, ello debido a que actualmente todos los códigos de buen gobierno corporativo exigen al consejo que vele para que en sus relaciones con los grupos de interés la empresa respete las leyes y los reglamentos, cumpla de buena fe sus obligaciones y contratos, respete los usos de buenas prácticas de los sectores y territorios donde ejerza su actividad y observe aquellos principios adicionales de responsabilidad social que hubiere aceptado voluntariamente.

El segundo se da en la política de gestión de riesgos, ya que los códigos de buen gobierno consideran que una de las facultades indelegables del consejo es aprobar la política de gestión de riesgos, así como el seguimiento periódico de los sistemas internos de información y control. El tercero es la prevención de una clase de delitos: los delitos societarios, toda vez que una parte esencial de los códigos de buen gobierno son las relativas a las retribuciones de los consejeros o a la evitación de conflictos de intereses, lo que ayuda a la prevención de delitos como el de administración desleal. También son numerosas las disposiciones tendentes a aumentar la transparencia en la gestión y, por tanto, la calidad y la fiabilidad de la información societaria. Dada la comunidad de intereses y objetivos es natural que entre los encargados de cumplimiento normativo y los de buen gobierno exista una estrecha relación, cuando no confusión, institucional (Nieto, 2015).

La relación entre compliance y ética empresarial o corporativa se ve reflejada en el modelo de compliance que adopte la empresa. Así podemos observar dos modelos claramente definidos: un modelo orientado a la vigilancia y el cumplimiento de la legalidad; y, un modelo orientado a la promoción de valores éticos en la entidad y el cumplimiento de la legalidad.

Cumplimiento normativo y ética son, lógicamente, fenómenos conexos y con amplias zonas de intersección. Aunque es posible diseñar un programa de cumplimiento, basado en la vigilancia y en el control, por pura coherencia; tenemos que en una empresa que parta de una visión amplia de la responsabilidad social corporativa y que asuma la ética, las medidas de cumplimiento deben partir nece-

sariamente de la promoción de valores éticos. La falta de coherencia entre el programa de cumplimiento y los valores éticos básicos tiene consecuencias perjudiciales para ambos subsistemas. Así, por ejemplo, no tiene sentido imponer sanciones disciplinarias desproporcionadas o imponerlas mediante un procedimiento que desconoce los principios elementales del proceso justo.

Un sistema de cumplimiento basado en valores éticos es más legítimo y, por tanto, más eficaz (Nieto, 2015).

La responsabilidad social corporativa o empresarial es la forma en que las empresas se responsabilizan y prevén sus acciones frente a los impactos que sus decisiones y actividades ocasionan en la sociedad y en el medio ambiente (ISO 26000: Guía sobre responsabilidad social). Estas acciones no son filantrópicas, sino que deben estar dentro del concepto de alineación con el negocio. Esto genera un cambio en el paradigma económico de la organización empresarial. Así, mientras que el ex Premio Nobel de Economía del año 1976, Milton Friedman, sostuvo en el año 1962 la "Teoría del Accionista" (Stockholder Theory) en el sentido que el negocio de las empresas es generar valor económico para los accionistas, o, en otras palabras, la única responsabilidad de una empresa es aumentar sus beneficios; actualmente, es dominante la doctrina del valor compartido, de Michael Porter (Porter & Kramen, 2011), en el sentido que el propósito de la empresa debe ser redefinido como creación de valor compartido. Esto impulsará la siguiente ola de innovación y crecimiento de la productividad en la economía global.

En resumen, la responsabilidad social corporativa conlleva a una nueva visión de la empresa, como ciudadano responsable (*good citizens corporations*), como un actor no solo económico, sino social y político, con obligaciones hacia su comunidad (Nieto, 2015).

Las relaciones entre compliance y responsabilidad social corporativa dependen lógicamente de cómo se entienda en cada empresa y en qué extensión tengan sus contenidos. Si se entiende como mecenazgo y sostenibilidad sus conexiones son menores, si en cambio se fundamenta en la idea de good citizens corporations y asume la promoción de determinados valores éticos, el respeto a la legalidad (por ejemplo, a través de programas de cumplimiento), a los derechos humanos y la lucha contra la corrupción deben considerarse parte del mismo objetivo (Nieto, 2015).

2.2. El compliance como forma de autorregulación: ¿pura, regulada o metaregulación?

La globalización económica, los altos niveles de tecnificación de las actividades de producción y distribución, el constante desarrollo tecnológico, la profesionalización y especialización en la industria, el crecimiento de las empresas, su internacionalización y su organización compleja, entre otros factores relacionados a la actividad empresarial moderna de la sociedad post-industrial, conllevan a una crisis en la capacidad del Estado en intervenir adecuadamente en la regulación de los fenómenos que acontecen en el marco de la actividad empresarial.

En este orden de ideas, compartimos la opinión de Gómez-Jara Díez (2016) quien sostiene que precisamente por esta incapacidad del Estado para controlar ciertos riesgos creados por la sociedad postindustrial moderna, es que resulta necesario alentar la autorregulación empresarial para manejar adecuadamente dichos riesgos. Esto da paso a que desde el propio Estado se fomente a la

autorregulación.

Como sostiene Coca Vila (2013), la autorregulación no supondría una retirada del Estado, ni la admisión de la incapacidad de regular el mundo empresarial, sino, simplemente, un cambio en el rumbo de la estrategia reguladora. Si el Estado es incapaz de regular desde fuera a las empresas, la única solución posible sería valerse de ellas para conseguir sus objetivos. Es decir, a través de la autorregulación el Estado delegaría en las empresas parte de su función originaria regulatoria, sin que dicha delegación implique una pérdida de la titularidad de dicha función.

Atendiendo a los diversos actores que participan en la formulación de los valores, principios y procedimientos en la organización empresarial, o, visto de otra forma, en la relación dicha auto organización guarda con el ordenamiento jurídico y el grado de voluntariedad de la empresa, en la doctrina penal Ulrich Sieber identifica tres modelos de regulación distintos: la autorregulación procedente en exclusiva del mundo de la economía, la corregulación estatal y privada y la regulación puramente estatal. Mientras que la autorregulación en sentido estricto deja a las empresas una amplia discrecionalidad y la regulación estatal fija las condiciones determinantes, la corregulación se caracteriza por el hecho de que las disposiciones estatales crean preceptos más o menos detallados o crean estructuras que estimulan la autorregulación y/o hacen vinculantes medidas de autorregulación.

Por esta razón la corregulación se denomina autorregulación regulada, una forma mixta o intermedia entre la autorregulación y la regulación estatal, que se caracteriza por conceder un margen de discrecionalidad a aquellos que deben concretar el programa y por las fórmulas que emplea para estimular o presionar su adopción.

En este orden de ideas, el compliance en general, y el compliance penal en particular, es autorregulación, que dependiendo de la exigencia normativa o de la persuasión a su regulación, puede ser calificada como autorregulación voluntaria, estatal o autorregulación regulada. Así, dependiendo de la legislación específica, si el establecimiento de un compliance penal conlleva a exonerar o atenuar la responsabilidad penal (España y Chile) o administrativa (Italia y Perú) de las personas jurídicas, estaremos frente a un escenario de autorregulación estimulada o coaccionada, o metaregulación, pero en ocasiones de autorregulación regulada (Nieto, 2015).

Ahora bien, en la doctrina penal hay quienes se han opuesto a que el Compliance sea una expresión de autorregulación estimulada, coaccionada o metaregulación. Así, García Cavero (2017) sostiene que la experiencia mostraría que el recurso directo a las sanciones (administrativas o penales) puede producir, más bien, el efecto indeseado de socavar las motivaciones intrínsecas a cooperar por parte de las empresas indicadas. Por lo tanto, lo más recomendable sería, más bien, mantener la voluntariedad de los procesos de autorregulación de las empresas y la decisión sobre su contenido, reforzando dicha autoconfiguración empresarial interna con un control institucional que acuda fundamentalmente a la supervisión por organismos especializados y, solo de manera secundaria, a la imposición de sanciones jurídicas.

Que el compliance sea autorregulación no implica per se que su naturaleza sea exclusivamente jurídica, sino

que el compliance, como venimos exponiendo, tiene una naturaleza mixta, la que podemos calificar como jurídico empresarial (el concepto "empresarial" es propio de las ciencias empresariales) por cuanto el compliance también es parte de la gestión empresarial, lo cual se puede observar fácilmente al analizar la relación del compliance con otros fenómenos corporativos conexos.

Incluso, hay algunos autores como Bacigalupo Zapater (2012) que sostienen que el compliance es parte de la cultura empresarial basada en valores, llegando a formular el concepto de valor de cumplimiento del derecho, dándose por supuesto que no hay una cultura de valores que postule eludir el cumplimiento del derecho.

3. Aproximación al concepto de compliance penal.

El compliance en general, y el compliance penal en particular, es un término cuya conceptualización implica una ardua tarea. Así, por ejemplo, Rotsch sostiene que el concepto de compliance "ha protagonizado una carrera vertiginosa" (Rotsch, 2012, p. 2), debido a que es uno de los términos más vagos e inexpresivos que se haya acuñado jamás. Incluso, actualmente algunos autores como Coca Vila llegan a sostener que estamos frente a una ciencia, la "ciencia del compliance" (Coca Vila, 2013, p.54).

Ahora bien, en la doctrina penal diversos autores proponen definiciones respecto al compliance. Por ejemplo, Lascuraín Sánchez sostiene que el compliance es una serie de estrategias normativas, aplicativas e institucionales dirigidos a evitar que en el ejercicio de la actividad social se cometan delitos a favor de la empresa. Por su parte, Khulen (2013) señala que, en términos generales, se denomina compliance a las medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse de que sean cumplidos las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y eventualmente se sancionen. Entendido así en general, no es ni nuevo ni especialmente intrigante que exista compliance, ni tampoco que se trate con él de derecho penal, es decir, de evitar la violación de normas reforzadas con pena.

Para Gallo (2011) el compliance son sistemas internos de control que tienen algunas empresas con el fin de evitar incumplimientos normativos serios por parte de sus empleados y directivos o, de producirse estos, detectarlos. Para Nieto Martín (2015), quien parte de la estandarización de la AS3806 – Compliance Programmes, Standars Australia 1988, señala que el compliance es un sistema de gestión empresarial que tiene como objeto prevenir y si resulta necesario, identificar y sancionar las infracciones de leyes, regulaciones, códigos o procedimientos internos que tienen lugar en la organización, promoviendo una cultura de cumplimiento.

Al proponer un concepto de compliance, es menester tener en consideración que partimos de una noción estrictamente ligada a la gestión empresarial, por ende, el contenido de este concepto apuntará, en primer lugar, a la orientación de la dirección empresarial

en determinados objetivos y valores. En este sentido, compartimos la opinión de Sieber, quien señala que esto es, resaltando, sobre todo, por el concepto de Business Ethics, el cual describe la realización de valores que van muchas veces por encima de las exigencias normadas legalmente.

Pero en la determinación de los objetivos y valores no se agota el contenido del concepto, el cual también abarca a los procedimientos para la protección organizativa o para el cumplimiento de exigencias legales, aquí es donde cobran relevancia conceptos como Codes of Conduct que constituyen pautas generales de conducta. En resumen, a partir de estas nociones, el concepto de difícil traducción, compliance (de manera literal "programa de cumplimiento" o "programa de respeto de reglas") refiere a las medidas normativas (de la propia persona jurídica) que establecen procedimientos internos de la empresa cuyo objeto es el respeto de los objetivos sobre todo legales (cumplimiento de la legalidad), pero también éticos (cumplimiento con las normas internas y políticas de la empresa), trazados por la dirección empresarial (cultura de cumplimiento).

> **Desde nuestro punto de vista, el compliance define a aquel sistema normativo interno de gestión empresarial, tendente a evitar que la empresa y sus miembros incurran en riesgos legales (por ejemplo, civiles, administrativos, societarios, laborales, entre otros) y de vulneración de la normativa interna de la empresa,**

pero también que orienta la actuación de la empresa y sus funcionarios hacia una determinada cultura de integridad, de la cual la cultura de cumplimiento forma parte; y, cuando lo que se quiere evitar o prevenir son los riesgos penales, estaremos frente a un compliance penal. Así, el sistema de compliance es un concepto amplio que abarca al compliance penal, o, si se quiere ver de otro modo, al programa de cumplimiento normativo en materia penal. La tendencia se orienta en este campo a que las empresas [el sector privado] asuman una función preventiva pública, basada en códigos de conducta, programas de cumplimiento (penales, administrativos, laborales, de gestión de riesgos en general) y en la vigilancia de la legalidad.

4. ¿Para qué sirve el compliance penal?

4.1. Funciones del compliance penal

En la doctrina penal, García Cavero (2017) analiza las funciones del compliance desde el punto de vista de cómo repercuten en el sistema jurídico penal, sosteniendo una doble clasificación.

En primer lugar, la función de prevención de delitos, por cuanto las medidas preventivas adoptadas deben llevar efectivamente a una reducción del número de infracciones penales en el ámbito de la empresa, lo que corresponde con lo que, en el plano criminológico, se denomina prevención situacional (García, 2017).

En segundo lugar, la función de confirmación de la normativa penal, por cuanto si un delito es cometido en el marco de la actividad empresarial a pesar de la labor de prevención, a la empresa le corresponderá mostrar una actitud de fidelidad al derecho mediante la adopción de medidas de mitigación y compensación de los daños producidos como consecuencia del ilícito penal (García, 2017).

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que el compliance penal cumple una tercera función, derivada del compliance en general, el cual es coadyuvar en el fomento de una cultura de cumplimiento de la legalidad, pero en el ámbito penal.

4.1. Función de prevención de delitos

Una función del Compliance penal es prevenir y descubrir las actividades ilícitas que puedan realizar los directivos y empleados de una empresa. Esta función de prevención de delitos por parte de los directivos de la empresa, así como de los empleados y subordinados, no debe confundirse como un mecanismo de protección o deslinde de responsabilidad del superior jerárquico, de modo que la imputación recaiga únicamente sobre los subordinados.

Como bien explica Thomas Rotsch (2012), quien tome solo en consideración el objetivo de la evitación de responsabilidad como tal, corre el peligro de pasar por alto que con una semejante estrategia de compliance dirigida de forma singular puede decaer ciertamente la responsabilidad penal de la dirección empresarial, pero dado que la dirección de la empresa generalmente puede descargarse a través de una organización cuidadosa y en especial a través de la delegación, la responsabilidad penal no se diluye sin dejar rastro en la empresa, sino que en cierto modo se transfiere a los trabajadores subordinados. La supuesta evitación de responsabilidad sería entones un mero traslado de responsabilidad que afectaría penalmente a otros sujetos, lo cual desde el punto de vista empresarial puede ser igualmente desastroso. Por lo tanto, no le falta razón a García Cavero (2017) cuando señala que seguir una perspectiva que ponga la mirada en la gestión de responsabilidad en lugar de la gestión del riesgo, lo que finalmente provocaría es un simple traslado de la imputación penal de los directivos a otros trabajadores de la empresa.

4.2. Función de confirmación de la normativa penal

El compliance penal también tiene como función el coadyuvar a la confirmación de la normativa penal, pero en el seno de la empresa. García Cavero (2017) señala que esto se lleva a cabo por cuanto el compliance penal no se reduce, como en general con cualquier corporate compliance, a implementar medidas de prevención de delitos, sino que también debe ocuparse de detectar las infracciones penales que pudiesen haberse cometido por los trabajadores de la empresa y gestionar sus consecuencias de forma tal que se evidencie también en estos casos la voluntad de la empresa de actuar conforme a la legalidad.

Para llevar a cabo la función de confirmación de la normativa penal, el compliance penal debe implementar medidas adicionales y dirigidas a detectar las infracciones penales, las cuales, desde un punto de vista abstracto, no se hubieran podido evitar con las concretas medidas de prevención adoptadas. Para este fin, es fundamental que el compliance penal cuente con un canal de denuncias (Whistleblowing), un código de investigaciones internas y concretos protocolos de actuación ante la verificación de la comisión de un delito.

4.3. Función de coadyuvar en la formación de una cultura de cumplimiento, pero en el ámbito penal

El compliance, en general, tiene como uno de sus propósitos, tal vez el más importante, el fomento de una cultura de cumplimiento en el seno de la empresa. Esto se hace visible en mayor medida, cuando existe un verdadero

compromiso de la alta dirección (top at the top) en orientar la actividad de la empresa generando un valor compartido y respetando, y haciendo respetar en el seno de la empresa, los propios valores y principios que ella misma se ha trazado en su código ético, fomentándose de este modo una cultura de cumplimiento.

Ahora bien, por lo que al compliance penal respecta, siendo que su objeto de acción es delimitado a la gestión de riesgos penales, pues no puede desconocerse que comparte con el sistema de compliance el propósito de fomentar la cultura de cumplimiento. Por ende, el compliance penal tiene entre sus funciones el coadyuvar al fomento de la cultura de cumplimiento en el seno de la empresa, pero delimitado al cumplimiento normativo en materia penal.

En este sentido, compartimos la opinión de Gómez-Jara Diez (2016) cuando señala que debe tenerse en cuenta que, en ocasiones, las personas jurídicas carecen de una adecuada cultura de compliance (que equivale a una cultura de incumplimiento de la legalidad). Cuando esto ocurre, la probabilidad de que se comentan delitos en el seno de estas aumenta exponencialmente. Pues precisamente porque una cultura empresarial puede cuestionar la validez o legitimidad del derecho, resulta razonable e incluso necesario culparlas cuando como resultado de dicha cultura empresarial se produce un daño jurídicamente relevante.

5. El compliance penal en la imputación de responsabilidad penal/administrativa de las personas jurídicas.

5.1. Sistemas de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas: derecho comparado, doctrina y jurisprudencia.

En el derecho comparado podemos apreciar que cada vez es mayor el número de legislaciones que responsabilizan a las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos, representantes y subordinados, en beneficio de estas.

Esta responsabilidad jurídica puede ser administrativa o penal, según la opción político criminal que adopte cada Estado para hacer frente a la criminalidad de empresa.

Elementos en común de ambas responsabilidades penal o administrativa de las personas jurídicas, es que derivan de la comisión de un delito previsto en el Código Penal o en la legislación penal complementaria, cometido en beneficio y por cuenta de las personas jurídicas, en donde la sanción la impone un juez penal en el marco de un proceso penal.

> **En la doctrina penal se han elaborado diversas tesis para la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, planteando la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica a través de un injusto propio de la organización empresarial, o, en otros casos, atribuyendo responsabilidad penal a la persona jurídica a partir de un injusto penal cometido por una persona natural.**

Señala Hernández Basualto (2010) que existen dos modelos legislativos ideales de responsabilidad penal de personas jurídicas, por un lado un modelo de responsabilidad derivada (sistema vicarial), conforme al cual se hace recaer sobre la persona jurídica la responsabilidad penal de una persona natural en virtud de algún criterio de conexión en-

tre una y otra, generalmente la circunstancia de ser la persona natural órgano o al menos subordinado del ente moral; y, por otra parte, un modelo de responsabilidad autónoma u originaria (sistema de culpabilidad de empresa), según el cual la, responsabilidad surge directamente de una conexión entre el hecho prohibido y una característica de (o un cierto estado de cosas en) la entidad, siendo irrelevante la eventual responsabilidad de una persona natural.

En primer modelo de imputación, vicarial o de transferencia de responsabilidad, la culpabilidad de la persona natural se transferirá a la persona jurídica. Este modelo también es conocido como responsabilidad por atribución.

Los presupuestos básicos o generales de este modelo, que podrían variar según el tipo de legislación, son los siguientes (Nieto, 2015, p.69):

(a) la comisión de una infracción por parte de un empleado de la corporación,
(b) que esta infracción se haya cometido en el ejercicio de las funciones que le han sido atribuidas,
(c) con la intención de obtener algún tipo de ventaja, beneficio para la empresa o infringiendo una obligación que correspondía a la empresa.

Las plasmaciones legislativas del sistema vicarial difieren principalmente en la determinación del círculo de personas cuyo comportamiento da lugar a la responsabilidad de la empresa. En algunos sistemas (Francia o el Reino Unido –salvo en el homicidio de la corporación y en la Bribery Act–) la responsabilidad se produce únicamente cuando el comportamiento del infractor ha sido realizado por un directivo o persona perteneciente al "cerebro" de la corporación (brain area); esto es, el modelo anglosajón del alter-ego doctrine, en donde se considera que determinadas personas físicas son el alter-ego de la persona jurídica, de tal manera que, en cierta medida, sus comportamientos son los de aquella. Dichas personas serían las que, de conformidad con un criterio normativo civil, representan de hecho o de derecho a la persona jurídica.

Mientras que en otras legislaciones, como en Estados Unidos de América, cualquier empleado o incluso cualquier persona que obre por cuenta de la empresa (por ejemplo, un agente comercial contratado) puede dar lugar a responsabilidad (respondeat superior). Al respecto, William Laufer señala que los Tribunales consideran que las empresas son penalmente responsables de las conductas de sus empleados, siempre que éstos actúen en el marco de sus competencias y con la intención de beneficiar a la empresa. La teoría del superior que responde (respondeat superior) –que proviene del derecho de daños– considera que las empresas son los representados y los directivos, supervisores y empleados, los representantes. Conforme al derecho federal, las intenciones de los representantes simplemente se imputan o atribuyen al representado. La legislación estatal varía, pero en la mayoría de éstas se requiere que las actuaciones estuvieran autorizadas, solicitadas, ejecutadas o toleradas por el consejo de administración o por altos directivos.

El modelo de responsabilidad penal vicarial es objeto de una severa crítica por parte de la doctrina penal,

especialmente porque se considera contraria al principio de culpabilidad penal. Así, Feijoo Sánchez (2015) señala que los inconvenientes del modelo vicarial, tanto desde el punto de vista de la legitimación jurídica, como de sus consecuencias prácticas, obe-

decen a una misma debilidad conceptual de partida. Se mantiene en clave estrictamente individualista (identificación entre individuo y organización) por lo que no se diferenciar adecuadamente entre individuo (infracción o responsabilidad individual) y organización (defecto organizativo o responsabilidad supraindividual). Las consecuencias son, en primer lugar, que el modelo no deja al margen que pueda declararse responsabilidad corporativa sin encontrar un culpable individual. Pero también conduce, en segundo lugar, a una excesiva responsabilidad penal cuando tiene como consecuencia que todo delito individual sin excepción sea definido como un delito corporativo. El modelo vicarial peca tanto por defecto como por exceso.

En la doctrina anglosajona también se cuestiona el sistema de imputación vicarial, postulándose modelos de culpabilidad de empresa. Así, William Laufer (2012) señala que la doctrina está tomando en cuenta modelos de culpabilidad proactivos, reactivos, basados en la cultura o en la política corporativa. Incluso en la jurisprudencia norteamericana en alguna ocasión también se cuestionó el modelo de imputación vicarial de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Así, en el caso United States vs. Bank of New England (1987) la Corte de Apelación estableció que se presume que el Banco posee un tipo de conocimiento que consiste en el conocimiento colectivo de todos sus empleados.

El conocimiento agregado de los empleados constituye el conocimiento empresarial. Ningún Tribunal se ha alejado tanto de la regla del respondeat superior (Laufer, 2012).

El segundo modelo es el sistema de culpabilidad de empresa, en el cual se fundamenta la responsabilidad penal del ente colectivo a través de factores que tienen que ver con la propia corporación. Es decir, fundamenta un injusto de la propia persona jurídica. Para los partidarios de este modelo, las personas jurídicas tienen capacidad de acción y culpabilidad. A este modelo también se le conoce como responsabilidad por el hecho propio.

Gómez-Jara Diez (2005) señala que este modelo parte de la necesidad de construir un concepto de culpabilidad jurídico penal empresarial, debido a que se considera que en un genuino Derecho penal empresarial la culpabilidad se constituye en fundamento y límite de la imposición de un determinado tipo de sanciones penales -las penas- a la empresa y éstas son las únicas que contribuyen al completo restablecimiento comunicativo de la vigencia del ordenamiento jurídico; en consecuencia, en otros ordenamientos jurídicos, como el administrativo, civil, etc., no habría necesidad de desarrollar ni fundamentar un concepto de culpabilidad de empresa.

Para el sistema de imputación basado en la culpabilidad empresarial, el delito de la persona física es el presupuesto, no el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en el Pleno Jurisdiccional del 29 de febrero de 2016, donde sostuvo que:

> "En ambos motivos el Recurso incurre en una clara confusión acerca de la tipicidad de la intervención de la persona jurídica recurrente, que no estriba exclusivamente en la comisión del delito contra la salud pública atribuida a sus administradores, de hecho y de

> derecho, infracción que opera como requisito precedente necesario para el ulterior pronunciamiento acerca de la responsabilidad peal propia de la entidad medida en términos de incumplimiento de su obligación de poner los medios para la evitación de delitos en su seno (...) Una vez más procede la desestimación ya que también en este caso el Recurso incurre en el error, expuesto en su momento, de los restantes formalizados por las personas jurídicas condenadas, al confundir las conductas típicas de las personas físicas con el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica".

En relación al análisis dogmático del derecho comparado, haremos alusión únicamente a cuatro legislaciones que reconocen la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos, representantes y subordinados.

En Italia, el legislador introdujo la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas con el Decreto Legislativo N° 231 del año 2001. Los criterios de imputación de la responsabilidad administrativa a las personas jurídicas se encuentran regulados en el artículo 5°. En el caso de la República del Perú, con la Ley N° 30424 del 17 de marzo de 2016, modificada por el Decreto Legislativo N° 1352 del 07 de enero de 2017 y por la Ley N° 30835 del 02 agosto de 2018, se introdujo, al igual que en Italia, la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, para los delitos de colusión simple y agravada, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, tráfico de influencias, lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Los criterios de imputación de responsabilidad penal se encuentran regulados en el artículo 3°, bajo criterios similares a los establecidos en la legislación italiana.

En el caso de España, desde la Ley Orgánica 5/2010 se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ahora bien, dicho sistema de responsabilidad penal fue modificado por la Ley Orgánica 1/2015 y recientemente por la Ley Orgánica 1/2019, que amplía el catálogo de delitos que generan responsabilidad penal de las personas jurídicas y que entrará en vigor desde el 13 de marzo de 2019. Los criterios de imputación se encuentran regulados en el artículo 31° bis numeral 1) del Código Penal español, en términos similares a la legislación italiana y peruana.

En el caso de Chile desde el año 2009, con la Ley N° 20393, se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los criterios de imputación se encuentran regulados en el artículo 3° de la referida ley, siendo que estos criterios hacen alusión a la responsabilidad penal directa de la persona jurídica, es decir, se trata sistema de responsabilidad fundamentado en la noción de culpabilidad de la empresa.

Salvo el caso de la legislación chilena, si realizamos una lectura aislada de las legislaciones italiana, peruana y española, nos llevaría prima facie a sostener, equivocadamente, que en dichas legislaciones se sigue un sistema vicarial de atribución de la responsabilidad administrativa a las personas jurídicas. Sin embargo, una lectura sistemática de dichas legislaciones nos lleva a la conclusión correcta. Por ejemplo, una lectura en clave garantista y de reafirmación del principio de culpabilidad penal de los artículos 3° y 6° (donde se regula la posición de los "apicales" y el modelo

de compliance) del Decreto Legislativo italiano N° 231; de los artículos 3° y 17° numerales 1) y 4) de la Ley N° 30424 peruana y del artículo 31° bis numeral 2) del Código Penal español, nos permite sostener válidamente que en dichos sistemas legales se reconoce la responsabilidad penal/administrativa de las personas jurídicas fundamentada en el principio de culpabilidad de la empresa, donde el ilícito de la persona natural no constituye el fundamento de la imputación, sino únicamente el presupuesto de la misma, siendo que a la persona jurídica se le imputa su propio delito, lo que en doctrina se ha denominado "delito corporativo".

En la doctrina penal, Feijoo Sánchez (2015) propone el concepto de delito corporativo. Así, señala que la pena no se impone a un colectivo (no es una pena colectiva), sino a una entidad con cierta identidad propia y la multa afecta al patrimonio de esta, sin que nunca se pueda trasladar al colectivo. Cuando hablamos de un delito corporativo ha de haber algo más que una acción conjunta o colectiva. Existen razones organizativo estructurales que, junto a la infracción individual, explican el hecho delictivo. Esto es lo que en esencia ha de entenderse por delito corporativo, como hecho que genera una responsabilidad penal adicional en la medida en la que no solo tiene una explicación adicional vinculada al trabajador o administrador concreto que ha delinquido. A la pregunta de qué tipo de defecto estructural es el que genera responsabilidad, hay que responder que se trata de condiciones estructurales que permiten asegurar el cumplimiento de la legalidad por parte de la organización. Lo relevante a efectos jurídico – penales es que se llegue a una situación incompatible con el desarrollo de una política o cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad penal y que tal situación se concrete o realice en la comisión de un hecho delictivo por parte de un integrante de la empresa.

El concepto de delito corporativo fue asumido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en la Sentencia del 16.03.2016, en donde sostuvo que:

> "(...) la responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que solo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad".

5.2. Ubicación del compliance penal en la atribución de responsabilidad penal/administrativa de las personas jurídicas

El compliance penal cumple una función en la imputación de responsabilidad penal o administrativa de las personas jurídicas, es decir, que tiene sentido para efectos de la atribución de responsabilidad jurídica. Esta afirmación conlleva, implícitamente, la aceptación de una relación entre compliance penal y responsabilidad de las personas jurídicas. Esto conlleva a la pegunta de cuál es la función del compliance penal en materia de responsabilidad penal/administrativa de las personas jurídicas.

Al respecto, Nieto Martín (2013) sostiene que esto depende del modelo de responsabilidad que se siga. En el sistema vicarial o de heterorresponsabilidad no es que los programas de cumplimiento carezcan de senti-

do; lo tienen: su función es evitar que se realicen delitos en el seno de la persona jurídica que pueden dar lugar a responsabilidad penal. Lo que ocurre es que una vez que el delito aparece carece de relevancia para la defensa penal de la entidad. Las cosas son distintas en el modelo de responsabilidad propia o de culpabilidad de empresa. Aquí tener una buena organización preventiva es la clave para decidir el sí y el cuándo de la responsabilidad de la persona jurídica.

En este orden de ideas, podemos afirmar que el valor que una legislación otorgue al compliance penal, es decir, si atenúa o exime de responsabilidad penal/administrativa a la persona jurídica, nos permite obtener mayores elementos para interpretar la legislación y de esta manera poder identificar cuál es el sistema de imputación de responsabilidad acogido por dicha legislación.

El valor que las legislaciones italiana, peruana y española otorgaran al compliance penal es determinante para saber cuál es el sistema de imputación de responsabilidad penal/administrativa regulado. Si en dichas legislaciones le otorgan al compliance penal un valor de atenuante de la responsabilidad, podríamos afirmar prima facie que se acoge un sistema de imputación vicarial. Sin embargo, el principal valor otorgado el compliance penal en dichas legislaciones es que sirven para eximir de responsabilidad penal/administrativa a las personas jurídicas, aunque también se establece que pueden servir de atenuantes cuando son adoptados parcialmente o ex post a la comisión del delito.

En efecto, en dichas legislaciones se establecen que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal/administrativa si ex ante a la comisión del delito se implementó en la persona jurídica un compliance penal. No está demás señalar que este compliance penal debe ser adecuado a la naturaleza del delito cometido, de modo que permita prevenirlo o reducir significativamente el riesgo de su comisión.

> **Así, el compliance penal juega un rol fundamental en la atribución de responsabilidad penal/ administrativa de las personas jurídicas, siendo que el valor en dichas legislaciones se le otorga, permiten sostener que recogen un sistema de imputación de "culpabilidad de empresa".**

En el mismo orden de ideas, en la doctrina penal hay autores como Gómez Tomillo, Seminara, Foffani y Gómez-Jara Diez que ubican al Compliance penal dentro de la estructura de la culpabilidad de las personas jurídicas, en donde la adopción de un Compliance eficaz y correctamente implementado excluye la culpabilidad (Gomez, 2015).

Bibliografía

Art. 08

Gómez-Jara, C., Bajo, M., & Feijoo, B. (2016). *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. 2° ed, Navarra: Editorial Aranzadi, 93.

Gómez, M. (2015). *Introducción a la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas.* 2° ed., Aranzadi.

Gonzáles de León, A. (2013). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas.* Barcelona: Atalier.

Hernández, H. (2010). *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile.* Revista Political Criminal, 5 (9).

Khulen, L. (2013). *Cuestiones fundamentales de Compliance y Derecho penal.* Compliance y Teoría del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons.

Laufer, W., Heine, G., Lampe, E., Gómez-Jara, C., & Strudler, A. (2006). *La culpabilidad empresarial y los límites del Derecho. Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas.* Lima: Ara Editores.

Maraví, P. (2017). *Análisis de las medidas administrativas en la función fiscalizadora del OEFA en el sector minero.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Nieto, A. (2013). *El Derecho penal en la era Compliance. La privatización de la lucha contra la corrupción.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Nieto, A. (2015). *Manual de cumplimiento penal en la empresa.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Bibliografía

Art. 08

Bacigalupo, E. (2012). *Compliance y Derecho penal. Prevención de la responsabilidad penal de los directivos y de empresas.* Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Blanco, K. (2017). *Acting Assistant Attorney General Kenneth Blanco Keynote Address on FCPA and Anti-Bribery Convention.* New York: PCCE. Recuperado de https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2017/11/10/acting-assistant-attorney-general-kenneth-blanco-keynote-address-on-fcpa-and-anti-bribery-convention/ [Consulta de: 10 de marzo de 2019].

Coca, I. (2013). *¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas.* Barcelona: Atalier.

Feijoo, B. (2015). *El delito corporativo en el Código penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas.* Navarra: Editorial Aranzadi.

García, P. (2017). *Criminal Compliance. En especial al Compliance anticorrupción y antilavado de activos.* Lima: Instituto Pacífico.

García P. (2014). *Criminal Compliance. En especial Compliance anticorrupción y Compliance antilavado de activos.* Lima: Instituto Pacífico.

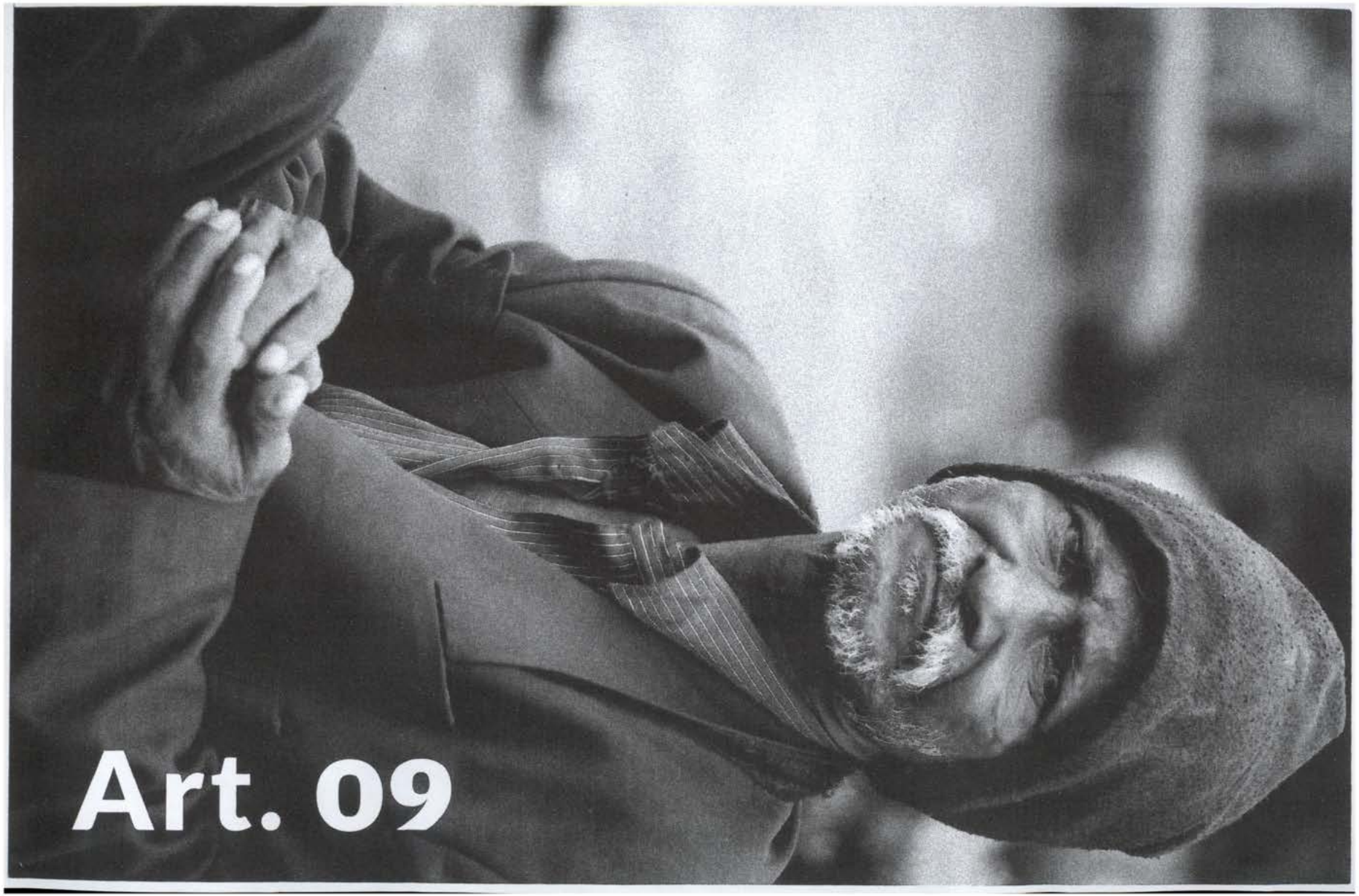
Gómez-Jara, C. (2005). *La Culpabilidad penal de la Empresa.* Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Porter, M. & Kramen, M. (2011). *La creación de valor compartido.* Boston: Harvard Business Review América Latina.

Rotsch, T. (2012). *Criminal Compliance.* Revista para el análisis del Derecho. Barcelona: InDret.

Sorteando la desigualdad: la agenda laboral peruana de cara a la OCDE

Justo Correa Vega


Art. 09

SORTEANDO LA DESIGUALDAD: LA AGENDA LABORAL PERUANA DE CARA A LA OCDE

JUSTO CORREA VEGA
Abogado por la Universidad del Pacífico (Lima, Perú). Asociado del área laboral, previsional y migratoria de Rubio Leguía Normand.

PALABRAS CLAVE
Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, políticas públicas, productividad, diversificación económica, Remuneración Mínima Vital, Canasta Básica de Consumo, salario promedio, régimen laboral ordinario, empleabilidad, deber de prevención, ceses colectivos por motivos económicos.

SUMARIO

1. Introducción. 2. La experiencia comparada: el caso colombiano. 2.1. Sobre el reajuste del salario mínimo vital. 2.2. Sobre la empleabilidad y la mejora de la productividad. 2.3. Sobre los recientes pronunciamientos judiciales que han planteado principios rectores en las relaciones de trabajo. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

1. Introducción

Los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ("OCDE") forman parte del club de Estados con las mejores prácticas de políticas públicas en el mundo. Muchos de ellos, economías de mercado que ahora son referentes para lograr cerrar las brechas de desigualdad social, económica e institucional de aquellos que aún se encuentran en vías de desarrollo. En Latinoamérica, solo México (desde 1994), Chile (desde 2010) y, recientemente, Colombia (desde 2018) integran el mencionado grupo, Costa Rica se encuentra en proceso de adhesión, y Perú viene implementando un ambicioso "Programa País" que le ha permitido ubicarse en una posición estratégica para convertirse en un país de ingresos altos al mediano plazo.

Un reciente estudio de la OCDE (OCDE, 2016) indicó que el Perú lograría ser un país con renta alta al 2029, si en los próximos años el PBI per cápita se incrementa a un ritmo anual del 4.6% o, lo que es lo mismo, si el PBI nacional incrementa en promedio a 5.5% al año. La tarea es titánica y el tiempo apremia, pero los agentes involucrados vienen mostrando voluntad para que eso suceda.

Hasta acá el lector cuestionará, válidamente, si el presente artículo se propone ser una guía para el análisis de políticas públicas, recientemente adoptadas por el Perú en materia laboral. La respuesta es no, pues creemos que esa es una tarea encargada a los especialistas en gestión pública. No obstante, como operadores jurídicos, estamos en la posibilidad de medir el impacto legal y económico de las decisiones políticas, y si ellas afectan los objetivos trazados, siempre con una visión técnica. Pues bien, es innegable la importancia que la OCDE le ha dado a los ingresos y la renta anual traducida en mayor bienestar social. Lo curioso es que pocos estudios ponen en la mesa de discusión que estos ingresos –traducidos en salarios per cápita– dependen de la productividad (fuerza y capacidad de trabajo), cuyo efecto no resulta bizantino si se cuenta con una legislación laboral coherente a nuestra realidad. Es ahí a donde apunta el objetivo de lo que se desarrolla en las siguientes líneas.

2.La experiencia comparada: el caso colombiano

El Programa País que viene implementando Perú desde diciembre de 2014, incorpora cinco (5) ejes de acción, uno de ellos está referido a la "Productividad y Capital Humano". Las investigaciones sobre este punto centran su análisis en la mejora de la innovación y la diversificación económica, pero olvidan que su efectividad también depende de la regulación laboral en la que interactúa.

> **Por ejemplo, a Colombia, que pese a su merecida incorporación tras un trabajo a puro pulso, le fue difícil. Países que ya eran miembros como Austria, Canadá y Alemania criticaron duramente su proceso de adhesión debido a sus "graves y continuas falencias en la protección de derechos laborales" (OCDE, 2018). Esto llevó a que, de los veintitrés (23) comités de evaluación técnica implantados, el Comité de Empleo, Trabajo y Asuntos Sociales sea el último en dar su visto bueno.**

Y es que Colombia, al igual que la mayoría de países latinoamericanos, no está libre a los embates sociales que la informalidad laboral le ha causado. El 61.3% de su fuerza de trabajo labora por cuenta propia, lo que lo convierte

en el país con el índice de autoempleo más alto del mundo, una informalidad que se esconde detrás de la diáfana idea sobre el emprendedurismo. La OCDE y la OIT no lo pudieron haber descrito mejor: ***"el concepto de trabajo autónomo sofistica la forma de calificar el empleo informal sin las debidas garantías laborales, con desigualdad de ingresos y contratos no regulares generalizados en todo el país"*** (SELA, 2018).

Lo anterior no fue nuevo, una misión de alto nivel de la OIT y los expertos del Departamento de Trabajo de los Estados Unidos (USDOL) advertían de la debilidad institucional de Colombia en materia laboral desde el 2011. Ello conllevó a que en ese mismo año, los entonces presidentes Santos y Obama firmen el Plan de Acción Laboral (Plan de Acción Laboral, 2011), un documento con directrices programáticas y vinculantes para el país vecino sobre diversos temas en materia de trabajo y empleo, entre ellos:

i) Incremento y capacitación de inspectores de trabajo.- En un período de cuatro (4) años, el gobierno debía disponer de las partidas presupuestales para aumentar el número de inspectores laborales en 480 y con funcionamiento activo en los 32 departamentos del país.

ii) Reforma al Código Penal.- Imponer sanciones penales a los empleadores que atenten contra los derechos de asociación sindical y negociación colectiva mediante los denominados Pactos Colectivos[1].

iii) Prohibición del funcionamiento indebido de las cooperativas de trabajo asociado.- Evitar la precarización del trabajo con mayor fiscalización y sanción a la desnaturalización de las tercerizaciones laborales.

Adicionalmente, se dieron recomendaciones en aspectos laborales específicos, entre ellos: (i) mejorar las condiciones de trabajo mediante el reajuste del salario mínimo vital; (ii) reducir el índice de siniestralidad en el trabajo en relación a los accidentes laborales o enfermedades profesionales; (iii) reducir la brecha salarial de género; (iv) garantizar la protección de los líderes sindicales[2]; y (v) modificar el modelo de negociación colectiva, huelga y servicios mínimos esenciales.

Atendiendo a la realidad social colombiana –realidad que no dista mucho de la peruana en cuanto a mercado laboral respecta– nos proponemos a realizar una aproximación a lo que el Perú ha avanzado en algunos de estos términos. Ciertamente, el análisis no se agota en la regulación, sino también en las mesas de discusión que han propiciado el debate para la implementación de las normas, así como en los pronunciamientos judiciales y administrativos que, en algunos casos, plantean criterios rectores que delimitan las fronteras de actuación en las relaciones entre trabajadores y empleadores.

2.1. Sobre el reajuste del salario mínimo vital

Desde la perspectiva netamente legal, la discusión en torno a la Remuneración Mínima Vital ("RMV"), cobró importancia mediante el reconocimiento que el Tribunal Constitucional le confirió en la sentencia contenida en el Expediente N° 0020-2012-PA/TC[3]. En ella, el máximo intérprete constitucional indicó que el contenido esencial del derecho fundamental a la remuneración lleva consigo, entre otros aspectos, la suficiencia en su otorga-

1 Entiéndase por "Pactos Colectivos", por ejemplo, a los convenios celebrados por el empleador con los trabajadores no sindicalizados, en los que se acuerdan mejores condiciones de trabajo y/o beneficios económicos con la finalidad ulterior de desincentivar la afiliación sindical.

2 Colombia se ubica entre los países con una de las tasas más altas de asesinatos a líderes sindicales.

3 A propósito de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el 25% del número legal de congresistas de la República contra el primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial.

miento. Esto quiere decir que, el quantum de la remuneración tiene que ser el mínimo suficiente para garantizar el bienestar del trabajador y su familia.

Desde la perspectiva económica, la remuneración es suficiente cuando su monto permite cubrir la Canasta Básica de Consumo ("CBC")[4]. Para el Instituto Nacional de Estadística e Informática ("INEI"), la CBC está conformada por la Canasta Básica de Alimentos[5], más el valor monetario necesario para satisfacer un conjunto de necesidades no alimentarias consideradas esenciales (transporte, vestimenta, vivienda, educación, salud, etc.). Actualmente, en el Perú la CBC está estimada en S/ 1,640.00 (Mil seiscientos cuarenta con 0/100 Soles) para una familia de cuatro miembros.

Cuadros Luque y Quiñones Infante han recalcado la importancia de crear un mecanismo de revisión bienal de la RMV "en función a la inflación subyacente proyectada (indicador que predice la inflación tendencial, es decir, aquella que excluye a los productos cuyos precios son muy volátiles) y la productividad multifactorial (variable que mide la eficiencia del aparato productivo)" (Cuadros, 2015, p.123).

Los intentos de mejora de la RMV se han limitado a ser escenario de extensos debates en el Consejo Nacional de Trabajo, todos ellos sin mayor repercusión. Y es que la discusión solo se centra en el impacto que tendría un eventual incremento en la formalidad laboral, olvidando por completo "las enormes diferencias de las empresas según tamaño, sector económico o zonas del país", tal y como lo ha apuntado un estudio económico elaborado por Apoyo Consultoría en el 2015. (Apoyo Consultoría, 2015)
Desde esta última perspectiva, el impacto del incremento del salario mínimo vital no es el mismo en una empresa grande o mediana que en una micro o pequeña empresa. Como es lógico, los bajos niveles de productividad [6] de estas últimas hacen que su incremento no sea posible sin afectar a la parte empleadora.

Un reciente estudio del Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) (Saavedra & De la Flor, 2018) advirtió que un indicador internacional importante que mide la efectividad en la política de incremento de la RMV es además de la productividad, el comparativo respecto al salario promedio del país. Citando a un estudio de la OCDE del 2016, en el Perú la RMV "actualmente equivale al 76% del salario promedio (fue 60% en el 2017) y este ratio es mayor al observado en EEUU (25%), Chile (47%), México (29%) y al promedio de los países de la OECD (41%)" (Saavedra & De la Flor, 2018).

En línea con lo indicado en el estudio, no es absurdo pensar que los ratios de incumplimiento en el otorgamiento de la RMV estén relacionados con su equivalencia al salario promedio del país. Esto es, si la RMV en un sector del mercado laboral es más cercano al salario promedio del país, habrá mayor incumplimiento. ¿Por qué? Porque para las empresas no es económicamente sostenible pagar un salario promedio a un trabajador que produce menos del promedio solo porque la ley lo manda. Es ahí donde se abre la puerta para un problema mayor: la informalidad laboral.

La Recomendación N° 135 de la OCDE y el

4 El concepto de la CBC es el principal indicador para medir el porcentaje de la población por debajo de la línea de pobreza monetaria.

5 Conforme lo detalla un Informe Especial de la Cámara de Comercio de Lima (https://www.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/r786_2/info_esp_786.pdf), en el Perú, la Canasta Básica de Alimentos está conformada por alrededor de 532 productos (lácteos, carnes, legumbres, huevos, cereales, frutas, verduras, etc.) expresados en unidades suficientes para satisfacer las calorías en un hogar promedio.

6 Por lo general, en las micro y pequeñas empresas se desempeñan trabajadores poco calificados.

Convenio N° 131 de la OIT apuntan a que solo será viable un incremento de la RMV cuando el monto de esta resulte ser menor al 50% del salario promedio en cada segmento del mercado laboral formal. De esta manera, por ejemplo, un incremento de la RMV en las micro y pequeñas empresas no estaría justificado porque esta representa el 106% del salario promedio en dicho segmento (Saavedra & De la Flor, 2018). En términos reales, un trabajador de una MYPE con un ingreso de S/ 930.00 mensuales, gana incluso por encima de lo que sus pares en el mercado formal podrían alcanzar atendiendo a su productividad.

Como las empresas no pueden pagar una remuneración cercana al promedio a un trabajador que no es productivo en un segmento específico del mercado laboral, simplemente sortea la ley y paga menos. Esa es la nefasta consecuencia de fijar el monto de la RMV con criterios políticos y no técnicos.

Una investigación de la Red Latinoamericana de Investigaciones sobre Compañías Multinacionales (RedLat) del 2016 señaló que alrededor del 50.1% de trabajadores en el Perú gana menos de la RMV. Este es el peor ratio en la región, al que le sigue Colombia con 48.3% (Redlat, 2015).

Ciertamente, restarle importancia al ajuste de la RMV sería un error si consideramos el hecho de que solo es percibida por la tercera parte de los trabajadores formales en el Perú. Desde esta perspectiva, se olvida por completo que justamente ese ínfimo resultado es el escaparate de todo el espectro informal de trabajadores (50.1%) que no accede a ella porque las empresas no pueden lidiar con el costo de su cumplimiento.

Entonces, cuando escuchamos decir que Perú tiene en comparación a otros países de la región una de las RMV más bajas, pues pensemos en que lo tiene porque –también en comparación a esos otros países– tenemos una fuerza laboral menos productiva que imposibilita dicho incremento. Incrementar la RMV al "caballazo" no es la solución, se ha de pensar en mecanismos alternativos eficientes que generen empleabilidad y mejoren la productividad del trabajador promedio.

2.2. Sobre la empleabilidad y la mejora de la productividad

Desde el 2013, el Perú viene experimentando un proceso de desaceleración económica que ha hecho que las empresas se vean obligadas a mejorar su competitividad por medio del abaratamiento de costos laborales. Las intenciones de reforma se han abocado a regular, fundamentalmente, el empleo laboral juvenil.

Según la Encuesta Nacional de Hogares ("ENAHO"), al 2017 el Perú contaba con alrededor de 2.5 millones de jóvenes trabajadores de entre 18 y 24 años en el mercado laboral. Ese grupo etario representa casi el 20% de la Población Económicamente Activa[7] total ("PEA") y, en general, se trata de un segmento con grandes problemas de precarización laboral. Por ejemplo, el 78.22% de la PEA juvenil no tiene contrato de trabajo; de ahí la importancia de poner su tratamiento sobre la mesa de discusión.

En los últimos años ha habido hasta tres intentos de reforma laboral juvenil. En las siguientes líneas se muestran cuáles han sido las principales implicancias de las medidas y porqué dieron en su momento mucho de qué hablar.

7 Entiéndase por PEA a la población entre 18 y 65 años que está ocupada o buscando un empleo.

En noviembre de 2014, el Ejecutivo con intervención principal del equipo técnico del entonces ministro de economía Alonso Segura, presentó el Proyecto de Ley N° 3942/2014-PE - "Ley que promueve el acceso de jóvenes al mercado laboral y a la protección social"-.

Pese a que este régimen laboral especial fue aprobado por el Congreso mediante la Ley N° 30288, la presión mediática y los reclamos de los grupos de interés generaron su derogación inmediata, pasando a la historia como la famosa "Ley Pulpín" ¿La razón? El nuevo régimen establecía beneficios laborales reducidos frente al régimen laboral ordinario.

"Ley pulpín"	Régimen General
Contratación laboral a plazo fijo	Se presume que una relación laboral es a plazo indeterminado
Indemnización por despido arbitrario quevalente a veinte (20) remuneraciones diarias por cada mes dejado de laboral, hasta el tope de ciento veinte (120) remuneraciones diarias. Descanzo vacacional de quince (15) días por año calendario de prestación de servicios	La imdemnización equivale a cuarenta y cinco (45) remuneraciones diarias por cada mes dejado de laborar hasta el tope de tescientos sesenta (360) remuneraciones diarias.
Se eliminarion beneficios sociales como el pago de gratidicaciones legales (julio y diciembre), Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) asignación familiar, seguro de vida y participación en las utilidades.	El descanzo vacacional equivale a treinta(30) días. Posee todos los beneficios sociales extremos

Es cierto que la "Ley Pulpín" establecía beneficios laborales reducidos para los jóvenes trabajadores entre 18 y 24 años, tales como: También, es cierto que la idea detrás de la norma era crear un régimen laboral especial (como el existente en la MYPE o el régimen agrario), con una regulación independiente en cuanto a percepción de beneficios se trate. Claro está que, bajo ninguna circunstancia se trata del imaginario de un trabajador bajo el esquema laboral del régimen ordinario, pero es el natural costo de generar competitividad y empleabilidad en un sector con un bajo nivel de productividad.

Además, así como la norma contemplaba beneficios laborales reducidos, existían igualmente candados legales que lograban desterrar más de un mito en torno a su aplicación. Lamentablemente, el Gobierno falló una vez más transmitiendo el mensaje. Veamos:

i) Se trataba de un régimen opcional para el empleador: no toda empresa estaba obligada a contratar trabajadores bajo este régimen. En estricto, una empresa bien podía contratar a un trabajador con los beneficios del régimen general si así lo consideraba. La experiencia y el nivel de estudios podría haber sido un elemento diferenciador para la contratación de personal -entre 18 y 24 años de edad- en el régimen general de la actividad privada, de otra manera, la empresa tendría que asumir el costo de no contratar o perder

7 Entiéndase por PEA a la población entre 18 y 65 años que está ocupada o buscando un empleo.

trabajadores valiosos o productivos en el mercado.

ii) La norma establecía pisos mínimos de contratación: nada impedía a que se establezcan mayores beneficios de manera unilateral por parte de los empleadores, por costumbre, mutuo acuerdo en el contrato de trabajo o vía negociación colectiva.

iii) Existía un límite en la contratación de personal: el empleador no podía contratar indiscriminadamente a personal bajo este régimen especial, pues la propia ley establecía que solo lo podía hacer hasta alcanzar el 25% del total de trabajadores de su planilla.

iv) No todos los trabajadores podían ser contratados bajo este régimen: la Ley indicaba que el régimen solamente aplicaba a los jóvenes del sector privado entre los dieciocho (18) y veinticuatro (24) años de edad que: (i) se incorporen por primera vez a la planilla electrónica como trabajadores; o, (ii) que al tiempo de la contratación se encontrasen desocupados[8]. Es decir, el régimen no era aplicable para los trabajadores que ya habían ingresado al mercado bajo los beneficios del régimen general por ejemplo, o que habiendo sido cesados con posterioridad a la vigencia de la ley hayan sido recontratados por la misma empresa.

v) No todos los empleadores podían acogerse a los beneficios de este régimen: la norma exigía que solamente podían ser beneficiarios de este régimen especial las empresas del sector privado que al momento de la contratación no tuviesen multas consentidas impagas vigentes por infracciones a la normativa socio laboral. El legislador envió un mensaje claro: si deseas acogerte como empresa a los beneficios de este régimen es necesario garantizar ser un buen empleador; si se es un mal empleador (con multa impagas ante la AAT) y se contrata trabajadores bajo el régimen laboral juvenil, dichos contratos de trabajo se encontrarán desnaturalizados y se reputarán a los trabajadores como beneficiarios del régimen general.

vi) Se trataba de un régimen temporal: la Ley expresamente establecía que el régimen solo tendría una duración de hasta cinco (5) años desde su entrada en vigencia. Además, la ley indicaba que el plazo máximo de duración de un contrato laboral juvenil, incluyendo sus prórrogas en la misma empresa, era de tres (3) años siempre que el joven mantenga su edad entre los dieciocho (18) y veinticuatro (24) años inclusive.

vii) Había una prohibición expresa de fraude a la ley: el artículo 22° de la Ley en cuestión establecía la imposibilidad de despedir injustificadamente al personal con 25 años a más a fin de reemplazarlos, en el mismo puesto y funciones, por trabajadores bajo el régimen laboral juvenil. Se especificaba además que este incumplimiento supondría una infracción muy grave a la normativa socio laboral, de acuerdo a las disposiciones de la Ley General de Inspección del Trabajo[9].

viii) Establecía un período de prueba menor al observado en el régimen laboral ordinario: si bien la protección contra el despido arbitrario era pecuniariamente menor en el régimen laboral juvenil, el período de prueba se reducía solamente a sesenta (60) días calendario[10].

---

8 La norma entendía por desocupado a aquel joven que no haya estado registrado en planilla electrónica como trabajador al menos noventa (90) días calendario consecutivos, previos a la fecha de su contratación.

9 Actualmente, en el 2019, un incumplimiento de esta naturaleza habría dado lugar a la imposición de una multa por parte de la Autoridad Administrativa del Trabajo (AAT) que va de S/ 9,450.00 a S/ 189,000.00, según varíe el número de trabajadores afectados.

10 El régimen laboral ordinario establece un período de prueba de, al menos, noventa (90) días calendario. Una vez superado este plazo, el trabajador recién tiene protección contra el despido arbitrario.

Vemos pues, que los reclamos de los detractores de la norma se fundaban -primordialmente- en el recorte de beneficios económicos y la profundización de la precarización en el empleo de este sector de trabajadores. Se había pasado inadvertido el hecho que esa precarización era consecuencia misma de los sobrecostos laborales que planteaba el régimen laboral ordinario y que empresas con trabajadores jóvenes poco productivos apenas podían lidiar.

Sin lugar a dudas, una norma perfectible por donde se le mire. Se pudo haber aprovechado el Reglamento para desarrollar mayores beneficios económicos y ampliar la explicación sobre los candados legales que la propia Ley imponía.

El segundo intento real de reforma se dio en marzo de 2017, cuando el Ejecutivo –mediante el entonces ministro Alfonso Grados– presentó ante el Congreso el Proyecto de Ley N° 1104/2016-PE, Ley de Promoción para la contratación formal de jóvenes o coloquialmente conocida como "Ley Pulpín 2.0". Se le llamó así porque para muchos "se trataba de una ley que recogía el espíritu de la derogada Ley Pulpín en lo referente a los incentivos basados en subsidios, pero con reiteración en el recorte de derechos laborales" (Cavero, 2018, p.173).

Esta nueva propuesta, al contrario, restablecía muchos de los beneficios laborales inexistentes o reducidos del primer intento de regulación. Si bien amplió el ámbito de aplicación de la norma para los jóvenes entre 15 y 29 años, lo cierto fue que los trabajadores no iban a asumir el costo de la formalización. Este nuevo régimen contemplaba el pago de CTS, gratificaciones, vacaciones completas, asignación familiar, seguro de vida y participación en las utilidades. Adicionalmente, lo innovador recayó en que el Estado asumía íntegramente el pago del 9% de aporte a Essalud.

Este último ambicioso proyecto buscaba incorporar alrededor de cincuenta mil jóvenes trabajadores a la formalidad en su primer año. Sin embargo, las principales críticas vinieron por la incapacidad presupuestal del Estado para subsidiar una obligación legal exigida a la parte empleadora frente al seguro social de salud.

En la gestión del exministro Christian Sánchez, desde el viceministerio de Promoción del Empleo y Capacitación Laboral se elaboró un proyecto de ley para promover la contratación formal de jóvenes desempleados e informales. En este caso, la propuesta fue más acotada, pues solo aplicaba para las empresas de hasta cincuenta (50) trabajadores: para el Ministerio la formalización debía ser fomentada mediante incentivos focalizados en los segmentos empresariales que sí lo requieren. Asimismo, no solamente se planteó el subsidio de los aportes al seguro social (EsSalud), sino también al sistema previsional (ONP o AFP) en la actualidad a cargo del trabajador.

Queda pendiente la presentación de esta última propuesta ante el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo (CNTPE) para recibir los aportes de gremios empresariales y centrales sindicales.

Con la emisión del Decreto Legislativo N° 1378 en agosto de 2018 se dispuso la creación del CERTIJOVEN. Se trata de un documento emitido por al MTPE, a solicitud del trabajador o su apoderado, que contiene información oficial sobre los datos de iden-

tidad, antecedentes policiales, penales y judiciales, educación (trayectoria educativa) y experiencia laboral de los beneficiarios. La norma expresamente indica que su objetivo es incrementar las oportunidades de inserción al mercado laboral formal de los jóvenes entre 18 y 29 años, mediante el otorgamiento, en un solo trámite, de toda la información requerida por los empleadores para facilitar su acceso a un puesto de trabajo, generando confianza en los empleadores sobre la veracidad de la información. De esta manera, la información que es acreditada por distintos órganos públicos como el RENIEC, Policía Nacional, INPE, Poder Judicial, SUNEDU, Ministerio de Educación y el MTPE en el marco de sus competencias, será puesta a disposición de los jóvenes trabajadores a partir de un procedimiento virtual gratuito y célere a fin de hacerlos más empleables y puedan acceder a mejores oportunidades en el mercado de trabajo.

La certificación de competencias laborales es un gran paso para la mejora de la empleabilidad, pero creemos que no garantiza necesariamente la mejora de la productividad de las empresas, elemento indispensable para que el pago de beneficios económicos no sea asociado con el concepto de costos laborales no salariales asumidos por el empleador. Para ello, es necesario generar más y mejores capacitaciones, por lo que resulta indispensable revalorizar la educación para el trabajo impartida en las instituciones técnicas.

En línea con lo anterior, la OCDE ha elaborado un Programa para la Evaluación Internacional de Competencias de Adultos (PIACC) a fin de evaluar las competencias cognitivas relacionadas con el mundo del trabajo para la población entre 16 y 65 años. Según la información consignada en la página de la OCDE (http://www.oecd.org/skills/evaluaciones-de-competencias/elementosprincipalesdelaevaluacionpiaac.htm) los principales elementos de evaluación de la prueba PIACC incluyen los siguientes ítems:
El Perú, en el marco del cumplimiento del Programa País, se ha mostrado algunos avances

Evaluación directa	• Comprención lectora • Capacidad de cálculo • Componentes de lectura • Resolución de problemas en ambientes informatizados
Módulo de uso de competencias	• Competencias cognitivas.- lectura, escritura, matemáticas y uso de las TIC's. • Competencias sociales. - colaboración, planificación, comunicación, negociación y contácto con el cliente • Competencias físicas.- uso de destrezas motoras • Competencias de aprendizaje.- coaching, aprendizaje formal/informal y actualización de competencias profesionales.
Cuetionario de contexto	• Características demográficas • Educación • Historial social lingüístico • Situaciín laboral y salarial • Uso de la TIC's, nivel de lectura y cálculo

en este punto. A la fecha, el MTPE ha generado la base de datos de la encuesta que se encuentra en proceso de preanálisis por parte de la OCDE para su posterior aplicación. Los resultados de este estudio serán muy importantes a fin de desarrollar políticas públicas que guíen la aplicación de una estrategia de competencias para generar empleabilidad y mejorar la productividad.

Para estar en línea con los lineamientos planteados por la OCDE se debe partir por interiorizar que un trabajador con mejores competencias en el mercado tiene mejores posibilidades de acceder a un empleo digno y negociar incrementos salariales, lo cual impacta significativamente en la mejora de su calidad de vida. En ese mismo sentido, el empleador al mejorar las competencias de su mano de obra y, por extensión, de su productividad, hace que se incrementen los incentivos a la contratación formal de trabajadores.

3. Sobre los recientes pronunciamientos judiciales que han planteado principios rectores en las relaciones de trabajo

Como se mencionó líneas arriba, los pronunciamientos del Poder Judicial no han pasado inadvertidos al momento de establecer principios rectores en las relaciones laborales actuales. Sin duda, se tratan de resoluciones que al constituirse en fuente de derecho impactan en el cumplimiento de los objetivos del Perú para su ingreso a la OCDE. En perspectiva, guían la actuación de los entes involucrados estableciendo parámetros para la gestión de las relaciones entre trabajadores y empleadores, como las que desarrollamos a continuación:

a) Establecen responsabilidad objetiva para el pago de indemnizaciones por daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

Mediante la Casación Laboral N° 4258-2016 se estableció, en calidad de precedente vinculante, la adecuada interpretación que habría hacerse al artículo 53° de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (LSST)[11]. Esta norma establece el deber de prevención del empleador en el marco del cumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Como es sabido, para imputar responsabilidad del empleador en caso de siniestros laborales se deben reunir los requisitos que la normativa civil exige: daño, conducta antijurídica, relación causal y factor de atribución. El artículo 53° antes citado, justamente delimita el factor de atribución estableciendo un régimen de responsabilidad cuya interpretación fue sustentada por la Corte Suprema de la siguiente manera:

> *"Probada la existencia del daño sufrido por el trabajador, a consecuencia de un accidente de trabajo, debe atribuirse el mismo al incumplimiento por el empleador de su deber de prevención, hecho que genera la obligación patronal de pagar a la víctima o sus derechohabientes una indemnización que será fijada por el juez conforme al artículo 1332° del Código Civil, salvo que las partes hubieran aportado pruebas documentales o periciales sobre el valor del mismo". (El énfasis es nuestro).*

En otras palabras, basta que se haya acreditado que el daño del trabajador fue generado como consecuencia de un accidente de tipo laboral para sindicar la responsabilidad directa del

11 "El incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. En el caso en que producto de la vía inspectiva se haya comprobado fehacientemente el daño al trabajador, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo determina el pago de la indemnización respectiva."

empleador: el dolo o la culpa en el incumplimiento de la obligación no son materia de análisis.

Los fundamentos de esta sentencia se tornaron aún más rígidos con la emisión de la Casación Laboral N° 3591-2016 DEL SANTA, en la que la Corte Suprema indicó que "todo suceso que se produzca durante la ejecución de las órdenes del empleador o durante la ejecución de una labor es un accidente de trabajo". En este caso, el deceso del trabajador se debió a un infarto agudo al miocardio (muerte natural) que se produjo en circunstancias en las que desarrollaba sus faenas de pesca.

La Corte concluyó que el causante –al momento de su muerte– se encontraba realizando labores habituales en cumplimiento a las órdenes impartidas por la empresa. Por ello, se consideró que la causa del siniestro fue consecuencia del incumplimiento del deber de prevención dispuesto en la LSST; es decir, no cumplió con deber de garantizar, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores.

Creemos que en este último pronunciamiento existió una confusión en los conceptos de relación causal y factor de atribución para imputar la responsabilidad.

Se debieron seguir tres líneas de análisis independientes: (i) La calificación del accidente (determinar si se trata un siniestro laboral o común); (ii) Si, calificando como accidente de trabajo, este es consecuencia directa e inmediata del incumplimiento de las obligaciones en SST por parte del empleador (por ejemplo, no haber brindado equipos de protección personal adecuados para mitigar el riesgo o no haber capacitado adecuadamente al trabajador); y, (iii) si en el marco de ese incumplimiento, existió dolo o culpa del empleador o del propio trabajador.

En este contexto, los magistrados supremos de la Primera y Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema se reunieron para uniformizar criterios en esta materia a través VI Pleno Jurisdiccional Laboral y Previsional 2017, en el que concluyeron lo siguiente:

> *"El empleador es el garante de la Seguridad y Salud en el Trabajo, por lo que siempre será responsable por cualquier evento dañoso que afecte la vida y seguridad del trabajador" (El énfasis es nuestro)*
> *Así, de manera categórica se estableció un régimen de responsabilidad objetiva al indicar que el único responsable del pago de la indemnización por daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo o enfermedad profesional siempre será el empleador. Con esta interpretación, poco podría importar que la exposición al riesgo haya sido ocasionada por el propio agente que sufrió el daño (el trabajador), pues la empresa tendría que asumir incluso el costo de esta negligencia.*

Pensemos en un trabajador que requiere ser adecuadamente capacitado para operar una máquina en el marco de las funciones propias de su cargo y falta a más de la mitad de las capacitaciones que la empresa le programa. El riesgo de que se materialice un accidente de trabajo es exponencialmente mayor al de un trabajador que asiste a todas las capacitaciones, pero es una situación creada por la propia negligencia de quien eventualmente padece el daño, por lo que mal se haría en trasladar el costo de ese comportamiento al empleador mediante un régimen de responsabilidad objetiva.

Además, un marco como el descrito va en contra del espíritu mismo del deber de pre-

vención desarrollado con mayor precisión en el artículo 94° del Reglamento de la LSST:

> *"Para efecto de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley, la imputación de la responsabilidad al empleador por incumplimiento de su deber de prevención requiere que se acredite que la causa determinante del daño es consecuencia directa de la labor desempeñada por el trabajador y del incumplimiento por parte del empleador de las normas de seguridad y salud en el trabajo" (El énfasis es nuestro)*

Somos de la opinión que el Poder Judicial, en este respecto, ha generado un clima de inseguridad jurídica al conminar al empleador –en palabras de Cossio Peralta– al cumplimiento de una obligación de resultados, toda vez que ha concluido que "la sola ocurrencia de una un accidente de trabajo ya presupone el incumplimiento del deber de prevención" (Cossio, 2018, p.181).

El criterio adoptado no solo supone un apartamiento deliberado al régimen de responsabilidad adoptado por nuestro sistema jurídico, sino que indirectamente exige a las empresas reducir los riesgos de sus actividades a cero para evitar el pago de cuantiosas indemnizaciones por daños. Ello, sin duda, es económicamente irrazonable.

b) Suspenden la aplicación de ceses colectivos por motivos económicos

El artículo 1° del Decreto Supremo N° 013-2014-TR define el concepto de situación económica aplicable al despido colectivo por motivos económicos. El segundo párrafo del mencionado artículo señala expresamente lo siguiente:

> *"La terminación colectiva de los contratos de trabajo por motivos económicos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 48 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR,* ***implica un deterioro de los ingresos, entendido como tal registrar tres trimestres consecutivos de resultados negativos en la utilidad operativa, o en una situación en la que de mantener la continuidad laboral del total de trabajadores implique pérdidas,*** *situación que será sustentada con el informe que, para tal efecto, elabore una empresa auditora autorizada por la Contraloría General de la República." (El énfasis es nuestro)*

Pues bien, la Octava Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el marco del proceso de acción popular seguido por el Sindicato de Trabajadores Mineros Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú contra el Ministerio de Trabajo, admitió una medida cautelar que suspende los efectos de la aplicación de la citada disposición.

En este proceso, el Colegiado indicó en su sentencia de vista que el ánimo de lucro de la empresa (no operar a pérdida) no puede llegar a justificar la extinción del vínculo laboral colectivamente:

"No es razonable afirmar que la creación de riqueza y bienestar social, en el contexto de inviabilidad empresarial, debe prevalecer frente al interés particular de los trabajadores afectados de conservar sus puestos de trabajo".

El caso actualmente está pendiente de elevación a la Corte Suprema, pero mientras no se resuelva en esa instancia no se

considerarán como requisitos de inviabilidad económico-financiera que justifiquen un cese colectivo el haber registrado resultados negativos por tres trimestres consecutivos en la utilidad operativa de la empresa (pérdidas acumuladas), ni el prever que se presentarán si se mantiene el volumen de la planilla (pérdidas futuras).

De esta manera, el Poder Judicial ha ordenado el apartamiento temporal de una norma plenamente vigente, otorgando mayor discrecionalidad al MTPE para evaluar los ceses colectivos por motivos económicos. Si bien la causal se mantendrá, lo cierto es que los parámetros objetivos que justificarían su aplicación han perdido vigencia y generan, al igual que en el pronunciamiento precedente, un clima de incertidumbre.

3. Conclusiones

Tenemos presente que el análisis legal de las principales políticas públicas implementadas en materia socio laboral no se agotan en este artículo. De hecho, por la limitada capacidad de las líneas, no se han abordado temas que han saltado a la palestra como la reducción de la brecha salarial de género mediante la dación de la Ley de Igualdad Salarial o los efectos de la libre disposición del 95.5% de los aportes previsionales de los trabajadores a las AFP. Esos y otros temas son igual de importantes para la consecución de los fines planteados en el Programa País en materia laboral, pero al tratarse de normas recientes e innovadoras podría ser muy apresurado juzgar el valor de las mismas sin tener resultados prácticos de su aplicación. A continuación, resumimos sucintamente las principales conclusiones a las que arribamos en este artículo:

1. El caso colombiano podría ser un muy buen referente para la consecución de los fines planteados por la OCDE. No solamente porque ha logrado alinear parte de sus políticas laborales ajustándose a un Plan de Acción coherente, sino porque además presenta un mercado laboral con características similares al Perú en cuanto a formalidad, productividad y empleabilidad respecta.

2. Retomar la discusión en torno a la RMV es justa y necesaria. Diferenciar los segmentos de mercado a nivel nacional y establecer sueldos mínimos diferenciados según tamaño de empresas, zonas del país y sector productivo debe ser la regla. De igual manera, se debe asegurar que su monto no sea superior al 50% del salario promedio en cada segmento, conforme a las recomendaciones de la OCDE.

3. Si la RMV en Perú es muy baja en comparación a otros países de la región, se ha de pensar en mecanismos alternativos que mejoren la productividad y competitividad laboral. Es acertado establecer un régimen especial de empleo juvenil sin recorte desmedido de beneficios económicos y con candados legales para su acogimiento, así como con subsidios para trabajadores y empleadores. Sin embargo, para garantizar la productividad de trabajadores, el Estado debería fortalecer las competencias técnicas y revalorar la educación para el trabajo mediante el otorgamiento de incentivos a las empresas que inviertan en ello. Las empresas deberían ser las más interesadas en mejorar las capacidades técnicas de su fuerza de trabajo, porque invertir en el trabajador es invertir en la productividad del negocio. La prueba PIACC implementada con los estándares de la OCDE es una ventana abierta para iniciar una reforma de competencias y habilidades que generen mayor productividad.

4. La protección de derechos laborales implica a las dos partes involucradas en la relación: trabajador y empleador. Una protección desmedida, irrazonable y apartada de los lineamientos que establece nuestro sistema jurídico sobre una de ellas también va en contra del equilibrio de derechos que reclama la propia Constitución. El Poder Judicial ha establecido criterios rectores rígidos que generan incertidumbre jurídica en dos aspectos laborales de importancia: (i) establece un régimen de responsabilidad objetiva en el pago de indemnización por daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; y, (ii) suspende la aplicación de los criterios objetivos que justifican el cese colectivo por motivos económicos, dejando su análisis a la discreción de la Autoridad del Trabajo. La jurisprudencia –tanto como una ley– es una poderosa herramienta que guía la actuación de los sujetos de derecho y gestiona las relaciones laborales, creando un clima que hacer depender las decisiones de inversión. No olvidemos que la inversión es, justamente, la fuente principal de trabajo y desarrollo en un país.

11 "El incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. En el caso en que producto de la vía inspectiva se haya comprobado fehacientemente el daño al trabajador, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo determina el pago de la indemnización respectiva."

Bibliografía

Art. 09

Apoyo Consultoría. (2015). *Propuesta para mejorar la política de salario mínimo en el Perú. Propuesta Política N° 4.* Recuperado de: https://www.apoyoconsultoria.com/media_apoyo/uploads/aportes/pp4_ac.pdf [Consulta: 10 de marzo de 2019]

Cavero, O. (2018). *¿Los empresarios preocupados por los jóvenes? Reforma Laboral, desaceleración y estrategia empresarial.* Recuperado de: http://www.desco.org.pe/recursos/site/files/CONTENIDO/1220/09_Cavero_PHj18.pdf [Consulta: 11 de marzo de 2019]

Centro de Desarrollo de la OCDE. (2016). *Estudio multidimensional del Perú Volumen 2. Análisis detallado y recomendaciones.* Recuperado de: https://www.oecd.org/dev/americas/RESUMEN_EJECUTIVO_MDCR_Peru.pdf (Consulta: 10 de marzo de 2019)

Cossio, A. (2018). *La responsabilidad civil del empleador por accidentes de trabajo en el Perú: Reflexiones para una impostergable reforma.* [VII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS)] Chiclayo: Universidad San Martin de Porres

Cuadros, F., & Quiñones, S. (2015). *Aportes al debate en torno a la remuneración mínima vital.* Revista, (1), 115–133.

El Plan de Acción Laboral suscrito entre Colombia y Estados Unidos (2011). Recuperado en: http://wsp.presidencia.gov.co/Especiales/2011/DocumentosTLC/PlanAccionEspa%C3%B1ol.pdf [Consulta: 10 de marzo de 2019]

Organización Resumen Latinoamericano (2018). *Colombia.*

Derechos laborales en la mira de la OCDE. Resumen Latinoamericano. Recuperado en: http://www.resumenlatinoamericano.org/2018/06/09/colombia-derechos-laborales-ahora-en-la-mira-de-la-ocde/ [Consulta: 10 de marzo de 2019]

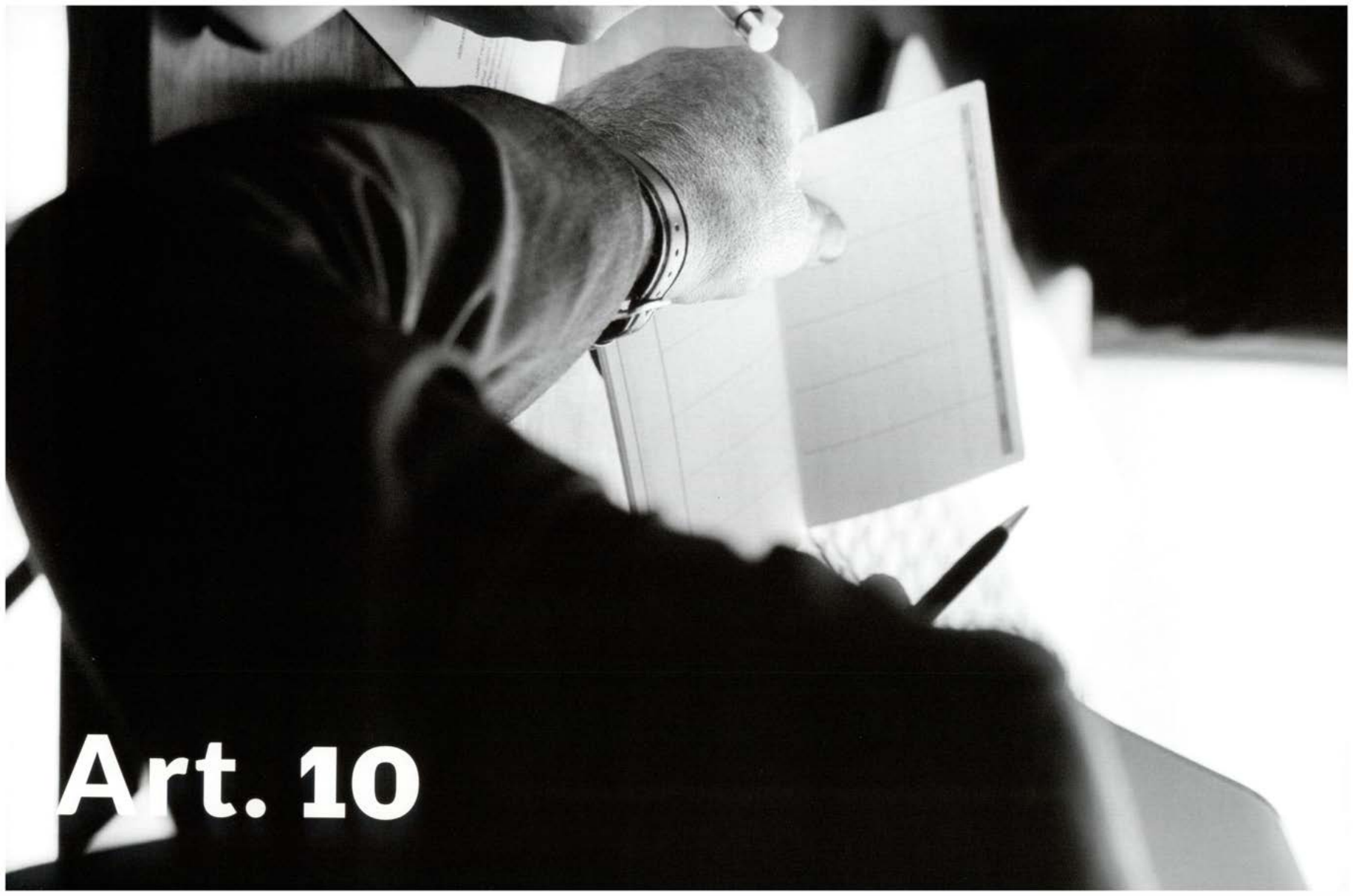
Saavedra, J. & De la Flor, L. (2018). *El reto de mejorar la política de salarios mínimos en el Perú. Revista Moneda del Banco Central de Reserva del Perú (BCRP), (175)*, 42-47. Recuperado de: http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-175/moneda-175-07.pdf [Consulta: 11 de marzo de 2019]

Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (2018). *Con 61.3% Colombia es el primer país del mundo con empleados autónomos*. Recuperado en: http://www.sela.org/es/prensa/servicio-informativo/2018/07/20180711/colombiaemprend/ [Consulta: 10 de marzo de 2019]

Red Latinoamericana de Investigaciones sobre Compañías Multinacionales (RedLat). (2015). *Trabajo decente en América Latina*. Recuperado de: http://www.redlat.net/site/wp-content/uploads/2016/04/trabajo_decente_america_latina.pdf [Consulta: 11 de marzo de 2019]

Naturaleza y alcances del netting a propósito de la casación n° 11823-2015-lima

Leandro García Valdez
Mauricio Alcedo Arana


Art. 10

NATURALEZA Y ALCANCES DEL *NETTING* A PROPÓSITO DE LA CASACIÓN N° 11823-2015-LIMA

LEANDRO GARCÍA VALDEZ
Bachiller en derecho y especialista en Derecho de la Construcción por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Especialista en Contrataciones del Estado por la Universidad ESAN. Miembro de NPG Abogados. Mención especial a mejor orador (2016) y miembro del equipo ganador (2015) de la Competencia Internacional de Arbitraje organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Bogotá. Miembro de Young International Arbitration Group y de International Council for Commercial Arbitration.

MAURICIO ALCEDO ARANA
Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) especializado en regulación financiera. Especialista Legal Corporativo de Cumplimiento Normativo en el Banco Pichincha. Docente adjunto del curso de Regulación Financiera y Derecho Financiero en la Facultad de Derecho y Finanzas de la UPC, respectivamente. Miembro fundador de la Asociación de Derecho del Consumidor Financiero (ADECOFI) y miembro del Consejo de Asesores del Grupo de Derecho Corporativo (GDC) de la Universidad Federico Villareal. Fue Analista Legal de Cumplimiento Normativo en el Banco Interamericano de Finanzas (BanBif) y miembro del Consejo Directivo del Comité de Cumplimiento Normativo de la Asociación de Bancos del Perú (ASBANC).

SUMARIO

1. Introducción. 2. El depósito bancario que contiene los haberes no tiene carácter remunerativo. 3. El netting es un mecanismo válido de extinción de obligaciones en el sistema financiero. 3.1 La compensación regulada en el Código Civil. 3.2 La llamada compensación bancaria (netting). 3.3. ¿Resultan aplicables las normas del Código Civil referidas a la compensación al caso del netting? 3.3.1. No son aplicables supletoriamente las normas del Código Civil al netting. 3.3.2. Sí son aplicables supletoriamente las normas del Código Civil al netting. 3.4. ¿Es válido aplicar el netting sobre la totalidad de la suma de dinero depositada en la cuenta bancaria, sin perjuicio que esta haya tenido como origen fáctico el pago de una remuneración? 4. Las remuneraciones no tienen carácter intangible. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE
Netting, depósito bancario, remuneraciones, compensación, crédito, obligaciones, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Corte Suprema.

1. Introducción

Mediante la Casación N° 11823-2015-Lima de fecha 4 de mayo de 2017, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema determinó que las remuneraciones depositadas en una cuenta de ahorros no pierden tal calidad, y, por tanto, al ser inembargables hasta el monto de 5 URP, conforme lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 648° del Código Procesal Civil, se encuentra prohibida su compensación en el tenor de lo previsto en el artículo 1290° del Código Civil[1].

En el presente artículo cuestionaremos el criterio adoptado por la Corte Suprema a partir de los siguientes fundamentos.

2. El depósito bancario que contiene los haberes no tiene carácter remunerativo

La Corte Suprema no ha considerado que la remuneración desde el momento que ingresa a una cuenta bancaria pierde dicha calidad, toda vez que cualquier suma de dinero que recibe la entidad financiera como consecuencia de un contrato de depósito[2] constituye un depósito irregular[3] debido a las siguientes razones:

a) El carácter remunerativo de una suma de dinero se deriva del derecho de crédito que tiene un trabajador respecto su empleador en el contexto de un contrato de trabajo. En tal sentido, los efectos jurídicos generados por dicho contrato no pueden ser extensivos a otras relaciones jurídicas como el caso del contrato de depósito bancario.

De lo contrario se estaría vulnerando el principio de relatividad de los contratos regulado en el artículo 1363° del Código Civil[4], ya que los efectos del contrato laboral no pueden impedir o limitar a un tercero (entidad bancaria) que ejerza una facultad (a compensar) derivada de otro contrato (depósito bancario).

b) Si bien un depósito bancario puede tener una motivación de carácter laboral ya que es usual que los trabajadores abran una cuenta bancaria (denominada por fines comerciales "cuenta sueldo") para que sus empleadores les depositen sus remuneraciones, ello no implica que exista una subordinación o vinculación entre el contrato de depósito bancario y el contrato laboral, en vista que el primero es un contrato autónomo e independiente, es decir, no requiere de otro contrato para existir ni desplegar sus efectos jurídicos.

Por otro lado, la denominación "cuenta sueldo" tampoco implica aceptar el carácter remunerativo de la suma de dinero depositada en la cuenta bancaria, ya que constituye uno de los bienes materia de las prestaciones del contrato de depósito bancario. Por lo que, en este caso resultaría aplicable el principio de la irrelevancia del nomen iuris el cual señala que las cosas son tal y como son y no tal como las partes aseguran que son (Torres, 2016).

---

1 Esta posición ha sido replicada por la Casación N° 18161-2015 de fecha 31 de julio de 2018.

2 El depósito bancario "(...) es el contrato por el cual el banco recibe del cliente una suma de dinero, de la cual puede disponer libremente, obligándose a restituir del mismo género y cantidad, en el plazo convenido. Los depósitos pueden ser a plazo fijo o a la vista. En el primer caso, el banco remunera al cliente con intereses por el plazo de la colocación. En los depósitos a la vista, en general, se paga poco interés." (Blossiers, 2013, p. 43)

3 Según la doctrina "(...) se trata de un depósito mercantil en que la obligación de custodia, cuando se trata de estas cosas fungibles, consumibles, queda cumplida por la conservación de otro tanto de la misma especie y calidad de la cosa depositada". (Blossiers, 2013, p. 45)

4 Roppo afirma que el principio de relatividad implica que el contrato: (i) No puede imponer obligaciones a los terceros; (ii) No puede sustraer al tercero sus derechos; (iii) No puede impedir al tercero adquirir un derecho. (Roppo, 2009)

En ese mismo sentido, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, mediante Oficio N° 34376-2009-SBS refiere que las remuneraciones o pensiones percibidas por los trabajadores, cesantes y jubilados según corresponda, pierden dicho carácter al momento de transferirse a una cuenta bancaria, pasando a convertirse en un depósito irregular como los demás existentes en la empresa depositaria, (cuentas corrientes, cuentas de ahorro, etc.).

Asimismo, Castellares refiere que:

"En todos estos casos la remuneración deja de ser tal, y se convierte en un bien o en un derecho distinto de la remuneración. Así, (...) deja de ser remuneración y se convierte en un derecho de crédito respecto del prestatario o respecto del banco depositario; (...)" (Castellares, 2010, p.371)

Por su parte, Ezcurra y Valencia- Dongo señalan que:

> **"El carácter remunerativo atribuible a una cantidad de dinero, existe y se mantiene mientras se trata de un derecho de "crédito" del trabajador frente al empleador. Entonces, cuando el empleador paga al trabajador su remuneración por medio de depósito en la cuenta bancaria que este le indique desaparece el crédito que el empleador tenía con el trabajador, pues el mismo es cancelado mediante el depósito en cuenta."(Ezcurra y Valencia-Dongo, 2011, p. 53)**

En consecuencia, desde el momento que el empleador cumple con el pago de la remuneración, la obligación que daba origen al derecho de crédito del trabajador se extingue y, por ende, su carácter remunerativo desaparece. De esa manera, la suma de dinero que ha ingresado al patrimonio del titular de la cuenta bancaria únicamente se encuentra irradiado por los efectos propios del contrato de depósito bancario.

3. El netting es un mecanismo válido de extinción de obligaciones en el sistema financiero

Antes de asumir nuestra postura, revisaremos la regulación general y especial de la compensación.

3.1. La compensación regulada en el Código Civil

La compensación es uno de los modos de extinción de obligaciones regulados en el Código Civil. El artículo 1288° regula la compensación legal, a través de la cual "(...) se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuesta la una a la otra."

Es decir, para que opere es necesario la concurrencia de los requisitos antes señalados. Así, no será posible compensar dos obligaciones de distinta naturaleza, como la de dar (una suma de dinero) y la de hacer (un servicio) en los términos del artículo 1288° del Código Civil.

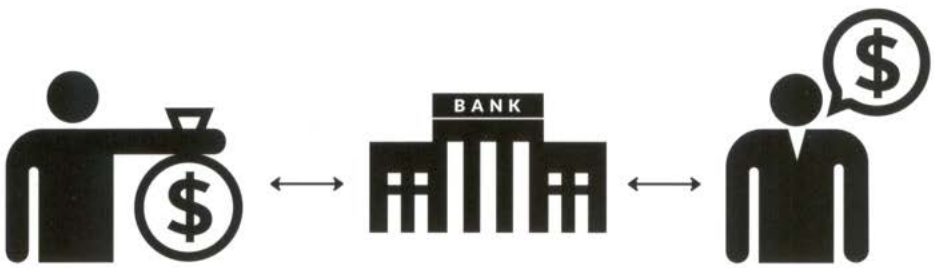
De otro lado, el artículo 1289° del Código Civil regula la compensación convencional, la cual tiene fuente contractual y no requiere la concurrencia de los requisitos previstos para la compensación legal[5]. Por lo que, siguiendo ejemplo anterior, a través de esta compensación si será posible compensar obligaciones de distinta naturaleza, una de dar (una suma de dinero) con una de hacer (un servicio).

En términos económicos, la compensación es un mecanismo eficiente que permite dinamizar las operaciones comerciales. Dado que, como afirman Colin y Capitant:

"(...) evita un doble pago, una doble entrega de capitales y simplifica de este modo las relaciones del acreedor y del deudor. (...) Pero la compensación no sólo tiene esta ventaja económica de simplificar las relaciones de ambas partes; cumple otra misión que es la de asegurar la igualdad entre ellas. En efecto, si una de las partes pagase efectivamente, sin esperar ser pagada por la otra, tendría que temer la insolvencia del accipiens, que podría disipar los fondos que había recibido y no pagar." (Colin y Capitant, 1924, p. 218)

3.2. La llamada compensación bancaria *(Netting)*

Para analizar la naturaleza jurídica del mecanismo de compensación que tienen las empresas del sistema financiero en base a lo previsto en el numeral 11 del artículo 132[6] de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, es necesario entender la dinámica de la intermediación financiera, la cual se define como el proceso en donde una entidad financiera capta fondos de un agente superavitario para colocar los mismos en un agente deficitario, conforme se aprecia en el siguiente gráfico.



Agente Superativo

Entidad Financiera capta fondos del público y paga una tasa de interés pasiva al agente superavitario.

Agente Deficitario

Entidad Financiera coloca los fondos del público y cobra una tasa de interés activa al agente deficitario.

Figura 1: Intermediación financiera. Fuente: Elaboración propia

---

6 Artículo 132.- Formas de Atenuar los Riesgos para el Ahorrista
En aplicación del artículo 87 de la Constitución Política, son formas mediante las cuales se procura, adicionalmente la atenuación de los riesgos para el ahorrista:
(...)
11. El derecho de compensación de las empresas entre sus acreencias y los activos del deudor que mantenga en su poder, hasta por el monto de aquellas, devolviendo a la masa del deudor el exceso resultante, si hubiere. No serán objeto de compensación los activos legal o contractualmente declarados intangibles o excluidos de este derecho.

Debido a que las empresas del sistema financiero administran recursos tan sensibles como son los fondos depositados por los ahorristas, acertadamente el artículo 87° de la Constitución señala que: "El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía (...)".

Al respecto, Merino afirma que: "El mencionado artículo 87° de la Constitución del Perú contiene la protección estatal al ahorro, por cuanto se reconoce la importancia que éste tiene dentro de todo proceso económico. La tutela al ahorro nacional es, a todas luces, una exigencia imprescindible para cualquier Estado, pues éste constituye la piedra angular sobre la que debe sustentarse todo proyecto de desarrollo que pretenda tener estabilidad. (...)" (Merino, 1997, p. 3)

Por lo que, considerando que el ahorrista cumple un rol fundamental como agente superavitario en la dinámica de la intermediación financiera, nuestro marco jurídico ha establecido una serie de mecanismos aplicables por las entidades del sistema financiero que guardan relación directa con lo establecido en el artículo 87 de la Constitución, justamente con la finalidad de tutelar adecuadamente los ahorros.

> En tal sentido, los mecanismos previstos en el artículo 132° de la Ley N° 26702 (como es el caso del Netting) tienen como función específica la de coadyuvar a la protección del ahorrista. Sobre ello, Merino refiere que: **"(...) se consideran formas adicionales a la protección de ahorro y, por ende, medidas que pretenden atenuar los riesgos del manejo de recurso ajenos por parte de las empresas del sistema financiero. Estas formas adicionales de prevención y protección al ahorro constituyen principios que serán desarrollados por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP en su labor permanente de supervisión o directrices sobre las que las empresas supervisadas sustentan su actividad." (Merino, 1997, p.5).**

Por su parte, Rubio, acerca del artículo 132° de la Ley N° 26702, indica que: "Los incisos 6 al 12 tienen que ver con derechos preferenciales de cobro de sus créditos que tienen las empresas que trabajan con ahorros de público. Con estas preferencias estarán en posición privilegiada para recobrar su patrimonio de deudores morosos o en incapacidad de pago y, con ello, se beneficiarán los ahorristas que no verán mermado el capital y los recursos líquidos por una mala estructura jurídica en relación a la ejecución y cobro de las garantías de la institución de ahorro." (Rubio, 1999, p. 500)

Por tales motivos, el Netting constituye un mecanismo válido y necesario para la protección del ahorro conforme el artículo 87° de la Constitución.

Ahora bien, ¿qué se entiende por Netting? La Ley N° 26702 lo define como "el derecho de compensación de las empresas entre sus acreencias y los activos del deudor que mantenga en su poder, hasta por el monto de aquellas, devolviendo a la masa del deudor el exceso resultante, si hubiere".

En consecuencia, el *Netting* presupone la existencia de los siguientes aspectos:

a) De una deuda del cliente producto de una colocación realizada por la entidad financiera (cliente en calidad de agente deficitario y entidad financiera en calidad de acreedor de la deuda).

b) De fondos de dicho cliente en la entidad financiera (cliente en calidad de agente superavitario y entidad financiera como sujeto obligado a la devolución de los fondos del cliente).

3.3. ¿Resultan aplicables las normas del Código Civil referidas a la compensación al caso del Netting?

Sobre este punto encontramos dos posiciones las cuales las desarrollaremos a continuación:

3.3.1. No son aplicables supletoriamente las normas del Código Civil al *Netting*

Esta postura afirma que, a diferencia de la compensación civil, el Netting tiene características especiales, empezando porque se trata de una operación estrictamente en el marco de la dinámica bancaria. No hay que perder de vista que la finalidad de esta "compensación" es proteger al ahorrista como habíamos señalado anteriormente, pues las colocaciones efectuadas a favor del cliente que se considera deudor de la entidad financiera se realizan con los fondos depositados de diferentes ahorristas.

Al respecto, Merino señala que el *Netting*: "(...) es una forma rápida de recuperar colocaciones por parte de las empresas, por cuanto si no es aceptado se produciría el contrasentido de que tendría que devolver bienes a su deudor y luego iniciar contra él acciones judiciales para recuperar los créditos que se encuentren impagos. En su lugar, la ley establece un mecanismo de compensación automática, reduciendo los costos que demandará esta doble actividad." (Merino, 1997, p. 15)

Por lo tanto,

el *Netting* le permite a la entidad financiera recuperar rápidamente sus acreencias, evitando que se afecten los fondos o recursos depositados pertenecientes a los ahorristas.

Si bien el Netting es una facultad legal que poseen las entidades financieras, nada impide que puedan pactar libremente en sus contratos de crédito con sus clientes la aplicación del Netting cuando corresponda.

En consecuencia, para esta postura no es posible aplicar supletoriamente las reglas de la compensación civil al Netting, ya sea a la potestad regulada en la Ley N° 26702 o al pactado por las partes en el contrato de depósito bancario debido a la diferencia existente entre las naturalezas jurídicas de ambos mecanismos, conforme el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil[7].

3.3.2. Sí son aplicables supletoriamente las normas del Código Civil al *Netting*

Uno de los mayores problemas de la posición anterior radica en que la regulación especial (Ley N° 26702) del Netting no regula una serie de supuestos necesarios para su aplicación, por lo que obliga al intérprete a recurrir a otros cuerpos legales para aplicar supletoriamente sus reglas jurídicas. Este es el caso del inciso 11 del artículo 132° de la Ley N° 26702 el cual indica: "(...) No serán objeto de compensación los activos legal o contractualmente declarados intangibles o excluidos de este derecho."

Para fines del presente acápite nos cen-

7 Artículo IX: "Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza."

traeremos en el supuesto: "excluidos de este derecho". A partir de dicho enunciado podemos colegir dos reglas:

a) No serán objeto de compensación los activos excluidos legalmente de este derecho.

b) No serán objeto de compensación los activos excluidos contractualmente de este derecho.

De la revisión total de la Ley N° 26702 se observa que no existe ningún artículo que regule los supuestos que excluyen legalmente el *Netting*. Por lo que, si partiésemos de la posición que niega la aplicación supletoria de otros cuerpos normativos, ese supuesto de hecho sería inaplicable.

Por otro lado, seguir dicha posición sería desconocer lo que la misma Ley N° 26702 ha señalado en su artículo 4°: "Las disposiciones de derecho mercantil y de derecho común, así como los usos y prácticas comerciales, son de aplicación supletoria a las empresas"

En vista que no hay norma aplicable en el Código del Comercio (derecho mercantil) es necesario recurrir al derecho común. Según Espinoza: "Por derecho común se entienden las "normas que, siendo de derecho privado, se refieren a la generalidad de las personas, de los bienes y, por ende, de las relaciones jurídicas." Se agrega que "el derecho común está contenido en el Código Civil (...)" (Espinoza, 2005, pp. 452-453)

En tal sentido, resulta válido recurrir al derecho civil, más aún cuando en el caso de los derechos especiales, como es el financiero y bancario (regulados por la Ley N° 26702),

> **"(...) no tienen completa autonomía ni pueden por sí solos resolver los problemas vinculados con las relaciones específicas que cada uno regula, pues los principios básicos o elementos esenciales de todas las relaciones jurídicas se hallan, como no puede ser de otro modo, en el Derecho Civil" (Espinoza, 2005, p. 453).**

Más aún cuando el mismo Código Civil, en su artículo IX refiere que sus disposiciones se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

Ahora bien, ¿son compatibles las disposiciones de la compensación reguladas en el Código Civil (en específico, la convencional) con las de la Ley N° 26702? Definitivamente, por las siguientes razones:

a) Son medios extintivos de obligaciones. Siguiendo la denominación de la doctrina, ambas son compensaciones facultativas[8].

b) Nacen por el consentimiento de las partes.

c) Tienen la misma finalidad económica, pues en ambos constituyen modos de cobro rápido y reducen el riesgo de incobrabilidad por parte del deudor.

Por tales razones, esta postura refiere que para saber cuáles son los derechos excluidos del Netting se tiene que recurrir al artículo 1290° del Código Civil, el

8 Según Bigliazzi- Geri y otros: "En caso de mediar acuerdo contractual de las partes para que sólo una de ellas (y no la otra) tenga la "facultad" de oponer la compensación, se habla en la doctrina, de compensación facultativa." (Bigliazzi- Geri y otros, 2007, p. 287).

cual señala: "Se prohíbe compensación: 1.- En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado. 2.- En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato. 3.- Del crédito inembargable. 4.- Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley."

En consecuencia, las normas del Código Civil (en específico, las de la compensación) son aplicables supletoriamente al Netting, conforme el artículo 4° de la Ley N° 26702 y del artículo IX del Código Civil.

3.4.¿Es válido aplicar el *Netting* sobre la totalidad de la suma de dinero depositada en la cuenta bancaria, sin perjuicio que esta haya tenido como origen fáctico el pago de una remuneración?

Somos de la opinión que sí es válido sea la postura que asumamos, conforme se aprecia a continuación:

a) Asumiendo la primera postura, al no aplicarse supletoriamente del Código Civil y en vista que la Ley N° 26702 no establece ningún supuesto de prohibición expreso sería válido compensar la totalidad.

b) Asumiendo la segunda postura, también sería posible compensar, ya que el depósito bancario (remuneración) desde el momento que ingresa a la cuenta del ahorrista pierde dicha calidad y constituye un depósito irregular. Por lo que, no se encuentra dentro de los supuestos de prohibición del artículo 1290° del Código Civil.

4. Las remuneraciones no tienen carácter intangible

Cabe precisar que este análisis parte de la errónea premisa arribada por la Corte Suprema al considerar que el depósito bancario tiene carácter remunerativo y que además de ser un bien inembargable también es uno intangible. Para ello interpreta sistemáticamente:

a) Numeral 3 del artículo 1290°: "Se prohíbe la compensación: (...) 3. Del crédito inembargable."

b) Numeral 6 del artículo 648° del Código Procesal Civil: "Son inembargables: (...) Las remuneraciones (...), cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte."

En ese sentido, la Corte Suprema concluye que es: "(...) evidente que si el ordenamiento jurídico atribuye a un determinado bien y/o derecho (como la remuneración) el carácter de inembargable la premisa necesaria que se extrae de dicha regulación es su naturaleza intangible, es decir, no puede ser afectado por ninguna persona o autoridad judicial inclusive, salvo excepciones de ley.". Finalmente, la Corte Suprema ratifica su posición citando las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 03453-2003-AA/TC y 0691-2004-AA/TC, las mismas que no constituyen precedente vinculante.

A nuestro juicio,

> **la Corte Suprema yerra al asumir como sinónimos los términos "inembargabilidad" e "intangibilidad". En vista que el primero se deriva de la medida cautelar específica denominada embargo, la que consiste, conforme el artículo 642° del Código Procesal Civil, "**

(...) en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley."

En cambio, la intangibilidad parte de la premisa que el bien o crédito se encuentra fuera de la libre disposición, tanto del titular como de un tercero. A ello, agrega Ríos citando a Castellares que:

"Un bien calificado legalmente como intangible no puede ser donado, embargado, rematado, afectado en garantía, cedido, afectado con medidas judiciales o administrativas, dispuesto o destinado para cualquier otro fin que no sea cumplir el dispuesto por la ley, bajo responsabilidad de quien contravenga o no observe esta intangibilidad para fines ajenos a su destino." (Rios, 2012, p. 122)

Desde la perspectiva del análisis económico, la Corte Suprema atribuyó a la cuenta bancaria continente de la remuneración una regla de inalienabilidad

"(...) en el sentido que su transferencia no es permitida entre un comprador que la desea y un vendedor dispuesto a cederla. El Estado interviene aquí no solo para determinar quién está inicialmente titulado y fijar la compensación que debe ser pagada si la titularidad es tomada o destruida, sino también para prohibir su venta bajo ciertas o todas las circunstancias." (Calabresi y Melamed, 1992, p.65)

Un ejemplo de bien intangible son los depósitos de la compensación por tiempo de servicios, ya que el artículo 37° del Decreto Supremo N° 001-97-TR, TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios indica expresamente que son "intangibles e inembargables". Como se aprecia, la misma norma distingue ambos conceptos, por lo que yerra la Corte Suprema al equipararlos en tanto tienen ámbitos de aplicación diferente.

Por tal razón, jurisprudencialmente la Corte Suprema pretende otorgarles a las remuneraciones el carácter de intangible cuando no existe ninguna norma que respalde dicha calificación. Peor aún, si siguiésemos el camino interpretativo de la cuestionada Casación se estaría permitiendo la aplicación analógica de la calificación "intangible" del depósito por compensación por tiempos de servicios a las remuneraciones.

En otras palabras, se estaría restringiendo la facultad de disposición de los titulares sobre sus remuneraciones cuando no existe ninguna norma que les otorga la calidad de "intangibles". En tal sentido,

> **la Corte Suprema está interpretando analógicamente, in malam partem, normas que restringen derechos, situación que está proscrita por el numeral 9 del artículo 139° de la Constitución[9].**

Más aun cuando el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 728 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral reconoce la libre disponibilidad de la remuneración al indicar que: "Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación, siempre que sean de su libre disposición." Por lo tanto, es un contrasentido otorgarle jurisprudencialmente la calidad de intangible cuando la misma norma parte de la premisa de su libre disponibilidad.

5. Conclusiones

a) El carácter remunerativo de una suma de dinero está circunscrito a la relación laboral entre un trabajador y un em-

9 Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(...)
9.- El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.

pleador. Por lo que, desde el momento que dicho bien es utilizado como objeto de la prestación de otra relación jurídica pierde dicha calidad, tal como ocurre en el caso del depósito bancario.

b) El contrato de depósito no tiene ninguna subordinación ni vinculación jurídica con el contrato laboral, sin perjuicio que en términos prácticos este último pudo motivar a una persona natural a celebrar el contrato de depósito bancario con una entidad financiera. La relación de hecho en modo alguno puede interpretarse como relación de derecho.

c) Es posible aplicar el Netting a la totalidad de la suma de dinero depositada en la cuenta bancaria del agente superavitario, sin perjuicio que en términos prácticos haya tenido como origen el pago de su remuneración, en tanto desde el momento que dicho bien ingresa a la cuenta bancaria constituye un depósito irregular, el cual no se encuentra dentro de los supuestos de prohibición para compensar regulados en el artículo 1290° del Código Civil.

d) La remuneración es un bien inembargable más no intangible pues no existe ninguna norma jurídica que le atribuya dicha calidad, por lo que la Corte Suprema no puede vía Casación (jurisprudencialmente) regular positivamente (crear un supuesto de hecho) pues ello es ajeno a sus atribuciones.

e) Asumir como válida la integración analógica de la regla de intangibilidad de la Compensación por Tiempos de Servicios (regulada expresamente) a la remuneración implicaría contravenir el numeral 9 del artículo 139° de la Constitución.

ESTUDIO MÁRQUEZ
& ABOGADOS ASOCIADOS

Bibliografía

Art. 10

Bigliazzi- Geri, L. y otros. (2007). *Causas extintivas de la relación obligatoria distintas del cumplimiento.* En L. León (Ed.), Derecho de las relaciones obligatorias: lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios (pp. 100-287). Lima: Jurista.

Blossiers, J. (2013). *Manual de Derecho Bancario.* Lima: Legales Ediciones.

Castellares, R. (2010). *El derecho de compensación de los bancos y la inembargabilidad de las remuneraciones. En Dialogo con la Jurisprudencia N° 139, Año 15 (p. 371).* Lima: Gaceta Jurídica,

Calabresi, G. y Melamed, D. (1992). *Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad e inalienabilidad: Un vistazo a la Catedral.* Revista Themis (21).

Colin, A., & Capitant, H. (1924). *Curso elemental de Derecho Civil.* [Tomo 3]. Madrid: Reus.

Crovetto, J. (2004). *Comentario al artículo 1299 del Código Civil. En: Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas* [Tomo IX]. Lima: Gaceta Jurídica.

Espinoza, J. (2005). *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984.* Lima: PUCP.

Ezcurra, H., & Valencia – Dongo, A. (2011). *¿Es posible la compensación bancaria en cuentas de haberes? ¿Quién gana y quién pierde con la decisión de INDECOPI?* Revista del Círculo de Derecho Administrativo (10).

Merino, F. (1997). *La Protección al Ahorro.* Revista Themis, 35.

Osterling, F., & Castillo, M. (2005). *Tratado de las obligaciones.* 2ª ed. [Vol. IV]. Lima: Thomson Reuters.

Ríos, C. (2012). *Restricciones al Netting bancario: comentarios a un singular pronunciamiento y su especial incidencia en la facultad de disposición de la remuneración.* Revista Ita Ius Esto, VI-MMX.

Roppo, V. (2009). *El Contrato.* Lima: Gaceta Jurídica, p. 528.

Rubio, M. (1999) *Estudio de la Constitución Política de 1993.* [Tomo III]. Lima: PUCP, p. 500.

Torres, M. (2016) *La irrelevancia del nomen iuris en la práctica contractual.* Actualidad Jurídica, 271, p. 117

La suficiencia de la remuneración minima vital como una característica ajena a su definición económica

Marino Aguirre Aguirre


Art. 11

LA SUFICIENCIA DE LA REMUNERACIÓN MINIMA VITAL COMO UNA CARACTERÍSTICA AJENA A SU DEFINICIÓN ECONÓMICA

SUMARIO

1. Introducción. 2. La RM desde el punto de vista de la economía y el derecho. Del precio mínimo a la subsistencia mínima del trabajador. 2.1 La RM desde la orilla de la economía. Un precio mínimo o una barrera de acceso al mercado de trabajo. 2.1.1 Definición y valor del salario en el mercado de trabajo. 2.1.2 La Remuneración Mínima como precio mínimo del trabajo. Efectos en el mercado de trabajo. 2.2 Sentido de la RM desde el derecho y especialmente herramienta de como protección social del trabajador. 2.2.1 La RM como mecanismo de equidad social según la Organización Internacional del Trabajo. 2.2.2 Evolución normativa de la RM en el ordenamiento peruano. 3. Hacia una conciliación de las definiciones brindadas por la economía y el derecho para la determinación de la RM.

MARINO AGUIRRE[1]

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios de especialización en la Universidad de Sevilla y el Instituto Europeo de Relaciones Industriales. Diploma Internacional de Gestión de Recursos Humanos por CENTRUM Católica del Perú y EADA de Barcelona.

PALABRAS CLAVE

Remuneración mínima, trabajador, mercado de trabajo, Organización Internacional del Trabajo, Constitución Política del Perú de 1993, derechos constitucionales, costos salariales.

1 "Porque nadie sabe lo que tú me has dado, porque yo no olvido que nunca dudaste de mí, y eres mi vida, sin ti no sería, y hoy eres la misma, y así como eres te voy a querer" (Fonseca). A mis padres por enseñarme a soñar y trabajar por mis sueños. A Claudia y Juan por darme el regalo de Nicolas, que me enseña que "el tiempo pasa rápido, que el buen recuerdo puede doler, pero has venido a recordarnos que no es tan malo crecer". A CAMCH.

> "... es un error capital teorizar antes de tener dato. Sin darse cuenta, uno empieza a manipular los hechos para que se ajusten a las teorías, el lugar de ajustar las teorías a los hechos ..."
>
> **(Sir Arthur Conan Doyle. Escándalo en Bohemia)**

1. Introducción

La Remuneración Mínima ("RM") es un derecho que se encuentra reconocido en el Artículo 24° de la Constitución Política del Perú cuando establece que:

> "El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. (...) Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores."

Podemos apreciar claramente que la norma constitucional no realiza una definición de la RM y sólo señala que ésta será regulada en forma conjunta por el Estado, con la participación de los empleados y trabajadores, siendo sus principales características la "equidad y suficiencia" para el trabajador; por lo que es correcto afirmar, inicialmente, que el principal objetivo de la RM es proveer de un ingreso suficiente para que el trabajador y su familia puedan acceder a unas condiciones de vida mínimas que asegure su dignidad.

Sin embargo, los fundamentos para la existencia de una RM, la forma de su cuantificación, su aplicación general o restringida o, incluso, sus efectos en el mercado de trabajo son respuestas que escapan del ámbito jurídico, y que pertenecen íntegramente al de la economía, siendo ello necesario para la toma de decisiones y elaboración de las políticas públicas. De esta manera, lo señalado en el Artículo 24° de la Constitución Política solo es un aspecto de la RM que necesita de un aporte de la economía para que se entienda lo que realmente significa su aplicación y su impacto en la sociedad, de esta manera la discusión sobre su aplicación no se encuentre sesgada de apasionamientos ideológicos, sino también se aprecie los efectos prácticos de la medida[2].

El presente artículo pretende resaltar, a grandes rasgos, la importancia de los aspectos jurídicos, económicos y de política pública, para entender qué implica el establecimiento de una RM, sus efectos en el mercado de trabajo y sus formas de aplicación.

2. La RM desde el punto de vista de la economía y el derecho. Del precio mínimo a la subsistencia mínima del trabajador

Una de las situaciones más comunes cuando dos disciplinas estudian un mismo objeto se encuentra relacionada con la posibilidad de que sus definiciones pudieran verse enfrentadas entre sí, de forma casi irreconciliable. Sin embargo, ello sólo podría ser cierto si no se tiene en cuenta los principios, funda-

2 El 7 de agosto del 2018, el entonces Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, Christian Sánchez, señaló que "La fórmula para la revisión del aumento de la remuneración mínima vital está consensuada y se basa en dos factores: la inflación y la productividad. En adelante la Remuneración Mínima Vital se revisará vía dicha fórmula técnica y no con discrecionalidad política", siendo ésta la fórmula que se aceptó en el Consejo Nacional del Trabajo en el año 2007. Como se aprecia, se toma en consideración el factor productividad para la determinación de la Remuneración Mínima Vital, a pesar de que no es señalada en la Constitución Política del Perú como una de sus características.

mentos y objeto de cada una de las disciplinas. Esto sucede en el caso de la RM cuando es el objeto de estudio entre la economía y el derecho, cada una de estas disciplinas no solo llegan a definiciones aparentemente distintas, sino que resaltan funciones distintas para ella. Entonces se formula válidamente la pregunta de si alguna de las dos disciplinas se encuentra erradas o, como es mi posición, cada una encuentra validez y coherencia dentro del sistema para el cual es definida.

Ahora bien, el siguiente paso sería encontrar una forma de coordinar dichas definiciones para encontrarles un sentido práctico en la realidad, a fin de encontrarle una funcionalidad a las necesidades del mercado del trabajo. En el presente apartado partiremos de la definición económica de la RM, para luego pasar a la definición jurídica y, poder establecer un sentido lógico y coherente con ambas que ayuden a enriquecerse entre sí.

2.1. La RM desde la orilla de la economía. Un precio mínimo o una barrera de acceso al mercado de trabajo

2.1.1. Definición y valor del salario en el mercado de trabajo

La remuneración o salario, desde el punto de vista de la economía, es el precio que los empleadores pagan al trabajador por el servicio que realizan. Como cualquier bien del mercado, la RM se encuentra bajo la influencia de la oferta y de la demanda, siendo esta última definida como "derivada":

> "(...) la demanda de un factor de producción es una demanda derivada. Es decir, la demanda de un factor de producción por parte de una empresa se deriva de su decisión de ofrecer un bien en otro mercado (...)". (Mankiw, 2000, p. 244).

Esto se debe a que, a diferencia de otros bienes en el mercado,

el trabajo no es un bien final en sí mismo, sino un factor de producción que permite la producción de los bienes o realización de los servicios que el empresario luego ofrecerá en el mercado.

Lo anterior es importante de tener en cuenta, porque tal y como lo señala Gregory Mankiw (2000), el precio del trabajo dependerá de la productividad que éste le pueda generar al empleador en la producción de un bien adicional o de los servicios que ofrecerá en el mercado, y que se encuentra representado en el "valor del producto marginal del trabajo", que es el producto marginal, multiplicado por el precio de dicho producto. En palabras simples,

el valor del salario se encontrará determinado por los beneficios que le traiga al empleador el trabajo que realiza el trabajador, como parte de sus factores de producción;

así, sin rentabilidad de por medio, la contratación de un trabajador no tiene sentido.

Pongamos un ejemplo. Cuando llegó el internet al país y comenzaron en abrirse las primeras cabinas públicas que ofrecían el servicio de navegación por hora, el dueño de estas tenía una necesidad de contar con un trabajador que conociera como administrar este nuevo servicio y, de ser el caso, darles la asesoría necesaria a los clientes. No cabe duda de que este negocio era muy rentable al inicio, pero con la masificación de las cabinas de internet, en un inicio, y luego con el acceso ilimitado

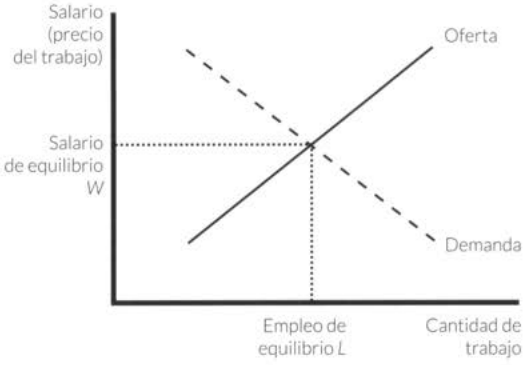
de cada persona a dicho servicio, no sólo poner un negocio de cabinas de internet sería casi absurdo, sino, que, de hacerlo, sería poco rentable, por lo que los dueños ya no contratarían a ningún trabajador "especializado" en este sistema porque ya no genera un valor que lo diferencia. Siendo ello así, o no contrata a un trabajador para dicha labor o lo hace por un salario cuyo valor será menor al beneficio que su trabajo le pueda proveer. En ese contexto, es claro que el valor del trabajo de esta clase de trabajadores se ha visto reducido por la poca ganancia que le puede redituar el empleador, es decir, al dueño de la cabina.

La productividad (representada en la ecuación Productividad = Producto Marginal X Precio del Producto/Servicio) será el criterio que determinará el valor del trabajo o, mejor dicho, su precio, el cual será conocido en el ámbito laboral como salario o remuneración. De acuerdo con el Instituto Peruano de Economía (IPE):

> "(...) La productividad laboral se define como la producción promedio por trabajador en un período de tiempo. Puede ser medido en volumen físico o en términos de valor (precio por volumen) de los bienes y servicios producidos. La teoría económica sostiene que las remuneraciones deben reflejar la productividad laboral, de manera que lo producido en promedio por los trabajadores alcance para cubrir los costos salariales. Si los incrementos salariales están por encima de esta paridad, podrían generar pérdidas al provocar que las empresas no alcancen a cubrir el nuevo costo. (...)" (Instituto Peruano de Economía, 2013).

En ese sentido, la remuneración como valor o precio del trabajo, se encontrará directamente relacionada con la productividad que le genere al empleador, si el valor de lo que se produce[3] es menor al costo que asume aquel, entonces no será rentable la contratación y, por ende, el empleador dejará de contratar.

En un mercado competitivo de trabajo, la situación general se podría expresar en el siguiente gráfico:
Este gráfico representa la cantidad de trabajo que cada empresa ha adquirido de acuerdo con sus consideraciones de productividad, encontrándose el salario en el punto de equilibrio donde es igual al valor del producto marginal del trabajado una vez que se ha equilibrado la oferta y



la demanda. Teniendo dicho marco, "(...) cualquier acontecimiento que altere la oferta o la demanda de trabajo debe alterar el salario de equilibrio y el valor del producto marginal en la misma cuantía, ya que éstos siempre deben ser iguales (...)" (Mankiw, 2000, p. 249).

En conclusión, desde el punto de vista de la economía, el salario es el precio por un bien de producción derivado, porque es necesario para la producción de bienes o

3 Para entender mejor la decisión del empleador en contratar un número determinado de trabajadores, o de incorporar a un nuevo trabajador, recomendamos revisar lo señalador por Gregory Mankiw sobre el producto marginal decreciente. (Mankiw, 2000).

servicios finales, cuyo valor se encontrará determinado por la productividad que le pueda generar al empleador.

2.1.2. La Remuneración Mínima como precio mínimo del trabajo. Efectos en el mercado de trabajo

Se conoce como salario mínimo al menor pago mensual que legalmente debe percibir un trabajador por una jornada de ocho horas de trabajo al día. Este salario es de aplicación general a todo el mercado de trabajo, la misma que no necesariamente se condice con la productividad que pueden generar todos los trabajadores individualmente.

Como premisa para analizar lo que es la RM en la economía, y su efecto en el mercado de trabajo es necesario precisar que no existe un solo mercado de trabajo, sino muchos, dependiendo del tipo de trabajadores (Mankiw, 2000).

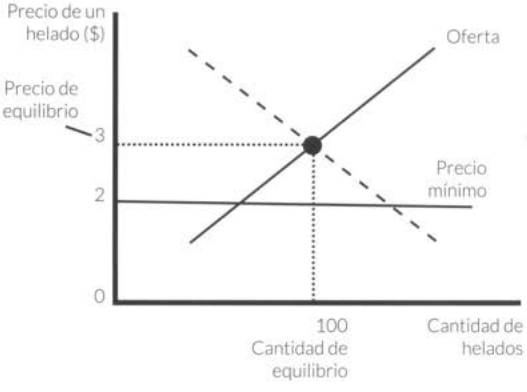
Teniendo ello en consideración pasaremos a analizar lo que es un precio mínimo y sus efectos en la economía. Al respecto, Krugman y Wells señalan como razones para la imposición de precios mínimos lo siguiente:

> "(...) Muchas veces hay una fuerte demanda política para que los gobiernos intervengan en los mercados. (...) Cuando un gobierno interviene para regular los precios, decimos que impone "controles de precios". Estos controles típicamente consisten en establecer o bien un límite superior, un precio máximo, o bien un límite inferior, un precio mínimo (...)" (Krugman, 2007, p. 102).

Los precios mínimos – como la RM –, tienen como objeto "presionar los precios al alza", sin embargo, el efecto en la economía dependerá del nivel en que se encuentre el precio mínimo con respecto al precio de equilibro. Así, si el precio mínimo se encuentra por debajo del precio de equilibrio el efecto en la economía será nulo, por lo que se le conoce como "precio no vinculante" (Krugman, 2007, p. 109) o "relevante" (Mankiw, 2000, p. 77). Esta situación se puede graficar de la siguiente manera:

Lo contrario sucede cuando nos encontramos ante un "precio mínimo vinculante", es decir, aquel que se encuentra por encima del precio de equilibrio, porque ello genera un excedente en la oferta que proporciona el mercado. Esta situación se

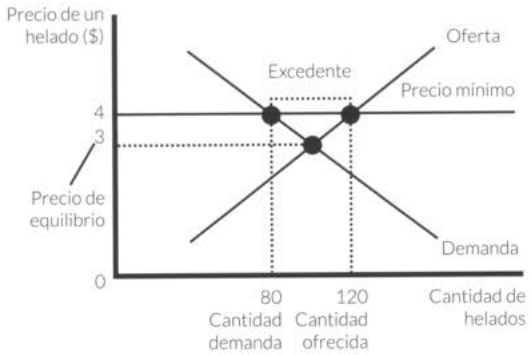
(a) Un precio mínimo que no es relevante



puede graficar de la siguiente manera:

Para el caso de los salarios mínimos, el excedente se encontrará representado por el exceso de trabajadores que no podrán ser contratados debido a que los empleadores no tendrán incentivos

(b) Un precio mínimo que es relevante



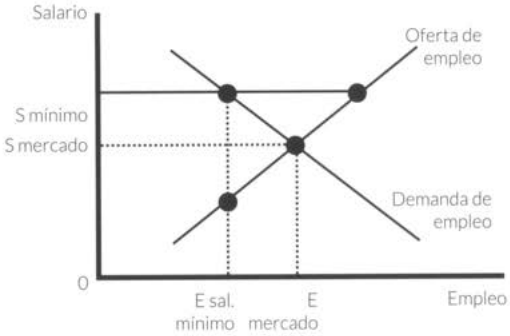
a contratar por un precio superior al mercado.

Recordemos que el precio de equilibrio, en el caso del trabajo, se encuentra determinado por la productividad que este le genera al empleador como parte de sus factores de producción, por lo que la existencia de una RM por encima del punto de equilibrio ocasiona ineficiencias en un mercado competitivo, provocando desempleo[4] – exceso en la oferta de empleo -, tal y como se señala a continuación:

- **Cantidad ineficientemente baja:** Puesto que un salario mínimo aumenta el precio que tiene que pagar el empleador por el trabajo recibido, entonces reduce la cantidad requerida (Krugman, 2007).

No se puede ocultar el hecho de que en determinadas situaciones el establecimiento de un salario mínimo puede traer beneficios[5], la evidencia empírica ha demostrado que cuando éste se encuentra por encima del precio de equilibrio la principal consecuencia es el desempleo, tal y como se expresa en la siguiente gráfica.

Mercado de trabajo en presencia de salario mínimo



El punto C representa a la cantidad de trabajadores que no pueden ser contratados por los empleadores, debido a que la RM, representado en el punto B, se encuentra por encima del salario de equilibrio expresado en el punto A.

---

4 Si bien el desempleo no es general, éste afecta principalmente a los grupos de trabajadores más vulnerables, es decir, aquellos que, por sus poca experiencia o educación, tienen un mayor riesgo de pasar a la informalidad, porque el costo de mantenerlos es más alto que la productividad que pueden generar, o ser reemplazados por otros medios alternativos, como pueden ser el uso de robots. Si bien, esto último podría parecer una utopía en el corto plazo. Recomendamos leer el libro de Andres Oppenheimer, ¡Sálvese Quien Pueda! El futuro del trabajo en la era de la automatización (2018); quien en su prólogo señala:

"Hasta los propios responsables de la revolución tecnológica -figuras como el fundador de Microsoft, Bill Gates, y el fundador de Facebook, Mark Zuckerberg – están admitiendo por primera vez que el desempleo causado por la tecnología, el así llamado desempleo tecnológico, podría convertirse en el gran conflicto mundial del siglo XXI. Zuckerberg ha dicho que 'la tecnología y la automatización están eliminando muchos trabajos' y que 'nuestra generación va a tener que lidiar con decenas de millones de empleos que van a ser reemplazados por la automatización, como los autos que se manejan solos' (...)". (p. 6).

Ver también: Rifkin (2010).

5 "(...) Cuando estos niveles (el salario mínimo) son relativamente bajos en comparación al salario promedio de la mano de obra no calificada, los pisos salariales pueden incluso tener un impacto positivo sobre el empleo al proveer señales que ahorran costos de información al empleador, a esta situación se le conoce como 'efecto faro' (...)". (Secretaria Técnica del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, 2005, p. 26).

- **Recursos desaprovechados:** Debido a los salarios mínimos, mucha gente gasta tiempo y esfuerzo tratando de encontrar una fuente de trabajo que no será encontrada, debido a que el precio de este es superior al que los empleadores consideran como eficientemente productivo.

- **Actividad ilegal:** Los precios mínimos crean incentivos para la ilegalidad, principalmente porque los trabajadores que se encuentra desempleados aceptarán trabajos en un mercado laboral informal por la necesidad de contar con una fuente de ingresos. Esta situación es muy conocida en el Perú, donde el 65% de la Población Económicamente Activa (PEA) se encuentra dentro del mercado informal[6].

Al respecto, el propio Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo ha señalado lo siguiente en relación a los efectos de la RM en el sector informal

> "(...) Con respecto a los efectos en el sector informal, el debate llega a ser más relevante en los países menos desarrollados donde la aplicación de las normas laborales no es pensada para ser ampliada al sector "informal" o no protegido. (...) la relación entre la remuneración mínima y la informalidad laboral se manifiesta en el caso de las estimaciones de pérdida de empleo, pues en muchos casos esta deriva en la generación de auto empleo o empleo independiente que constituye parte del sector informal. Al respecto, para Perú se estima que la probabilidad de pasar al desempleo o hacia la inactividad es de aproximadamente 20% entre los trabajadores de bajos ingresos (...)" (Secretaria Técnica del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, 2005, p. 28).

Sobre los efectos de la aplicación de los salarios mínimos, Krugman nos explica su aplicación en dos mercados de trabajo distintos, como son el norteamericano y el europeo, señalando lo siguiente:

> "(...) El ejemplo mejor conocido de un precio mínimo es el salario mínimo. Sin embargo, la mayoría de los economistas cree que el salario mínimo tiene un efecto relativamente pequeño en el mercado de trabajo de los Estados Unidos, principalmente debido a que el salario mínimo establecido es muy bajo. En 1964 el salario mínimo era el 53% del salario medio de los trabajadores no cualificados; en 2010, a pesar de numerosos aumentos recientes, había caído hasta alrededor del 44%. Sin embargo, la situación es diferente en muchos países europeos, donde los salarios mínimos son mucho más altos que el de los Estados Unidos. Esto es así a pesar de que los trabajadores de la mayoría de los países europeos son algo menos productivos que los estadounidenses, lo que significa que el salario de equilibrio en Europa – el salario que vaciaría el mercado de trabajo -, es probablemente más bajo que en los Estados Unidos. Además, en los países europeos los empresarios están obligados a pagar una parte de las cotizaciones a la seguridad social, con las que se financian la sanidad y el sistema de pensiones, que son más generosos y costosos a sus equivalentes estadounidenses. Estas cotizaciones obligatorias hacen que el verdadero coste de emplear a un trabajador en Europa sea considerablemente mayor que lo que se le paga al trabajador. La consecuencia es que

6 "En cuanto a la informalidad, la proporción de individuos ocupados considerados informales es de alrededor del 65 por ciento, (...)" (Del Valle, 2009, p. 43)

> en Europa el precio mínimo del trabajo es sin duda vinculante: el salario mínimo es mucho mayor que el salario que haría que la cantidad de trabajo ofrecida por los trabajadores igualara a la cantidad de trabajo demandada por las empresas. (...)" (Krugman, 2007, p. 114).

Consideramos importante hacer esta reseña, porque la realidad peruana se acerca más al esquema europeo, ya que un empleador, al contratar a un trabajador por la RM, no sólo asume el monto establecido por ley, sino que, agregándole los sobrecostos que representan beneficios sociales y las aportaciones a la Seguridad Social en Salud, el incremento puede llegar hasta en un 45%.

Como hemos indicado al inicio del presente acápite, el salario – como precio del trabajo – se determina en función a la productividad, entendida como la producción promedio por trabajador en un período de tiempo. De esta manera, el salario debe reflejar la productividad laboral, de manera que lo producido en promedio por los trabajadores alcance para cubrir los costos salariales. Según el Instituto Peruano de Economía, "Para aumentar la productividad laboral es necesario una mejor educación, capacitación y mayor tecnología. De otro modo, el aumento de la productividad laboral no sería fruto más que del ciclo económico. (...)" (Instituto Peruano de Economía, 2016).

En suma, y tomando como ejemplos lo que ocurre tanto en el mercado norteamericano como europeo, el establecimiento de una RM no es per se incorrecto o dañino para el mercado de trabajo, sino que ello se determinará en función al nivel en que se coloque el valor de la RM con respecto al punto de equilibrio de la remuneración en el mercado de trabajo de acuerdo con la productividad de los trabajadores. Tal y como se ha señalado en el párrafo anterior,

> **la productividad de los trabajadores se encuentra determinada por los factores (i) educación, (ii) capacitación y (iii) mayor tecnología, por lo que si estos no cuentan con un desarrollo constante, la productividad se encontrará, como se indicó anteriormente, condicionada al valor de los productos en el mercado – lo que ocurrió con el auge de los minerales en la década pasada -, y no a un aumento de las capacidades de los trabajadores.**

2.2. Sentido de la RM desde el Derecho y especialmente herramienta de como protección social del trabajador

2.2.1. La RM como mecanismo de equidad social según la Organización Internacional del Trabajo

No es posible realizar ningún análisis jurídico sobre alguno de los elementos que conforman la legislación laboral sin acudir a las normas emitidas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), más aún, si la RM es considerada como un derecho fundamental. Teniendo lo anterior en consideración, también es necesario tener presente que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, prescribe que para la interpretación de los Derechos Fundamentales se debe tomar en consideración la normativa internacional correspondiente, ese sentido, la OIT ha definido a la RM como:

> "(...) la mínima cantidad que se paga al trabajador por obra o servicio realizado, en un determinado período, ya sea que se calcule sobre la base del tiempo o resultado de la actividad, que no puede ser disminuida por un acuerdo individual o colectivo, y que se encuentra garantizado por la ley, fijado de tal manera para cubrir las necesidades mínimas del trabajador y de su familia, a la luz de las necesidades económicas y sociales nacionales (...)" [7].

Sin embargo, este mismo organismo internacional ha precisado que establecer una RM no implica necesariamente un mejoramiento de las condiciones de los trabajadores, ya que

una RM bien diseñada puede "(...) ayudar en asegurar un equitativo y justa distribución de los productos del progreso de la sociedad para todos, así como un mínimo de vida para todos los trabajadores que necesitan de dicha protección (...)" (International Labour Organization, 2014).

Mientras que una política de RM mal diseñada puede poner en riesgo o socavar la implementación del bienestar de los trabajadores y fomentar la informalidad.

Como se aprecia, los principales motivos para la OIT en relación con la implementación de una RM es la distribución equitativa de la riqueza, evitando supuestos de desigualdad salarial, así como la búsqueda de una mejor calidad de vida. Es así, por ejemplo, que el Convenio 131 correspondiente a la fijación de los salarios mínimos, con especial referencia a los países en desarrollo, "(...) entiende que los mecanismos de fijación de salario mínimos debe ser parte de una política que sirva como instrumento de protección social, sin negar que sirva como elemento de una estrategia de desarrollo económico (...)" (Secretaria Técnica del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, 2005, p. 11).

Dado que la protección social es uno de los mecanismos que asegura un nivel de vida mínimo para los trabajadores, su relación con la RM es esencial. Incluso, el numeral 3) del Artículo 427 del Tratado de Versalles, que a la postre sería el acta fundacional de la propia OIT establecía que:

> "(...) Reconociendo las Altas partes contratantes que el bienestar físico, moral e intelectual de los asalariados industriales es de importancia esencial desde el punto de vista internacional (...) que las diferencias de clima, usos y costumbres, oportunidad económica y tradición industrial hacen difícil de alcanzar de una manera inmediata la uniformidad absoluta en las condiciones de trabajo. Pero, persuadidas como lo están, de que el trabajo no debe considerarse simplemente como un artículo de comercio, estiman que existen métodos y principios para la reglamentación de las condiciones de aquél (...). Entre estos métodos y principios, juzgan las Altas Partes contratantes ser de importancia y urgencia los siguientes: (...) el pago a los obreros de un salario que les asegure un nivel de vida conveniente, según el criterio de la época y el del país de que se trate (...)".

Como podemos apreciar, a diferencia del enfoque descriptivo económico del salario en el mercado de trabajo,

la OIT considera a la RM como un mecanismo que busca fomentar la igualdad entre los trabajadores y, sobre todo, el reparto equitativo de la riqueza.

Desde ya encontramos dos enfoques totalmente distintos sobre lo que es la RM y cuál sería su objeto dentro del mercado de trabajo.

En materia de convenios internacionales, el Perú ha suscrito dos convenios de OIT, el Convenio sobre los Métodos Para La Fijación De Los Salarios Mínimos N° 26 y el Convenio Sobre Los Métodos Para La Fijación De Los Salarios Mínimos (agricultura) N° 99.

El primero de dichos convenios establece expresamente en su Artículo 1 que:

> "(...) Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a establecer o mantener métodos que permitan la fijación de tasas mínimas de los salarios de los trabajadores empleados en industrias o partes de industria (especialmente en las industrias a domicilio) en las que no exista un régimen eficaz para la fijación de salarios, por medio de contratos colectivos u otro sistema, y en las que los salarios sean excepcionalmente bajos. (...)".

Como se puede apreciar del texto del artículo citado, se mantiene el espíritu de la OIT de que los tres grandes actores sociales en el mercado de trabajo puedan llegar a un acuerdo sobre un adecuado nivel salarial, teniendo el Estado la potestad de establecer dichos mecanismos si no hay acuerdo o cuando considere que los niveles no son los adecuados para la población.

2.2.2. Evolución normativa de la RM en el ordenamiento peruano

La primera norma laboral en el Perú que estableció un salario mínimo fue la Ley 2285 sobre el trabajo personal de los indígenas e intervención del Ministerio Fiscal, en los juicios sobre locación de servicios, en dicha norma se estableció que los indígenas no podrían percibir menos de 20 centavos por jornal diario, existiendo, incluso, la prohibición de que se cambie por bienes (pastos, tierras de cultivo, etc.). Este es un buen ejemplo de cómo el salario mínimo sí viene a corregir una situación de ineficiencia no sólo del mercado de trabajo, sino de protección de una población laboral vulnerable de la época como era la indígena.

A nivel constitucional, fue la Constitución Política de 1920 la primera en establecer una disposición reconociendo el derecho de los trabajadores a obtener un salario mínimo. Es así como en el según párrafo de su Artículo 47 establece que "La ley fijará las condiciones máximas del trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país. (...)". Es claro que ésta norma tiene la impronta de la época, ya que en buena cuenta su redacción es similar a la concepción acogida por el Tratado de Versalles, sin embargo, carece de influencia de los principios que más adelante desarrollará la OIT en relación con que sea la norma legal el producto normativo que residualmente regule el salario mínimo, ante la ausencia de un acuerdo de los actores sociales.

Es necesario resaltar al Decreto Ley 14192, norma que fija los salarios mínimos en todas las actividades económicas del país, publicada en el año 1962, espe-

cíficamente porque reconoce la posibilidad de que se establezcan salarios mínimos diferenciados por las actividades económicas, teniendo en consideración (i) la naturaleza de las labores, (ii) la productividad de las actividades económicas y (iii) las condiciones de trabajo en las diferentes regiones. Considero importante resaltar esta norma, porque sin perder de vista la importancia de la RM como un instrumento para la mejora de la calidad de vida de los trabajadores, establece como un criterio para su determinación la productividad del trabajo de acuerdo con el sector al que corresponda.

Asimismo, líneas anteriores hemos señalado que una de las causas de las ineficiencias del salario mínimo es asumir la existencia de un único mercado de trabajo, cuando en la realidad existen tantos mercados como sectores económicas y actividades existan.

En ese sentido, considero acertado lo establecido por la norma bajo comentario, en reconocer tantos salarios mínimos como actividades existan y que uno de sus criterios para su determinación es la productividad del trabajo que se realicen, ya que ello permitirá establecer un monto adecuado con respecto al salario de equilibrio.

Lamentablemente, la Constitución Política de 1979 suprimió cualquier referencia a loscriteriosparaladeterminación de la RM, señalando solamente, en su Artículo 43, que "Las remuneraciones mínimas vitales, se reajustan periódicamente por el Estado con la participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores, cuando las circunstancias lo requieren. (...)".

La parte positiva de lo regulado se encuentra relacionado con el reconocimiento en la necesidad de que sean los actores sociales quienes tienen la preminencia para debatir y establecer la RM siguiendo con los dictámenes de la OIT, seguramente en un fin de obtener una legitimidad en la decisión tomada.

Y así, llegamos a la Constitución Política de 1993, la cual, en su Artículo 24, omitió toda mención a la periodicidad del reajuste de la RM, estableciendo que esta será fijada por el Estado, con la participación de las organizaciones representativas de trabajadores y empleadores:

> "Artículo 24°.- El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.
>
> El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores."

Frente a dicho reconocimiento pasamos a desarrollar las características reconocidas por la propia constitución:

a) Debe ser equitativa y suficiente para procurar bienestar material y espiritual al trabajador y a su familia

En relación con la equidad, se ha señalado que se encuentra referida, en primer lugar, a la cantidad de trabajo aportado; es

decir, a igual calidad de trabajo realizado, el que más trabaja debe recibir una remuneración mayor que él que trabaja menos. Segundo, otro factor de la equidad es la calidad del trabajo; esto es, a mayor especialización, calificación y preparación que requiera el trabajo, mayor será la remuneración (Rubio, 1999).

Al respecto, consideramos que deberíamos enriquecer el adjetivo de "equidad", porque tal y como se encuentra definida en la cita, esta se limita en los aspectos de (i) cantidad de trabajo y (ii) de forma indirecta, su complejidad (ya que, ante un trabajo más complejo, es necesaria una mayor calificación del trabajador); pero aquellas no necesariamente reflejan el factor que determina el valor del trabajo, como es la productividad.

Ya se ha mencionado en el apartado correspondiente, que el problema en la aplicación de la RM no es ella en sí misma, sino el valor de este frente al precio de equilibrio que exista en el mercado, siendo la productividad el principal factor para determinar este precio. Si la RM se determina por debajo del punto de equilibrio, no habrá mayores efectos y, por el contrario, podría traer beneficios; pero si esta se ubica arriba de dicho punto, entonces trae las consecuencias dañinas en el mercado de trabajo que ya se han desarrollado en el apartado 2.1.2 anterior.

Sostenemos que las características para definir la equidad no son suficientes, porque uno no contrata a un trabajador solo por la cantidad de trabajo, sino por lo que éste puede producir. Así, realizar un mayor trabajo no es síntoma, necesariamente, de una mayor productividad, sino, en algunos casos de todo lo contrario. Por su parte, la mayor complejidad, si bien no es un criterio que pueda contener necesariamente a la productividad como parte de ella, se le acerca, en el sentido de que la realización de un trabajo más complejo que otros, debe traer un mayor beneficio frente a otros ordinarios, lo cual implica una mayor productividad para el empleador.

Si bien la equidad forma parte de la definición de la remuneración a nivel constitucional, esta debería interpretarse hacia la productividad que el trabajo en sí mismo produce, y no sólo al cumplimiento de la actividad. Así, no es contrario al mandato constitucional señalar que la equidad de la remuneración se encuentra relacionada con la productividad que dicha labor le genere al empleador, por lo que el simple acto de trabajar ya le genera al empleador una productividad, que las diferencias salariales se encontrarán supeditadas a que tan productivo sea el trabajo. En esta misma línea la complejidad es un indicador que complementa esta interpretación, ya que, si ante igual trabajo productivo se debe pagar la misma remuneración, si un trabajo implica una mayor complejidad, es porque el resultado de su realización trae una mayor productividad. Consideramos que no existe ningún impedimento para considerar a la productividad como el barómetro para la determinación del salario, siendo complementario con el concepto de equidad.

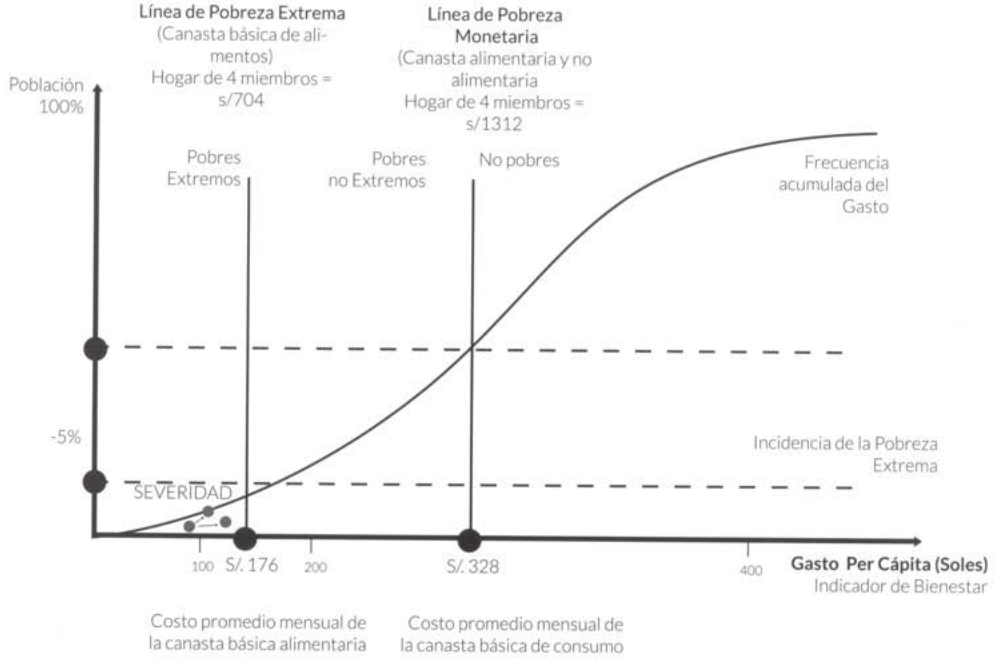
En este mismo sentido, Bernales señala que una remuneración suficiente es aquella que permite al trabajador procurarse para sí y su familia, el bienestar material y espiritual, los cuáles se explican de la siguiente manera:

> "(...) El bienestar material equivale a la satisfacción de las necesidades mínimas para la sobrevivencia: alimentación, vestido, vivienda, salud son tal vez las que no pueden quedar sin cubrir. El bienestar espiritual, por su lado, significa de todas maneras la posibilidad de educarse, de procurarse descanso, y de crear las condiciones para el progreso social. (...)" (Bernales, 1996, pp. 219-220).

En este punto, vemos que se toma en cuenta el objetivo desarrollado por la OIT sobre la RM como un mecanismo para evitar la desigualdad, siendo el principal de ellos, que ningún trabajador carezca de los bienes materiales mínimos para vivir con dignidad[8]. Esta característica de la remuneración trae problemas, en tanto que, la satisfacción de las necesidades mínimas no tiene ninguna relación con la productividad del trabajo y el precio que se pueda determinar a partir de este; sino con el costo de vida de la sociedad.

Así, mientras que la productividad establece, desde el punto de vista económico, el valor del trabajo, éste no se encuentra relacionado directamente con los gastos del trabajador.

En nuestra opinión, este es el origen de las discusiones entre economistas y juristas, porque, si bien la equidad puede tener concordancia con un elemento característico del salario, la suficiencia es ajena a ella, dado que no tiene relación con lo que el trabajador genera, sino con lo que debe gastar para sostenerse a sí mismo y a su familia. Más aún, de acuerdo con el siguiente gráfico del Instituto Nacional de Estadística de Informática, la canasta básica familiar para que una familia no sea considerada como pobre, debe tener un valor superior a S/ 1,312.00 Soles (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2016):



8 Ahora bien, establecer cuál es el nivel mínimo de vida en una sociedad para ser considerada como "digna" pertenece a otro estudio. Más aún, cuando de esos gastos mínimos, algunos, de acuerdo con el ordenamiento de cada sociedad, lo debe asumir íntegramente el Estado y no los trabajadores, como, por ejemplo, la educación.

De esta manera, lamentablemente el mandato constitucional comete un error al pretender establecer, como característica esencial de la RM, el que sea un monto suficiente para la supervivencia del trabajador y su familia. Actualmente esta situación no se cumple, ya que el monto actual de la RM equivale sólo al 64% del valor de la canasta básica de una familia que no es considerada como pobre.

En suma, la caracterización realizada por la constitución trae un contrasentido si la confrontamos con la realidad actual, la única manera en la que ésta puede tener sentido y ser cumplida, sin efectos contrarios en el mercado de trabajo,

sería que la RM se incremente hasta llegar a la Canasta Básica Familiar, pero que sea correlato del aumento en la productividad del trabajo, y no sólo por un interés populista, político o ideológico.

b) Debe ser fijada por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores

En este punto, la Constitución Política del Perú toma las recomendaciones de la OIT relacionadas con la necesidad de que sean los actores sociales quienes deben establecer el monto de la RM, y sólo en defecto de un acuerdo entre ellos, el Estado se encuentra legitimado en establecer el monto.

Sin embargo, este es un mandato constitucional que no ha sido seguido en los últimos años, al respecto el profesor Toyama (2009) señala lo siguiente:

> "(...) el Estado no ha dispuesto un diálogo social cuando ha determinado el monto de una RMV pese al mandato constitucional – coincidentemente con las recomendaciones de la OIT-, toda vez que las remuneraciones mínimas se han fijado unilateralmente por el Estado sin contar con la participación de los trabajadores y empleadores y, más todavía, sin que existan estudios que fundamenten y respalden objetivamente los alcances de los montos aprobados. (...)" (pp. 68-69).

Es claro que este mandato constitucional no se ha cumplido en su cabalidad, porque, lamentablemente, el Consejo Nacional del Trabajo no ha podido ser el foro para una determinación técnica y consensuada de la RM, lo que ha permitido que sea el gobierno de turno quienes han usado esta materia para obtener réditos políticos.

Este acápite nos ha servido para exponer dos formas de concebir y estudiar el salario, y de forma específica a la RM. Hemos demostrado que la economía tiende a un análisis descriptivo de cómo se valora el precio del trabajo, y sobre los efectos en un mercado de trabajo competitivo; mientras que el derecho del trabajo – por no decir la legislación laboral – considera a la RM como un mecanismo para combatir la desigualdad enfocada en el gasto mínimo que debería asumir el trabajador para sostener de forma "digna" a su familia. Lamentablemente, tal y como lo hemos señalado en el punto a) de la sección 2.2.2

3. Hacia una conciliación de las definiciones brindadas por la economía y el derecho para la determinación de la RM

El presente artículo tiene como objeto presentar como ha sido definido un derecho tan importante como es el salario mínimo, desde las orillas de la economía y el derecho. Consideramos importante hacer esta investigación, porque no se puede negar que la RM no existe en un mundo de ideas donde es suficiente la existencia de una norma legal para que se aplique a todos los trabajadores y se cumplan los fines de la OIT, específicamente como mecanismo que promueva la igualdad entre los trabajadores.

Se ha señalado sobre las posibles consecuencias dañinas por el uso de la RM en el mercado de trabajo, pero también ha quedado medianamente claro que esta es una herramienta que puede ayudar a promover la equidad en una sociedad. A modo de ejemplo, tenemos el caso alemán, donde se reconoció que la RM podría ser un buen freno a la presión a la baja en las remuneraciones de los trabajadores con bajas calificaciones, además era preferible que los trabajadores tuviesen buenos sueldos mínimos, porque eso aliviaría el costo de la seguridad social y, por el contrario, ayudaría a que dichos trabajadores aporten al sistema (Knabe y Schob, 2008).

En suma, no podemos dejar de reconocer la importancia de la RM como mecanismo para fomentar la vida digna de los trabajadores, pero no se debe perder de vista que su aplicación debe ser técnica y no como producto de intereses políticos ajenos a la necesidad de mejorar la productividad de nuestro mercado laboral.

Bernales, E. (1996). La Constitución de 1993. *Análisis Comparado.* Lima: ICS Editores.

Del Valle, M. (2009). *La Política de Salarios Mínimos.* Revista Moneda (140). Lima: Banco Central de Reserva.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (2016). *Evolución de la Pobreza Monetaria en el Perú 2016.* Lima: INEI. Recuperado de https://www.inei.gob.pe/media/cifras_de_pobreza/evolucion-de-la-pobreza-2016-10-de-mayo-presentacion.pdf [Consulta: 12 de febrero de 2019].

Instituto Peruano de Economía (IPE). (2013). *Productividad Laboral.* Lima: IPE. Recuperado de http://www.ipe.org.pe/portal/productividad-laboral/comment-page-1/ [Consulta: 12 de febrero de 2019].

Instituto Peruano de Economía (IPE). (2016). *Productividad Laboral.* Lima: IPE. Recuperado de http://www.ipe.org.pe/portal/productividad-laboral/ [Consulta: 28 de enero de 2019].

International Labour Organization. (2014). *Minimum Wage Systems.* Ginebra: International Labour Office. Recuperado de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_235287.pdf [Consulta: 15 de enero de 2019].

Knabe, A. & Schob. R. (2008). *Minimum Wages and their Alternatives:* A Critical Assessment. CESIFO Working paper N° 2494. Category 4: Labour Markets. http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09644008.2011.606316

[Consulta: 8 de enero de 2019]

Krugman, P. & Wells, R. (2007). *Macroeconomía.* Barcelona: Editorial Reverte.

Mankiw, G. (2000). *Principios de Economía.* Madrid: Mc Graw Hill.

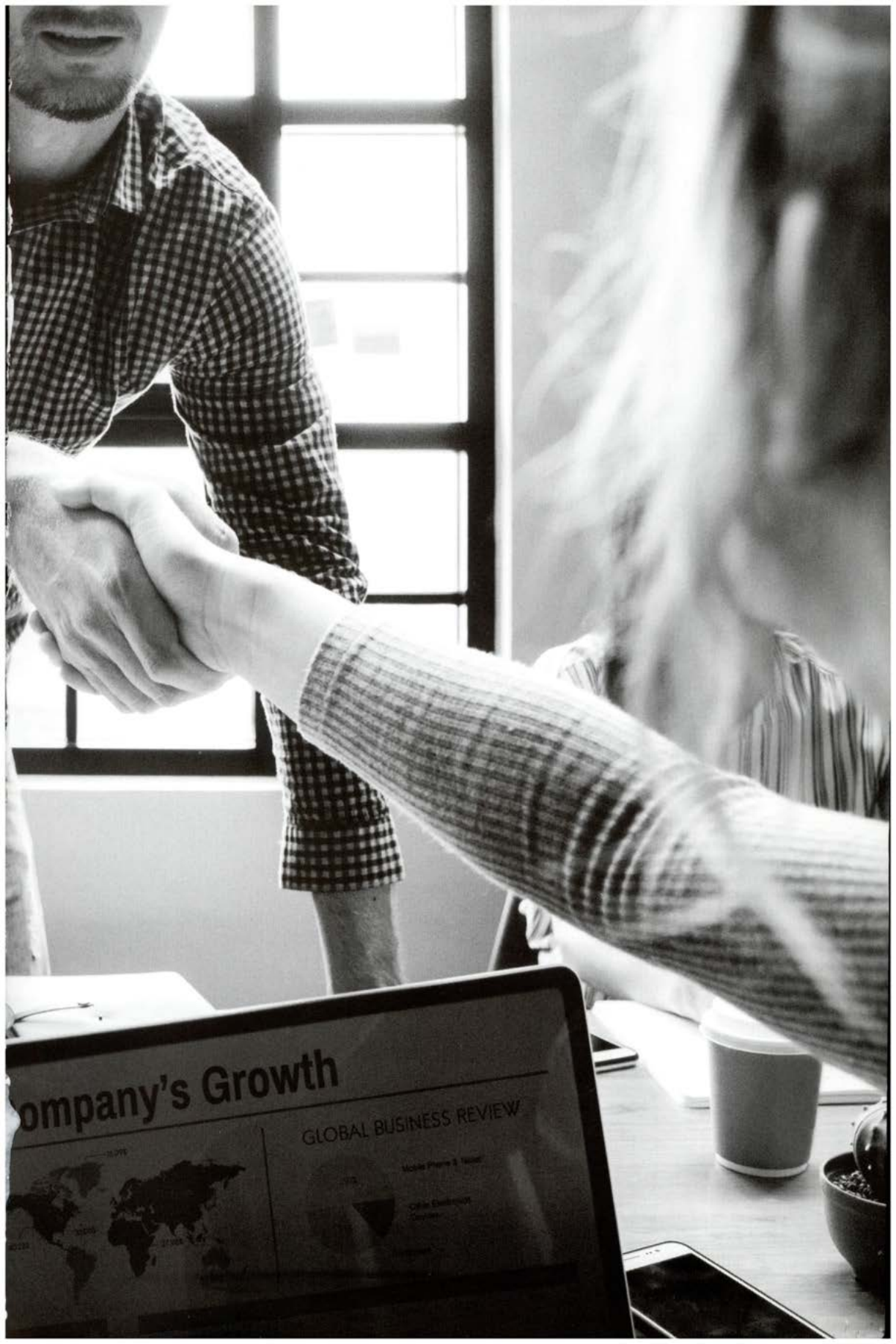
Rifkin, J. (2010). *El Fin del Trabajo. Nuevas tecnologías contra puestas de trabajo: El nacimiento de una nueva era.* 1ª ed. Barcelona: Paidós Ibérica.

Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993.* Tomo II. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Secretaria Técnica del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo. (2005). *Revisión de la Remuneración Mínima en Perú.* Lima: Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo.

Toyama, J. (2009). *Derechos Laborales ante Empleadores Ideológicos. Derechos Fundamentales e ideario empresarial.* Lima: Fondo Editorial PUCP.




ompany's Growth
GLOBAL BUSINESS REVIEW

VIII



JORGE DANÓS ORDOÑEZ | HUGO SOLOGUREN CALMET-PONTE | ALFREDO LINDLEY RUSSO | MANUEL CIPRIANO PIRGO | GIANFRANCO MEJÍA TRUJILLO | MARCO ANDREI TORRES MALDONADO | YAMILE CARDENAS DEL RIO | PERCY SOTA CANCHEZ | JUSTO CORRE VEGA | |LEANDRO GARCÍA VALDEZ | JOSÉ ALCEDO ARANA | MARINO AGUIRRE AGUIRRE

CORPUS IURIS