CORPUS IURIS

EDICIÓN X

2021



LA RESPUESTA Y ADAPTACIÓN DEL DERECHO

EN TIEMPOS DE COVID-19

ERICK EDUARDO VARGAS • ÁNGELA RODRÍGUEZ • ALDO ALBERTO LORENZZI • JULIO FERNANDO JUNIOR CHANG

YELVI ADRIÁN HUARACC • OMAR ALFREDO DAMIÁN MEDINA • CLAUDIA CHONG • HELGA HUALPATUERO • RODRIGO PELAEZ

JUAN CARLOS GONZÁLEZ • JOSÉ RODRIGO ROSALES • ANTONELLA GUTIERREZ • NOELIA PISCOYA • JOSÉ CASTILLO • OXAL VÍCTOR

ÁVALOS • DAYANA CALERO • JOSÉ MANUEL ANGULO • ERICK CUBA • ALFREDO FERNANDO SORIA • LUIS GABRIEL PAREDES

X Edición: diciembre de 2021
Asociación Corpus Iuris
Correos electrónicos: consejo@corpusiuris.pe
edicion@corpusiuris.pe

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2019-03540 ISSN 2788-8886

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA E INTERIORES:
Alondra Daneri
James Pariona Rojas

CONTACTO:
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas
Prolongación Primavera 2390, Lima 15023

www.corpusiuris.pe

PRESENTACIÓN

La primera edición de la Revista Corpus Iuris fue publicada en 2005 y desde ese momento la Asociación no solo ha asumido el compromiso de difundir la cultura jurídica, sino de propiciar espacios de investigación en las distintas ramas del Derecho.

Entre las opciones que contemplamos como temática para la Revista de este año, encontramos pertinente profundizar en la incidencia jurídica de esta etapa pandémica; partiendo de que el Derecho se encarga de regular las conductas sociales, por lo cual debe adaptarse a cada uno de los fenómenos que ocurren en la sociedad con el paso del tiempo. Por ello, al tener al COVID-19 como la principal causa para la adecuación y transformación del Derecho, en esta oportunidad, Corpus Iuris ha decidido dedicar la presente edición al impacto en diversas ramas del Derecho como consecuencia de la pandemia.

Nuestro público lector tiene en sus manos un producto que se ha ido transformando con el pasar de los años, que esta vez busca abordar la transformación del Derecho por la pandemia. Así, nuestro leyente encontrará una serie de artículos que plasman en sus párrafos temas relacionados con el derecho en tiempos de COVID-19. Por lo cual, agradecemos la desinteresada colaboración de los autores de los artículos que la componen. Asimismo, encontrarán secciones rescatadas de las primeras ediciones de la Revista en conmemoración por ser la edición de aniversario. 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.

Esta edición número 10 de aniversario representa el inicio de una nueva etapa para la Revista, debido a que cuenta con especial significado, tanto a nivel institucional como a nivel personal. Por un lado, representa el fin de una era para nuestra Revista, y el inicio de un nuevo camino, siempre siguiendo la misión de seguir innovando y brindándole a nuestros lectores un producto de la mejor calidad. Por otro lado, significa el cambio total de antorcha de una generación que estuvo acompañada de los asociados que relanzaron Corpus Iuris en el 2017, quienes emprendieron la titánica tarea de revivir este proyecto.

En el transcurso de estos tres años dentro de Corpus Iuris, no contemplé la posibilidad de poder escribir la presentación de la Revista; tampoco imaginé conducir la Asociación en medio de una pandemia; no concebí posible llevar a cabo asambleas y consejos directivos de manera virtual; sin embargo, durante estos seis ciclos, lo que sí fue constante es mi compromiso por la creación de un mejor espacio de trabajo y desarrollo para todos los asociados de Corpus Iuris.

Durante estos meses de gestión nos hemos consolidado como la Asociación con mayor alcance en redes sociales y la número uno en nuestra casa de estudios; e institucionalizar al Consejo Consultivo, conformado por asociados de generaciones pasadas de renombre en el mundo del Derecho, los cuales incluso son docentes en nuestra universidad. Asimismo, Corpus Iuris, con el objetivo de fortalecer el trabajo articulado descentralizado, ha establecido vínculos y alianzas con otras revistas de Derecho del país y organizaciones, a fines. Al mismo tiempo, hemos logrado la tan ansiada indexación, meta que se seguía buscando desde hace varias generaciones.

en aras de lograr un espacio realmente seguro para los miembros de la Asociación; no obstante, estoy convencido de que lo estamos consiguiendo. Es así como, asamblea tras asamblea, he podido ver en los nuevos asociados ganas por seguir mejorando, por querer hacer las cosas bien y sobre

todo con un alto grado de compromiso hacia Corpus Iuris.

Todos estos grandes cambios y nuevas etapas no hubiesen sido posibles, sin duda alguna, si no tuviese un equipo tan comprometi do y esforzado que ha estado trabajando constantemente para conseguir todo lo hoy alcanzado, gracias al equipo del Consejo Directivo 2021 conformado por Alvaro Huamaní, Kassandra Lizardo, Marisol Kocnim, Diego Peña, Helmuth Andía, Andrea Vera, Bruno Cuadros y Camila Neira, grandes personas a las que les estoy infinitamente agradecido. Asimismo, expreso mi gratitud a Paulo Castañeda, Diego Guzmán, Luis Paredes, Michael Morales, Diego Forero, entre otros miembros del Consejo Consultivo de la Asociación, quienes forjaron los cimientos de Corpus Iuris, y han seguido contribuyendo con sus consejos y experiencias en este proceso.

Al escribir esta presentación, me encuentro con muchos sentimientos encontrados de por medio; es inevitable sentir melancolía, al encontrarme en la etapa final dentro de la Facultad de Derecho y de mi gestión en Corpus Iuris, dando cierre a una de las etapas más felices de mi vida universitaria. Asimismo, por dejar un proyecto que, de manera rápida, uno adopta como propio, pero al mismo tiempo, me siento feliz de saber que las generaciones venideras encontrarán un espacio más institucionalizado, más abierto, donde podrán expresarse sin miedo al rechazo, un lugar donde puedan sentirse cómodos; y, sobre todo, un espacio crítico, necesario para el crecimiento personal y académico de los asociados parte de este gran proyecto, a quienes les confío el legado de este proyecto de 16 años de historia, y quienes son el presente y futuro de la Asociación. Disfruten su experiencia y viaje en Corpus Iuris, cuando mañana más tarde, tengan que partir y unirse a la fila de los asociados honorarios, lo hagan con los mejores recuerdos, aprendizajes y amistades. Sin duda alguna, Corpus Iuris se convirtió en mi lugar especial dentro de la Facultad de Derecho y siempre le estaré agradecido por todo lo que me ha brindado y me ha enseñado. A quienes todavía continúan en este viaje, les deseo muchos éxitos y estoy seguro de que nuestra grandiosa historia se seguirá escribiendo a través de ustedes. Finalmente, quedo muy orgulloso de ver el crecimiento constante y luego de 16 años y 10 ediciones, podemos reafirmar el compromiso con ustedes. Los estudiantes detrás de Corpus Iuris estamos seguros que nuestros sucesores seguirán dejando en alto nuestro lema: Tradición de excelencia.

Carlos Andrés Martínez Contreras
Director General

EDITORIAL

Es de mi mayor orgullo y emoción el presentar la X Edición de la revista Corpus Iuris, la misma que busca centrarse en un problema coyuntural como es “La respuesta y adaptación del Derecho en tiempos de COVID 19”.

En ella buscamos dar a conocer el dinamismo del Derecho y su adaptación a las diversas situaciones,

demostrando que es una profesión que solo avanza y no se detiene.

Deseo agradecer a todos los que colaboraron en el proceso de estructuración de la presente edición, a los autores que colaboraron brindando un material académico innovador y de calidad que centró y aterrizó las problemáticas originadas por la pandemia, desarrollando soluciones para hacerles frente.

Al Consejo Directivo de la gestión 2021, con los cuales se ha podido desarrollar proyectos que marcan un precedente en la asociación y dejan un camino sólido con la cual las siguientes gestiones podrán desarrollar planes que sirvan para seguir impulsando nuestra misión de producir y difundir todo contenido de interés jurídico, con la finalidad de promover el desarrollo académico y cultural, enfocándonos en nuestra visión de convertirnos en un referente en el ámbito del derecho.

Por último, quiero presentar mi profundo agradecimiento a la Dirección de Edición, la cual he visto avanzar y dar su mayor esfuerzo desde el momento que tuve el honor de ingresar a la asociación en el año 2020, resaltando la gestión del 2021, quienes han desarrollado sus labores con excelencia y fueron los encargados de revisar, seleccionar y estructurar los artículos presentados en la revista, además de las secciones tales como Diccionario Jurídico, Descerraje y Entrevistas.

Por todo lo antes mencionado, solo deseo disfruten de la presente edición, tanto como nosotros disfrutamos presentándola, recordando las palabras mencionadas por el abogado Nelson Mandela “La educación es el arma más poderosa que puedes usar para cambiar el mundo”.

Alvaro José Huamaní Reyes
Director de Edición

ÍNDICE

Artículos

MECANISMOS JURÍDICOS PARA EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD EN EL PERÚ
ERICK VARGAS GUEVARA Y ÁNGELA RODRÍGUEZ GONZA 16

EL DERECHO CIVIL Y EL IMPACTO DEL COVID-19
Julio Fernando Junior Chang y Aldo Alberto Lorenzzi Bolaños 30

LAS RESPUESTAS DEL DERECHO INMOBILIARIO EN LOS TIEMPOS DE COVID-19
Yelvi Adrián Huaracc 40

Reflexiones sobre el E-Commerce desde la óptica del Código de Protección y Defensa del Consumidor en el marco del COVID-19 (Análisis del Caso Peruano)
Omar Alfredo Damián Medina 48

ADAPTACIÓN DEL ORDEN SOCIETARIO EN TIEMPOS DE COVID 19: LAS JUNTAS GENERALES Y ASAMBLEAS VIRTUALES
Claudia Chong y Helga Hualpatuero 56

RELACIONES DE CONSUMO VÍA PLATAFORMAS DE E-COMMERCE: REQUISITOS PARA SU IMPLEMENTACIÓN
RODRIGO PELÁEZ 62

¿SE ENCUENTRA JUSTIFICADA LA RESERVA Y CONFIDENCIALIDAD EN LA ADQUISICIÓN DE LAS VACUNAS CONTRA LA COVID-19?
Juan Carlos González Salinas 68

LOS RETOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN PERÚ A CONSECUENCIA DEL COVID-19*
JOSÉ RODRIGO ROSALES 78

Artículos adicionales

LAS ASOCIACIONES PÚBLICO - PRIVADAS: ¿UNA CURA OLVIDADA PARA COMBATIR LA DOLENCIA QUE AQUEJA AL SISTEMA DE SALUD?
Antonella Gutierrez y Noelia Piscoya 90

REGULACIÓN VIGENTE DE EXPLOSIVOS EN EL PERÚ Y PROPUESTAS DE MEJORA NORMATIVA
José Castillo Hernández 100

LAS PARTICULARIDADES DE LOS TRABAJADORESDE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA, A PROPÓSITO DE RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES
Oxal Víctor Ávalos Jara y Dayana Calero Spelucin 110

LA EXPERIENCIA DE LOS PUNTOS NACIONALES DE CONTACTO Y SU IMPORTANCIA COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES.
LLM. José Manuel Angulo Jugo 118

APUNTES SOBRE LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES
Erick Cuba Meneses 124

Entrevistas

EL IMPACTO DEL COVID-19 EN CONTRATO CIVILES Y COMERCIALES
ALFREDO F. SORIA AGUILAR 132

ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO Y GESTIÓN PÚBLICA
Luis Paredes Morales 136

LISTA DE ASOCIADOS ORDINARIOS

CONSEJO DIRECTIVO 2021

Director General: Carlos Andrés Martínez Contreras
Subdirector General: Diego Alonso Peña Martínez
Directora de Economía y Finanzas: Marisol Alicia Kocnim Higa
Director de Edición: Álvaro José Huamaní Reyes
Director de Eventos: Bruno Cuadros Chumpitaz
Directora de Imagen Institucional: Andrea Luz Vera Parasi
Directora de Recursos Humanos: Rubeth Camila Neira Pabón
Directora de Medios Digitales: Kassandra Lizardo Balarezo
Secretario General: Adrián Helmuth Andía Espinoza

SECRETARÍA GENERAL

Aarón Aldair Lahura Maguiña
Camila Antonieta Salazar
María Cristina Zegarra Ly
Johan Jesús Cabello Araujo
Diego Alonso Peña Martínez
Ascarza Moreno Kiara Beatriz

RECURSOS HUMANOS

Valeria Elisa Morote Tarazona
Alliyah Anabella Sánchez
Blanca Marcela Ruth Rodríguez
Fabricio Huamán Chune
Mirella Rosario Vera de la Cruz
Scolly Litta Hidalgo Tovar
Nayeli Secia Salazar Gomez

MEDIOS DIGITALES

Carmen Gabriela Tello Ormeño
Daniela Alfaro Villafuerte
Sofía Rosa López
Daniel Muñoz Solorzano

ECONOMÍA Y FINANZAS

Sebastian Arboleda Romero
Angela Katheryne Pastor
Gerson Adrián Díaz Millán
Angela Blanco Pomacondor
Nicole Kiara Kristina Portanova
Gabriela Auqui Álvarez

EDICIÓN

Luanna Castañeda Pomacino
Sol Camila Nieto Palomino
Priscilla Mercedes del Villar
Mercedes Abigail Gamarra
Luz Gabriela Huilca Chipana
Diego Luis Delgado García
Ariana de Jesús Carrasco
Pamela Kaori Ángeles Alacha
Camila Alexandra Zevallos
Mariana del Pilar Apaza
Antonella Zavaleta Soto

IMAGEN INSTITUCIONAL

María Fernanda Cruzado Solís
Nessy Xiomy Salcedo Solís
Astrid Stephany Huamaní Alva
Alejandra Morales Vizcarra
James David Pariona Rojas
Samantha Ariana Caballero
Alondra Daneri Cárdenas
Gisell Solange Calixto Ordoya
Mariana Sofía Portocarrero
Diesslly Claudia Ravello Luis
Chrystell Luque Bresciani
Mishell Ampuero Rosales

EVENTOS

Marko Sebastian Torres Hoppen
Pamela del Pilar Chirinos Grados
María Nieves Huamán Barboza
Joaquín Patricio Paz Vela
Renzo Jair Obando Sánchez
Fabrizio Sihuas Baltodano
Bruno Ricci del Castillo
Camila Alexandra Granda
Cinthya del Milagros Fernández
María del Pilar la Torre
Keysi Mitzi Rivera Ccama

LISTA DE ASOCIADOS HONORARIOS

Aguilar Zapata, Maritza
Aliaga Sandoval, Julissa Cecilia
Allemant Castañeda, Nicole
Allemant Sayan, José Ricardo Eduardo
Amaut Prudencio, Kenyi Guillermo
Ampuero Llerena, Ricardo
Aparicio Aparicio, José Martin
Arenas Montalvo, Albert Fabricio
Ayvar Magret, Raúl Elías
Barrenechea Esparch, Eduardo
Bendezú Montes, Mauro Fernando
Blanco Sánchez, Jeremy Jim
Bravo Monteverde, Franco
Brazzini Tessey, Janinne
Buob Concha, Luis Carlos
Cáceres Manrique, Claudia Elizabeth
Calonge De Paz, Madelaine Lorena
Carranza González, Carla
Carty Motta, Luciana Carolina
Castañeda Montaiván , Paulo César
Castañeda Perales, Ian-Pierre
Castro Garcia-Yrigoyen. Cayetana
Chavarry Salas, Rosario Liliana
Coello Guerrero, Raúl Antonio
Cordova Heredia, Lucia
Cueva Pasache, Azucena
Denegri Primo, Juan Manuel
Días Escudero, María Pía
Dorado Cáceres, Michael Jhonatan
Echeverría Pérez, Rodrigo
Figueroa Casusol, Ernesto Alonso Santiago
Flores Huamani, Cynthia Ruth
Forero Bernechea, Diego Sergio
Franco Urdanegui, Andrés
Gamarra Casas, Lorena Alessandra
Gárate Moreno, Diana Cecilia
García Monero, Rodolfo Sebastian
Gonzales Heredia, Daniel Alonso
Gutiérrez Galván, Angela
Guzmán Zecenarro, Diego Martín
Hernández Herrera, Andrés Orlando
Hesse Rodriguez, Alexandra
Izaguirre Ikehara, Mauricio
Leiva Gamboa, Grace Berushka
Loayza Siancas, José Luis
Loro Boneli, Clara Sofía
Mendoza Marro, Camila Ximena
Meneses Salvatierra, Juliette Fabiola
Morales Chipana, Franklin Roberto
Morales Gamarra, Michael Fernando
Morales Muñoz, Ana Paula
Norabuena Vaccaro, Camila Victoria
Obando Ojeda, Walter
Paredes Morales, Luis Gabriel
Quiroz Gonzáles, Jacqueline Lissette
Rivera Sanchez, Romina
Rodas Infante, Bertha Lucila
Rojas Trinidad, Nely Ruth
Ruiz Rosales, Susan Nicole
Salazar Fernández, Josemaría Antonio
Sanchez Ortíz, Jean Pierre
Silva Escobar, Evelyn
Torres Ocampo, Nicole Valeria
Valdivia Ochoa, Juan Gerardo
Velásquez Ramos, Antonella
Ventura Perez, Luis Ángel
Villena Nuñes, Marly Carol

LISTA DE CONSEJO CONSULTIVO

Castañeda Montaiván , Paulo César
Ex Director de Edición – Período 2018
Ex Director General – Periodo 2019
Actualmente es egresado

Guzmán Zecenarro, Diego Martín
Ex Director General – Período 2018
Ex Secretario General – Período 2019
Actualmente es egresado

Morales Gamarra, Michael Fernando
Ex Director General – Período 2006
Ex Director de Eventos – Período 2005
Actualmente docente de la UPC
Asociado Senior del Estudio Olaechea.

Paredes Morales, Luis Gabriel
Ex Director General – Período 2007
Ex Director de edición – Período 2006
Ex docente en la UPC
Ex Vocal Alterno de Sunafil

Forero Bernechea, Diego Sergio
Ex Director de Ventas – Período 2007
Actualmente es docente a tiempo
vcompleto de la UPC

Carranza González, Carla
Ex Directora de Economía – Período 2006
Actualmente trabaja en Estados Unidos
para Amazon.

Diccionario Jurídico

La presente sección tiene la finalidad de compilar las definiciones de ciertas palabras que son utilizadas en los artículos jurídicos de la presente revista y que, sobre todo, son empleadas en el mundo jurídico. Esperamos que esta breve sección facilite la comprensión de todos los lectores.

- **Asociación público-privada:** Hace referencia a la financiación, construcción y gestión que realiza una empresa privada a un servicio público. Mediante esta figura, los privados recuperan su inversión durante un tiempo prolongado obteniendo ganancias a raíz de los cobros a los usuarios de dicho bien o servicio, o mediante los pagos a los que se comprometió el Estado y en algunos casos de ambas situaciones.

- **Certificado I T S E :** Es el comprobante que certifica que una instalación tenga previstos y controlados los riesgos que se podrían dar dentro de este establecimiento, y que, además, se cuenten con todos los protocolos y medidas de seguridad.

- **Confidencialidad:** Se considera una garantía a través de la cual se protege la información personal ya sea de una persona natural o jurídica cuando ésta no desee exponer dicha información. Asimismo, esta garantía se rige bajo ciertas reglas que el derecho ha otorgado en la legislación.

- **Confinamiento:** Es el aislamiento temporal y que se le impone a un individuo, grupo o población por razones de seguridad o salud. Son medidas necesarias para salvaguardar a la sociedad.

- **Contratación pública:** Es conocido como el proceso a través del cual el Estado solicita bienes, servicios u obras para satisfacer un fin público. Es necesario que dicho proceso cumpla y respete ciertas reglas y principios que buscan hacer eficiente la relación del Estado con los terceros encargados de brindar dicho servicio, bien u obra que será perfeccionado mediante un contrato.

- **COVID-19:** Conocido también como SARS-CoV-2. Es un virus que tuvo inicio el 31 de diciembre de 2019 en Wuhan-China. Hasta el momento, sigue ocasionando consecuencias severas a nivel mundial pues se registran muertes diarias por dicha enfermedad. Por ello, los Estados siguen aplicando medidas restrictivas y a su vez siguen produciendo daños a la economía mundial.

- **Deber de Idoneidad:** Es la relación respecto a lo que un consumidor recibe y deseaba recibir, y todo ello de acuerdo a información que se le brindó, a la publicidad, a lo que se le ofreció en primera instancia, a la manera en la cual se dio la transacción, a la naturaleza, entre otras índoles.

- **Deber de información:** Este término hace referencia a la acción de informar, hacer, saber o dar las noticias a la otra parte respecto a las situaciones, circunstancias y cualidades del objeto del contrato, el fondo, elementos y los efectos que tendrá este.

- **Derecho Registral:** Es la agrupación de normas y principios que reglamentan el inicio, la transformación y el término de los derechos reales respecto a los bienes inmuebles y muebles. También, genera condiciones para velar los negocios con efecto de publicidad para el desenvolvimiento de las relaciones comerciales, etcétera.

- **E-commerce:** Conocido también como el comercio electrónico pues tiene como finalidad la adquisición de bienes o servicios mediante una transacción comercial con el solo uso de medios electrónicos. Ello facilita que las personas puedan realizar sus compras sin importar la distancia que exista entre el vendedor y el comprador. Es importante destacar que esta figura se rige bajo normativas de contratación, garantías e incluso protección al consumidor.

- **Infraestructura pública:** Es el conjunto de obras e instalaciones que pueden ser aprovechadas y utilizadas por todos los ciudadanos. Estos pueden ser, por ejemplo, los puertos, carreteras, desagües, aeropuertos, y redes de telecomunicaciones.

- **Junta General de Accionistas:** Es una reunión en la cual participan los accionistas de una empresa que tiene por propósito abordar asuntos de suma relevancia para el giro de la empresa. Las decisiones que se tomen dentro de dicha reunión tienen que darse bajo el respeto de ciertos requisitos legales, cumplimiento del Estatuto y las normas que derivan del mismo.

- **Libro de reclamaciones:** También conocido como el libro de quejas. Es una herramienta mediante la cual los consumidores pueden realizar una queja respecto a un bien o servicio que se llevó a cabo.

- **Obras por impuestos:** Se dan cuando las empresas privadas anticipan el pago de su impuesto a la renta para financiar y realizar proyectos que son de inversión pública y que son prioridad por parte de las entidades del gobierno nacional y gobiernos subnacionales.

- **OECD:** Más conocido como el Organismo para la Cooperación y el Desarrollo Económico en el cual se desarrollan foros, interpretaciones y difusión sobre experiencias económicas y política social. Asimismo, tiene por finalidad brindar mejoras políticas sociales que sirvan como referencia para los Estados y con ello, mejoren puntos importantes dentro de sus gobiernos.

- **Política de garantía:** Es la condición o derecho que el consumidor tiene respecto al producto que va a adquirir. Tiene la finalidad de generar confianza al consumidor y con ello producirá un mayor incremento en las ventas porque se ocasionará franqueza al público.

- **Protección al consumidor:** Está compuesta por un conjunto de normas que tiene por finalidad regular la relación existente entre un consumidor y vendedor por la adquisición de un producto a cambio de una contraprestación económica.

- **Publicidad engañosa:** Es aquella que hace que los consumidores puedan ser inducidos a un error respecto al origen de un servicio o productos. Se puede dar por omitir alguna información que sea relevante para que la persona acepte tomar este bien o servicio o también puede ocurrir por la forma en la cual se le presenta al consumidor.

- **Reactivación económica:** Es un proceso que se inicia después de una crisis económica, es decir, es una fase que tiene por finalidad recuperarse económicamente y presentar crecimientos estables. Esto produce mayor empleo, capital y que las variables económicas mejoren cada vez más.

- **Servicio público:** Son prestaciones que tienen por finalidad satisfacer necesidades esenciales de la población. Están a cargo del Estado bajo su rol subsidiario y, en esencia, son brindadas en su mayoría por el sector privado mediante autorización de ley.

1

MECANISMOS JURÍDICOS PARA EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD EN EL PERÚ

ERICK VARGAS GUEVARA
ÁNGELA RODRÍGUEZ GONZA

.01

MECANISMOS JURÍDICOS PARA EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD EN EL PERÚ



ERICK EDUARDO VARGAS GUEVARA

Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Jefe de Prácticas y adjunto de docencia de Régimen de los servicios públicos y concesión de bienes públicos en la Facultad de Derecho de la misma universidad. Servidor público en la Presidencia del Consejo de Ministros.



ÁNGELA RODRÍGUEZ GONZA

Estudiante del 6to. año de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Miembro principal del Taller de Investigación en Derecho Administrativo (TIDA) de la UNMSM.

LA EXPERIENCIA DE LOS PUNTOS NACIONALES DE CONTACTO Y SU IMPORTANCIA COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES.

SUMARIO:

Dado que el derecho a la salud ha sido recogido en instrumentos nacionales e internacionales, el Estado peruano está obligado a invertir en la modernización de la infraestructura de los centros de servicios de salud, aún más en el marco de la pandemia causada por la COVID-19. Cabe señalar que dicha inversión puede ser llevada a cabo a través de cuatro figuras contractuales: la contratación pública tradicional, las obras por impuestos, los contratos gobierno a gobierno y las asociaciones público-privadas.

I. INTRODUCCIÓN

A raíz del brote de coronavirus (COVID-19), el derecho a la salud ha cobrado una importancia estelar a nivel mundial y los Estados tuvieron que abocarse de forma más intensa a su deber de reforzar sus sistemas de salud pública y atención hospitalaria. En ese sentido, ha habido pronunciamientos a nivel internacional en los que se ha destacado la obligación de los Estados de garantizar la plena realización del derecho a la salud.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó, el 9 de abril de 2020, la Declaración "COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales", que tiene por objeto que "los Estados tengan presente y no olviden sus obligaciones internacionales y la jurisprudencia de la Corte para asegurar la efectiva vigencia y protección de los derechos humanos en la respuesta y contención ante la pandemia[1]".

Posteriormente, el 27 de julio de 2020, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos adoptó la Resolución 4/2020, denominada "Derechos humanos de las personas con COVID-19", que resuelve establecer la siguiente directriz general para los Estados:

> "[…] dar cumplimiento a sus obligaciones de respeto y garantía para asegurar el disfrute y ejercicio de los derechos humanos de las personas con COVID-19, inclusive mediante la integración de un enfoque interseccional y multidisciplinario, que reconozca y afirme la dignidad humana, la eliminación de todas las formas de discriminación, así como la indivisibilidad y la interdependencia de tales derechos en sus normas, políticas y toma de decisiones, y dentro de todos los poderes públicos de los Estados[2]".

No obstante, es difícil para el Estado peruano cumplir con estas obligaciones, pues cuenta con una brecha de infraestructura considerable y con insuficientes equipos para la atención médica, como camas de unidades de cuidado intensivo, ventiladores mecánicos, entre otros.

Es más, antes de la llegada de la pandemia, los índices de infraestructura en salud en Perú ya eran malos: según el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad 2019, a corto plazo, el 24 % (S/ 27,545 millones) del total de la brecha de infraestructura en Perú (S/ 117,183 millones)correspondía al sector salud, mientras que, a largo plazo, el porcentaje del sector es del 16% (S/ 58,727 millones) de un total de S/ 363,452 millones[3].

Por ello, el objetivo de este breve trabajo consiste en describir —desde un punto de vista empírico y jurídico— los mecanismos con los que cuenta el Estado peruano para cerrar las brechas de infraestructura en salud, con la finalidad de contar con las instalaciones y equipos necesarios para prestar servicios de salud con un nivel óptimo, sobre todo para afrontar pandemias como la COVID-19 o futuras. Para ello, previamente se expondrá el tratamiento del derecho a la salud en los instrumentos nacionales e internacionales y se describirán las principales brechas deinfraestructura que se presentan en el sector salud.

II. EL DERECHO A LA SALUD

Este derecho ha sido reconocido en diversos instrumentos jurídicos[4]. En primer lugar, cabe citar la Declaración Universal de los Derechos Humanos[5], que, en su artículo 25, reconoce el derecho de toda persona a la salud, asistencia médica y servicios sociales necesarios:

> Artículo 25
>
> 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asist-

1. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html [Consulta: 25 de junio de 2021].
2. Recuperado de https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf [Consulta: 25 de junio de 2021]. P. 4.
3. Recuperado de mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/planes/PNIC_2019.pdf [Consulta: 25 de junio de 2021]. Pp. 19-20.
4. Además de lo desarrollado en esta sección, puede consultarse: Human Rights Watch (31 de marzo de 2020). Dimensiones de derechos humanos en la respuesta al COVID-19. Recuperado de https://www.hrw.org/es/news/2020/03/31/dimensiones-de-derechos-humanos-en-la-respuesta-al-covid-19#_Toc36462292 [Consulta: 25 de junio de 2021].
5. Adoptada por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 13282, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de diciembre de 1959. Recuperado de https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights [Consulta: 25 de junio de 2021].

encia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social".

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[6] señala que el Estado reconoce el derecho a la salud, tanto física como mental:

Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figuran las necesarias para:

a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños.
b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente.
c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas.
d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".

Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador[7]" establece en su artículo 10 lo siguiente:

Artículo 10

Derecho a la Salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
d. La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y;
f. a satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables";

Por su lado, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[8] establece lo siguiente:

"Artículo XI. Toda persona tiene derecho a

que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".En el ordenamiento jurídico nacional, el derecho a la salud ha sido reconocido a nivel constitucional, en los siguientes términos:

"**Artículo 7**.- Todos tienen derecho a la pro-

6. Adoptado por el Perú mediante Decreto Ley N° 22129, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 29 de marzo de 1978. Recuperado de https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx [Consulta: 25 de junio de 2021].
7. Ratificado por el Perú el 4 de junio de 1995. Recuperado de http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html [Consulta: 25 de junio de 2021].
8. Obligatoria para el Perú conforme lo señalado en la Opinión Consultiva OC-10/89 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 14 de julio de 1989, párrafo 43. Recuperado de https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1263.pdf [Consulta: 25 de junio de 2021].

> tección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad[9]".

Dicho derecho también ha sido reconocido a nivel legal: la Ley N° 26842, Ley General de Salud[10], contiene las siguientes disposiciones:

> "TÍTULO PRELIMINAR
> I. La salud es condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.
> […]
>
> III. Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable.
>
> […]
> Artículo 1.- Toda persona tiene el derecho al libre acceso a prestaciones de salud y a elegir el sistema previsional de su preferencia".

Cabe señalar que el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas identificó los elementos esenciales del derecho a la salud: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad[11].

III. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD Y EL ROL DEL ESTADO

1. El servicio de salud

El artículo 58 de la Constitución establece un claro mandato para el Estado, en tanto le ordena a orientar el desarrollo del país, actuando principalmente en las áreas de promoción de, entre otras, la salud:

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

El Tribunal Constitucional ha señalado que este deber del Estado de actuar principalmente en áreas como la salud se explica en tanto es un sector esencial y de necesidad básica para la población y el progreso social de la nación:

> **"35. Justamente, el mandato constitucional de orientar el desarrollo del país en áreas de especial valoración como son el empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura, cobra relevancia en la medida que son sectores esenciales y de necesidad básica para la población y el progreso social de la nación; de manera que no pueden quedar expuestos aisladamente a los riesgos del mercado, haciéndose menos gravosa una intervención estatal sustentada en estos fines, en la medida, claro está, que sea adecuada y objetiva[12]".**

En ese marco, el Tribunal Constitucional, además de delimitar el derecho a la salud, reconoció expresamente la obligación del Estado de invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, así como de poner en marcha las políticas, planes y programas respectivos:

> **"El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tan-**

9. En ese marco, conforme el artículo 9 de la Constitución, el Estado está obligado a determinar la política nacional de salud.
10. Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 20 de julio de 1997.
11. 11 de agosto de 2000. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud: . 11/08/2000. E/C.12/2000/4, CESCR OBSERVACION GENERAL 14. Ginebra, Suiza: Naciones Unidas. Recuperado de https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf [Consulta: 25 de junio de 2021]. Pp. 3-4.
Este derecho ha sido estudiado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en más de un pronunciamiento; por ejemplo, en los siguientes casos: (i) Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, (ii) Poblete Vilches y otros Vs. Chile, (iii) Hernández Vs. Argentina, (iv) Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador, (v) Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 28: Derecho a la salud. San José, Costa Rica. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/
12. Sentencia recaída en el Expediente N° 00034-2004-PI/TC. Recuperado de https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.pdf [Consulta: 25 de junio de 2021].

> **to física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe efectuar tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida. Ello comporta una inversión en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, así como la puesta en marcha de políticas, planes y programas en ese sentido[13]".**

A nivel internacional, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, al describir los elementos esenciales del derecho a la salud, destacó que cada Estado debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud de calidad; en específico, deja entrever que cada Estado debe contar con hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado.

Además, señaló que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, en las siguientes cuatro dimensiones superpuestas: (i) no discriminación, (ii) accesibilidad física, (iii) accesibilidad económica (asequibilidad) y (iv) acceso a la información[14].

Por su parte, en la Ley General de Salud se establece que la protección de la salud es "de interés público", por lo que el Estado es responsable de "regular, vigilar y promover[15]". Asimismo, se declara "de interés público" la provisión de servicios de salud, "cualquiera sea la persona o institución que los provea". En ese marco, es "responsabilidad del Estado promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud a la población, en términos socialmente aceptables de seguridad, oportunidad y calidad[16]".

Además, la salud no solo es de interés público, sino que es considerada en la literatura como un servicio público social[17]. En el Perú, se trata de un servicio público objetivo, no reservado al Estado y compartido[18], en tanto que también puede ser prestado por los privados (por ejemplo, a través de las clínicas). Es decir, está sujeto a la iniciativa pública como a la privada[19].

No obstante, cuando lo presta el Estado, lo hace en ejercicio de una actividad prestacional directa (no empresarial), que se trata de un tipo de actuación administrativa que tiene por fin la entrega de bienes o servicios[20], para lo que no necesita de una autorización específica; en este caso, el Estado provee el servicio a través de ESSALUD u hospitales. Por su parte, cuando el servicio es prestado por el privado, este sí necesita de una autorización y queda sujeto a la supervisión de la Administración; por lo que, en este escenario, el Estado ejerce su poder de policía o de limitación de derechos.

Por tanto, podemos ver que la salud ha sido considerada a nivel nacional e internacional como esencial para el Estado, a tal punto que su prestación ha sido calificada como de interés público. En ese marco, el Estado peruano tiene el rol protagónico de invertir en la modernización de sus instituciones involucradas en la prestación de servicios de salud, para que esta se dé bajo estándares de seguridad, oportunidad y calidad, cautelando que el derecho a la salud de la población preserve las condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Específicamente en el campo de la salud pública, el Estado tiene amplias funciones de pre-

13. Sentencia recaída en el Expediente N° 2016-2004-AA/TC, fundamento jurídico 27. Recuperado de https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.pdf [Consulta: 25 de junio de 2021].

14. 11 de agosto de 2000. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud: . 11/08/2000. E/C.12/2000/4, CESCR OBSERVACION GENERAL 14. Ginebra, Suiza: Naciones Unidas. Recuperado de https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf [Consulta: 25 de junio de 2021]. Pp. 3-4.

15. Título Preliminar, artículo II.

16. Título Preliminar, artículo VI.

17. Kresalja, B. y Ochoa, C. (2016). Derecho constitucional económico. Colección "Lo esencial del Derecho" N° 8. Lima, Perú: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 105-106.

18. Sobre el servicio público compartido puede verse más en Vignolo, O. (2013). Breves Reflexiones Acerca de los Servicios Públicos en el Perú. Derecho & Sociedad (N° 40). Recuperado de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12802/13359 [Consulta: 25 de junio de 2021]. Pp. 215-221.

19. Vignolo, O. (2012). Apuntes para el entendimiento jurídico de los Servicios Asistenciales Sanitarios Públicos. Revista de Derecho Administrativo (N° 11). Recuperado de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13564/14189 [Consulta: 25 de junio de 2021]. P. 339.

20. Martín Mateo, R. y Díez Sánchez, J. (2012). Capítulo XXVIII. La actividad administrativa (p. 377). En Manual de Derecho Administrativo. 29° edición, revisada, ampliada y puesta al día. Navarra, España: Thomson Reuters – Aranzadi.

vención, promoción y protección[21].

2. EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Este sistema puede ser definido como el conjunto interrelacionado de organizaciones, instituciones, dependencias y recursos, incluidos aquellos vinculados con otros sectores, que realizan principalmente acciones de salud[22]. Conforme al Decreto Legislativo N° 1504, Decreto Legislativo que fortalece al Instituto Nacional de Salud para la prevención y control de las enfermedades, forman parte del Sistema Nacional de Salud peruano el Ministerio de Salud y el Instituto Nacional de Salud[23]. La primera de estas entidades, en calidad de ente rector, la encargada de conducir, regular y supervisar el Sistema[24].

Cabe señalar, como sostienen Cairampoma et al., que "el modelo de sistema de salud elegido por el Estado ha sido el de un sistema de aseguramiento, cuya finalidad es que la totalidad de la población cuente con afiliación a un seguro de salud que cubra sus gastos en casos de enfermedad. El sistema de aseguramiento en salud se compone por entidades aseguradoras denominadas Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS), y por entidades que brindan los servicios de salud a los usuarios, denominadas Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS)[25]".

Mediante la Ley N° 31125[26], y ya casi un año después de declarado el Estado de Emergencia Sanitaria por el brote de COVID-19[27], se declaró en emergencia el Sistema Nacional de Salud y se dispuso el inicio de su proceso de reforma[28], que comprende los ámbitos sobre la rectoría del sistema, la organización de la prestación de los servicios de salud en los diferentes niveles de atención, la gestión de los recursos humanos e infraestructura y equipamiento y la articulación interinstitucional y el equipamiento del sistema de respuesta y prestación en salud.

Particularmente, respecto a ámbito de infraestructura en este sector, mediante la Sexta Disposición Complementaria de la Ley se dispuso la formulación y aprobación del Plan de Infraestructura en Salud, que considere los establecimientos de salud del país, a efectos de la posterior priorización de asignación de recursos presupuestales. Asimismo, mediante la Novena Disposición Complementaria de la Ley se declaró de interés nacional y necesidad pública la realización de estudios de preinversión y ejecución de proyectos de infraestructura de establecimientos de salud a nivel nacional en todos los niveles de atención.

No cabe duda de que con la adopción de esta norma se pretende afrontar el impacto que la crisis sanitaria por la COVID-19 ha producido en el Sistema Nacional de Salud: en el Diagnóstico de Brechas de Infraestructura y Equipamiento del Sector de Salud, publicado en enero de 2021, se da cuenta de los porcentajes de infraestructuras con capacidad instalada inadecuada, ya considerando el impacto que ha tenido la pandemia al desnudar las graves falencias del Sistema Nacional de Salud:

Sector Salud 2020

Indicador de brecha	Valor absoluto	Porcentaje
1. Porcentaje de establecimientos de salud del primer nivel de atención con capacidad instalada inadecuada	8531	97%
2. Porcentaje de nuevos establecimientos de salud del primer nivel de atención por implementar	1791	44%
3. Porcentaje de hospitales con capacidad instalada inadecuada	236	96%
4. Porcentaje de nuevos hospitales por implementar	156	41%

21. Pemán, J. y Cierco, C. (2009). Lección 10. La sanidad y la salud pública. En Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo. Tomo VII: Servicios públicos. Madrid, España: Iustel. P. 313.

22. Sánchez-Moreno, F. (2014). El sistema nacional de salud en el Perú. Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública (Vol. 31, N° 4). Recuperado de http://www.scielo.org.pe/pdf/rins/v31n4/a21v31n4.pdf [Consulta: 25 de junio de 2021]. P. 747.

23. Numeral 2.2 del Decreto Legislativo N° 1504, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 11 de mayo de 2020.

24. Artículo 5, inciso a), del Decreto Legislativo N° 1161, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 7 de diciembre de 2013.

25. Cairampoma, A. et al. (2020). PUCP, Salud pública y COVID-19. Ius 360. Recuperado de https://ius360.com/salud-publica-covid-19-y-pucp-alberto-cairampoma/ [Consulta: 25 de junio de 2021].

26. Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 19 de febrero de 2021.

27. Lo cual se realizó mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 11 de marzo de 2020.

28. Cabe señalar que mediante Resolución Suprema N° 001-2013-SA se había encargado al Consejo Nacional de Salud la tarea de formular y proponer las medidas y acciones necesarias que permitan la reforma del Sector Salud y el fortalecimiento del Sistema Nacional de Salud. Ver: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/270015/241107_RS001_2013_SA.pdf20190110-18386-1pfkwee.pdf [Consulta: 25 de junio de 2021].

5.	Porcentaje de institutos especializados con capacidad instalada inadecuada	10	77%
6.	Porcentaje de laboratorios del Instituto Nacional de Salud con capacidad instalada inadecuada	39	95%
7.	Porcentaje de laboratorios regionales de salud pública con capacidad instalada inadecuada	23	96%

IV. MODALIDADES DE INVERSIÓN PARA DESARROLLAR INFRAESTRUCTURA PÚBLICA Y PRESTAR SERVICIOS DE SALUD

La inversión para la provisión de servicios de salud es muy necesaria, no solo para hacer frente la situación de pandemia de la COVID-19, que implica acciones inmediatas y en el corto plazo, sino también para procurar reducir la brecha en infraestructura y acceso a estos servicios a mediano y largo plazo. Para tales efectos, es necesario que la inversión —ya sea pública o privada, o la sinergia de ambas— se ejecute óptima y eficientemente, de manera que se logre satisfacer la necesidad de la población de contar con este servicio y que este sea prestado con los estándares reconocidos por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y demás instrumentos jurídicos.

Cabe señalar que con este fin se expidió en su momento el Decreto Legislativo N° 1157, Decreto Legislativo que aprueba la modernización de la gestión de la inversión pública en salud, por el que se otorgó a la Unidad Ejecutora 0123 del Pliego 011: Ministerio de Salud, la facultad de formular y ejecutar proyectos de inversión en salud para todos los niveles de complejidad del Ministerio de Salud, y a nivel nacional a solicitud de los pliegos interesados de acuerdo con el marco normativo vigente[29]. En ese sentido, también se creó el Programa Nacional de Inversiones en Salud[3030].

Podemos identificar en nuestro ordenamiento jurídico cuatro figuras contractuales que permiten viabilizar la ejecución de inversión pública y privada para el desarrollo de infraestructura y prestación de servicios de salud: contratación pública tradicional, obras por impuestos, contratos gobierno a gobierno y asociaciones público-privadas. En el sector salud, se ha podido advertir la implementación de cada una de las modalidades mencionadas —aunque, en cierta medida, una más que otra—; por lo que, a continuación, se expondrá cada experiencia de forma breve y descriptiva.

1. CONTRATACIÓN PÚBLICA TRADICIONAL

La contratación pública tradicional es el instrumento al que el Estado ha recurrido con mayor frecuencia para garantizar la prestación de servicios de salud, tanto mediante la implementación y/o mejoramiento de infraestructura necesaria, como mediante la prestación de los servicios de salud per se y la provisión de medicamentos. La regulación de este mecanismo se encuentra en la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado[31] (LCE) y, al tratarse de proyectos de inversión pública, su desarrollo se da conforme al marco normativo del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones (Invierte.pe), aprobado por el Decreto Legislativo N° 1252[32].

En el sector salud, debido a su naturaleza compleja y particular, muchas de las contrataciones se han realizado bajo procedimientos especiales que mediante diversas normas se habilitaron para casos específicos, a fin de flexibilizar las disposiciones de la LCE. Tal es el caso de los Decretos Supremos N° 002-2013-SA[33] y 017-2014-SA[34].

Sin embargo, a pesar de que la aplicación de esta modalidad en este sector ha coadyuvado a cubrir de manera inmediata las carencias del Sistema

29. Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1157, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 6 de diciembre de 2013.
30. Mediante Decreto Supremo N° 035-2014-SA, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 27 de noviembre de 2014.
31. Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 11 de julio de 2014. Su Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF, pu
32. Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 1 de diciembre de 2016
33. "Aprueban procedimiento especial de contratación de servicios de salud que efectuará el Seguro Integral de Salud - SIS y el Seguro Social de Salud - ESSALUD de manera complementaria a la oferta pública, con las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud – IPRESS". Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 5 de febrero de 2013.
34. "Aprueban Reglamento que regula el Procedimiento Especial de Contratación de Servicios de Salud, Servicios de Albergue incluido la alimentación, cuando corresponda, y compra, dispensación o expendio de medicamentos esenciales de manera complementaria a la oferta pública". Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 11 de julio de 2014.

Nacional de Salud a causa de la brecha de infraestructura y acceso al servicio —tal como las contrataciones directas realizadas en el marco de la emergencia por COVID-19, de acuerdo al Decreto de Urgencia N° 025-2020[35]—, generalmente es provisional y/o poco óptima respecto a la inversión pública que importa, debido a las limitaciones y deficiencias que carga. Por ejemplo, en el artículo 142 del Reglamento de la LCE, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF[36], se establece que el plazo de ejecución del contrato será solo de un máximo de tres años, contados a partir del perfeccionamiento del mismo.

Por otro lado, las contrataciones se limitan a tener como objeto de requerimiento a bienes, servicios u obras, mas no a los tres juntos bajo un mismo contrato. Es decir, el Estado deberá celebrar contratos distintos, lo que implica procedimientos de selección para contrataciones individuales, por cada prestación. Cabe mencionar que si bien el artículo 37 del Reglamento de la LCE permite efectuar contracciones por paquete[37], estas también deben efectuarse mediante procedimientos individuales, conforme lo señala el artículo 39 del Reglamento de la LCE[38].

Ahora bien, para garantizar la provisión de servicios de salud no solo es necesario la contratación de bienes y/o servicios clínicos —tales como medicamentos, equipos o servicios de consulta externa—, sino también de aquellos no clínicos —tales como equipamiento de limpieza, gestión de residuos o mantenimiento de la infraestructura hospitalaria—. Esto implica que para que se tenga que cubrir todas las necesidades de bienes y servicios, aunadas a las de infraestructura, será necesaria la suscripción de diversos contratos con distintos proveedores, situación que —en consideración de las limitaciones mencionadas— deviene en poco conveniente para el Estado, que encima tendrá la mayor parte del riesgo, toda vez que el privado únicamente cargará con el cumplimiento de la prestación prometida en el contrato, mientras que el primero se encargará de gestionar dicha prestación.

Por otro lado, se ha evidenciado que de 49 obras de provisión y mejoramiento de infraestructura hospitalaria adjudicadas bajo la modalidad de contratación pública tradicional entre los años 2010-2019, solo 17 fueron concluidas, y la situación de las restantes varía entre obras paralizadas, resueltas o con retrasos.

Tabla N° 2. Hospitales adjudicados 2010-2019 por obra pública

Detalle	Número de obras	Monto adjudicado (millones S/.)
Obra concluida	17	2,135
Hospital en funcionamiento	15	1,940
Hospital no está en funcionamiento	2	195
Obra no concluida	30	3,787
Sin retraso	2	148
Retraso menor a 1 pp (*)	3	343
Retraso entre 1 y 10 pp	4	482
Retraso entre 10 y 30 pp	6	1,026
Retraso mayor a 30 pp	3	414
Paralizada	4	460
Resuelto	8	914
Sin información	2	286
Total general	49	6,208

2. OBRAS POR IMPUESTOS (OXI)

El marco normativo de esta modalidad de inversión es la Ley N° 29230, Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación

35. "Dictan medidas urgentes y excepcionales destinadas a reforzar el Sistema de Vigilancia y Respuesta Sanitaria frente al COVID-19 en el territorio nacional". Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 11 de marzo de 2020.

36. Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 31 de diciembre de 2018.

37. Las cuales resultan aplicables al conjunto de bienes, servicios o consultorías de obra esencialmente similares, con la finalidad de incentivar la mejora de precios y calidades por la competencia y economía de escala, así como simplificar las relaciones contractuales, de acuerdo con la Opinión N° 014-2019/DTN del Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado (OSCE) (p. 4).

38. "39.1. La Entidad puede realizar un procedimiento de selección según relación de ítems para contratar bienes, servicios en general, consultorías u obras distintas pero vinculadas entre sí con montos individuales superiores a ocho (8) UIT, siempre que el órgano encargado de las contrataciones determine la viabilidad económica, técnica y/o administrativa de dicha posibilidad. Cada ítem constituye un procedimiento independiente dentro de un procedimiento principal al que se le aplica las reglas correspondientes al principal, con las excepciones previstas en el Reglamento.
39.2. La Entidad puede efectuar contrataciones por lotes o tramos".
Esto es, cada bien, servicio u obra que se contrate y que tengan relación por ítems, lotes o tramos, deberá atravesar por un procedimiento individual que se regirá bajo la misma línea de un procedimiento principal. Así se ha confirmado en la Opinión N° 224-2019/DTN del OSCE, en donde se precisó que "la Entidad encargada puede realizar un procedimiento de selección según relación de ítems; sin embargo, esta no puede aplicar sistemas de contratación distintos para cada uno de los ítems –pues estos deben seguir las reglas que rigen el "procedimiento principal"–, ni tampoco obligar a los proveedores a participar en la totalidad de ítems que integran dicho procedimiento" (pp. 6-7).

del sector privado[39], y es la única originalmente implementada en el Perú. Este mecanismo consiste en la celebración de un convenio entre una entidad pública (gobierno nacional, regional, local y universidades públicas) con una empresa privada, a efectos de que esta última financie y ejecute proyectos (o proponga alguno) priorizados y declarados viables en el marco del Invierte.pe, cuyos montos de inversión les serán reconocido a través de Certificados de Inversión Pública Regional y Local - Tesoro Público (CIPRL) o Certificados de Inversión Pública Gobierno Nacional - Tesoro Público (CIPGN), mediante los cuales podrá realizar el pago a cuenta y/o regularización del Impuesto a la Renta hasta un 50 %. Justamente, según Sánchez (2016), lo llamativo de este mecanismo es que, en lugar de efectuar un pago líquido o en moneda, la entidad pública cancela la inversión asumida por las empresas privadas en el proyecto con uno de estos títulos valores[40].

Particularmente, en el sector salud, esta modalidad de inversión ha permitido más celeridad que la obra pública tradicional para la dotación de infraestructura hospitalaria, toda vez que el Estado tras la adjudicación traslada el riesgo de desarrollo de la obra al privado y es este último quien o realizará la obra o contratará a un tercero para ello; sin embargo, su aplicación se ha limitado al desarrollo de infraestructura y no a la provisión de bienes o servicios, que se mantienen en manos del Estado.

Hasta la fecha, de acuerdo con las estadísticas de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN), 14 son los proyectos referidos a infraestructura hospitalaria que han sido adjudicados vía este mecanismo, entre los que destacan por su alto monto de inversión los proyectos "Mejoramiento y ampliación de los servicios de salud del establecimiento de salud Llata, distrito de Llata, provincia de Huamalíes - región Huánuco" y "Ampliación y mejoramiento de la capacidad resolutiva del Hospital De Apoyo San Martin De Porres De Macusani, provincia de Carabaya – Puno" . Asimismo, actualmente, se tiene 9 proyectos en cartera, tales como "Mejoramiento y ampliación de la capacidad resolutiva del centro de salud de la localidad de Indiana del distrito de Indiana-provincia de Maynas - departamento de Loreto" y "Mejoramiento y ampliación de los servicios de salud del establecimiento estratégico de salud Jesús, distrito de Jesús, provincia Lauricocha, región Huánuco".

3. CONTRATOS GOBIERNO A GOBIERNO (G2G) O ESTADO A ESTADO

Esta modalidad de inversión consiste en la contratación entre Estados para la adquisición de bienes, servicios o para la ejecución, gestión, desarrollo u operación de obras, a cargo del Estado contratado (a través de sus propios organismos, dependencias, empresas públicas o privadas nacionales o extranjeras). Así, permite la consecución de una gran variedad de objetivos y beneficios para ambos Estados: mientras que el Estado contratante aprovecha la experiencia y know how del Estado contratista, la economía de escala, el acceso a proveedores internacionales en condiciones paritarias, el destaque de profesionales experimentados, entre otros; el Estado contratista, además de conseguir ingresos y mayor presencia internacional, abre nuevos mercados para sus empresas[41].

La regulación de esta modalidad contractual es muy exigua, en tanto está solo en la Vigésima Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 082-2019-EF. Ante esta insuficiencia de regulación, en el sector salud se emitió la Resolución Ministerial N° 1110-2019-MINSA, por la que se aprobó la Directiva Administrativa N° 279-MINSA/2019/OGA, que contiene los lineamientos para la contratación Estado a Estado específicamente en el Ministerio de Salud[42].

Bajo este marco normativo, esta modalidad de inversión fue por primera vez implementada en el sector salud en junio de 2020, mediante el contrato celebrado entre el Ministerio de Salud y el Gobier-

39. Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 20 de mayo de 2008. Su Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N° 294-2018-EF, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 16 de diciembre de 2018.

40. Sánchez, L. (2016). La Nueva Relación Público-Privada en el Ordenamiento Jurídico-Administrativo Peruano a la luz del actual Régimen de Obras por Impuestos. Revista de Derecho Administrativo (N° 16). Recuperado de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16305/16716 [Consulta: 25 de junio de 2021]. P. 281.

41. Medina, J. (2019). El Acuerdo de Gobierno a Gobierno y los Contratos NEC: ¿Soluciones a las deficiencias de la normativa de contrataciones del Estado que puedan ser replicadas por todas las entidades? Revista Ius et Veritas (N° 58). Recuperado de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/21273/20963 [Consulta: 25 de junio de 2021]. P. 112.

42. Recuperado de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/436784/resolucion-ministerial-n-1110-2019-minsa.PDF [Consulta: 25 de junio de 2021].

no de Francia (mediante el Consorcio conformado por Egis Batiments Internacional y AP-HP Internacional) para la asistencia técnica en la ejecución de los proyectos de inversión "Mejoramiento y Ampliación de los Servicios de Salud del Hospital Nacional Sergio E. Bernales localidad de Collique, distrito Comas, provincia y departamento de Lima" y "Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva de los Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena Nivel III-1-Cusco". El desarrollo de estos 2 proyectos, de acuerdo con el contrato celebrado[43], consiste en las siguientes 7 fases:

Fase 1: Estructuración de la PMO (Oficina de Gestión del Proyecto o Project Management Office).

Fase 2: Evaluación situacional, desarrollo de información complementaria y estudios preliminares, reformulación para el fortalecimiento del estudio a nivel de ingeniería básica.

Fase 3: Elaboración de Términos de Referencia.

Fase 4: Procura Internacional (Expediente Técnico, Obra, equipamiento, prestaciones accesorias y puestas en marcha).

Fase 5: Gestión de contratos y supervisión del proyecto, gestión ambiental y arqueología.

Fase 6: Puesta en marcha.

Fase 7: Asistencia de la implementación de batas

Actualmente, se han superado las 3 primeras fases, encontrándose ambos proyectos, a la fecha, en la etapa de licitación de obras.

El segundo caso de implementación de este mecanismo se dio mediante la suscripción del Acuerdo de Gobierno a Gobierno entre el Estado Peruano y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la asesoría y asistencia técnica especializada en la gestión para la implementación de las intervenciones del Plan Integral para la Reconstrucción con Cambios[44] (PIRCC), en junio de 2020, el cual tiene como objetivo rehabilitar y reconstruir la infraestructura física dañada y destruida por el Fenómeno El Niño Costero a nivel nacional, entre las que se encuentran establecimientos de salud. En virtud del mencionado acuerdo, en julio de 2020, se suscribió el Contrato Operativo entre la Autoridad de Reconstrucción con Cambios con el consorcio conformado por Mace Limited, Arup Limited, Gleeds international Limited, Mace Consultancy S.A.C. y Gleeds del Perú S.A.C., relativo a la asesoría y asistencia especializada en la gestión de la implementación de –entre otras infraestructuras- 15 establecimientos de salud:

El segundo caso de implementación de este mecanismo se dio mediante la suscripción del Acuerdo de Gobierno a Gobierno entre el Estado Peruano y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la asesoría y asistencia técnica especializada en la gestión para la implementación de las intervenciones del Plan Integral para la Reconstrucción con Cambios (PIRCC), en junio de 2020, el cual tiene como objetivo rehabilitar y reconstruir la infraestructura física dañada y destruida por el Fenómeno El Niño Costero a nivel nacional, entre las que se encuentran establecimientos de salud. En virtud del mencionado acuerdo, en julio de 2020, se suscribió el Contrato Operativo entre la Autoridad de Reconstrucción con Cambios con el consorcio conformado por Mace Limited, Arup Limited, Gleeds international Limited, Mace Consultancy S.A.C. y Gleeds del Perú S.A.C., relativo a la asesoría y asistencia especializada en la gestión de la implementación de –entre otras infraestructuras- 15 establecimientos de salud:

43. Recuperado de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/986670/contrato_de_gobierno_a_gobierno_copia_verificable_compressed_-Firmado_Digitalmente.pdf [Consulta: 25 de junio de 2021]. Anexo 1 "Fases, Entregables, Plazos de Presentación y Pagos".

44. Aprobado mediante Decreto Supremo N° 091-2017-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Plan de la Reconstrucción al que se refiere la Ley Nº 30556, Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del Gobierno Nacional frente a desastres y que dispone la creación de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 12 de setiembre de 2017.

Tabla N° 4. Cartera de proyectos de APP en sector salud

Proyecto	Tipo de APP	Entidad titular	Año de encargo a PROINVERSIÓN	Fase actual
Gestión Integral de Residuos Sólidos en Establecimientos de Salud del Ministerio de Salud en Lima Metropolitana	Iniciativa Privada Cofinanciada	Ministerio de Salud	2013	Formulación
Diseño Construcción, Operación y Mantenimiento del Hospital Nacional Hipólito Unanue	Iniciativa Privada Cofinanciada	Ministerio de Salud	2014	Formulación
Nuevo Hospital de Alta Complejidad de Piura	Iniciativa Estatal Cofinanciada	ESSALUD	2014	Estructuración
Nuevo Hospital de Alta Complejidad de Chimbote	Iniciativa Estatal Cofinanciada	ESSALUD	2014	Estructuración
Nuevo Hospital Militar Central	Iniciativa Privada Cofinanciada	Ejército del Perú	2015	Formulación

Fuente: página web de PROINVERSIÓN.

tistas son quienes se encargarán de llevar a cabo los procesos de procura a través de los cuales se realizará la selección de subcontratistas.

Y es que mientras que los primeros son los encargados de la gestión de los proyectos, los segundos se encargan de actividades de diseño, construcción, equipamiento o aquellas que las obras del proyecto requieran.

Tal condición significa una gran ventaja para la ejecución de los proyectos en tanto agilizan su desarrollo y buscan que este –mediante la gestión y supervisión constante de los contratos dados en procura- sea óptimo de acuerdo a las condiciones previstas. Como se mencionó, en el primer caso, los proyectos se encuentran aún en la etapa de procura internacional; sin embargo, en el segundo caso ya se puede advertir los resultados de los procesos de procura llevados a cabo, siendo estos la suscripción de 7 contratos colaborativos New Engineering Contract (NEC)[45]en el marco del Contrato Operativo antes mencionado y en razón del número de paquetes en los que han sido agrupados los establecimientos de salud.

4.ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS (APPS)

El Banco Mundial las define como un contrato entre una entidad pública y una empresa privada, para la provisión de una infraestructura pública o servicio, caracterizándose por ser una relación de largo plazo: "A long-term contract between a private party and a government entity, for providing a public asset or service, in which the private party bears significant risk and management responsibility and remuneration is linked to performance"[46]. Otro elemento definitorio de las APPs es que permite al Estado asignar al privado importantes riesgos y la responsabilidad de la gestión. Entonces, surgen como otra alternativa a la contratación pública tradicional.

El marco normativo de las APPs en el Perú se encuentra en el Decreto Legislativo N° 1362[47], que establece, acorde con la literatura sobre la materia, que mediante esta modalidad se busca trasladar riesgos y aprovechar el conocimiento y experiencia del sector privado para el desarrollo de determinados proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o innovación tecnológica, previamente seleccionados por el Estado.

Así, la norma define a las APPs como una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados.

El Reglamento de esta norma[48] señala expresamente que las APPs pueden emplearse para la implementación de proyectos en "Infraestructura

45. Los contratos NEC son contratos colaborativos han sido definidos por la literatura como aquellos contratos estándar de construcción diseñados para facilitar y fomentar una buena gestión en los proyectos en los que se usa (NEC. (2013), NEC3: Engineering and Construction Contract. London: NEC. P. vii) y cuyos principales principios son la flexibilidad; simplicidad y claridad; y estímulo para la buena administración (Nicholas Goud en Medina, J. (2020). Algunos apuntes sobre los contratos NEC: el modelo contractual que se usó en los Juegos Panamericanos. Ius 360. Recuperado de: https://ius360.com/algunos-apuntes-sobre-los-contratos-nec-el-modelo-contractual-que-se-uso-en-los-juegos-panamericanos/#_ftn4 [Consulta: 05 de junio de 2021].

46. Banco Mundial (2017). Public-Private Partnerships. Reference Guide. Version 3. Washington D.C., Estados Unidos. Recuperado de https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29052 [Consulta: 25 de junio de 2021]. P. 1. Sobre el tema, ver también: Yescombe, E. R. y Farquharson, E. (2018). Public-Private Partnerships for Infrastructure. Principles of Policy and Finance. Segunda edición. Butterworth-Heinemann; y UNCITRAL (2020). Legislative Guide on Public-Private Partnerships. Viena, Austria. Recuperado de https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-10872_ebook_final.pdf. También se puede consultar los cursos de PROINVERSIÓN (https://info.proinversion.gob.pe/curso-app-pa/) y del Ministerio de Economía y Finanzas (https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=101180&lang=es-ES&view=article&id=4607).

47. Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 23 de julio de 2018.

48. Aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 30 de octubre de 2018.

pública en general" en salud y "Servicios públicos" en salud[49]. En el sector sanitario, la literatura recomienda la realización de estudios de red y de prefactibilidad —que deben responder a lógicas sanitaria, económica y productiva— para poder decidir si la inversión se ejecuta por un mecanismo tradicional o por APP[50].

Asimismo, en el sector salud peruano, de acuerdo con los "Lineamientos para la aplicación de consideraciones específicas aplicables para la identificación de proyectos de Asociación Público Privada en salud", aprobados mediante Resolución Ministerial N° 165-2017/MINSA, uno de los objetivos que se busca con el desarrollo de las APPs es que "el privado esté obligado por contrato no sólo a construir la infraestructura en salud y equiparlo con tecnología de punta, sino también a operarlos y mantenerlos sobre la base de indicadores de desempeño que garanticen su calidad y disponibilidad[51]".

Cabe señalar que no solo el Ministerio de Salud puede ser titular de proyectos APP, en tanto que conforme la habilitación expresa efectuada mediante la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1362, el Seguro Social de Salud (ESSALUD) se encuentra también facultado para promover, tramitar y suscribir contratos de APP, con el objeto de incorporar inversión y gestión privada en los servicios que presta.

Paquete	Establecimiento de salud	Región	Tipo de intervención
1	Hospital de Apoyo I Chulucanas	Piura	Reconstrucción total
2	Hospital de Apoyo de Pomabamba "Antonio Caldas Dominguez"	Ancash	Reconstrucción total
	Hospital de Apoyo Yungay	Ancash	Reconstrucción total
3	Centro de Salud San Miguel de Faique	Piura	Rehabilitación
	Centro de Salud Limón de Porcuya	Piura	Rehabilitación
6	Hospital de Apoyo II Sullana	Piura	Reconstrucción total
	Centro de Salud Posope Alto	Lambayeque	Reconstrucción total
7	Centro de Salud Yungar	Ancash	Reconstrucción total
	Hospital de Apoyo Recuay	Ancash	Reconstrucción total
	Hospital San Ignacio de Casma	Ancash	Reconstrucción total
8	Centro de Salud San Nicolás	Ancash	Reconstrucción total
	Hospital de Apoyo Caraz	Ancash	Reconstrucción total
	Hospital Provincial de Cascas	La Libertad	Reconstrucción total
II-1	Hospital San Juan de Matucana	Lima	Reconstrucción total

Fuente: Contraloría General de la República del Perú (2021). P.17.

V. CONCLUSIÓN

La salud ha sido reconocida como un derecho fundamental en innumerables instrumentos internacionales, con lo cual el ordenamiento jurídico interno se encuentra en consonancia. En ese sentido, los Estados se en infraestructura para la prestación de servicios de salud con estándares de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. En el caso peruano, el Estado se encuentra constitucional y legalmente obligado a actuar en el área de salud, mandato que es aún más relevante en un contexto de pandemia. En ese sentido, ante la enorme brecha de infraestructura y que se ha agravado por la cantidad de infectados que trajo la COVID-19, es importante conocer con qué herramientas cuenta el Estado peruano como para poder actuar en este sector y así optimizar el derecho a la salud. Con esa idea en mente, este artículo buscó servir como retrato de los principales mecanismos jurídicos que el Estado tiene a la mano y que ha venido usando para el desarrollo de in-

49. Numeral 29.3.

50. Astorga, I. et al. (2017). ¿Cómo articular las APP dentro de un programa de inversiones en salud en América Latina y el Caribe? Nota Técnica N° IDB-TN-1273. Nota 5 de la serie de notas técnicas sobre asociaciones público-privadas en el sector de la salud en América Latina. Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado de https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/%C2%BFC%C3%B3mo-articular-las-APP-dentro-de-un-programa-de-inversiones-en-salud-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe-Nota-5-de-la-serie-de-notas-t%C3%A9cnicas-sobre-asociaciones-p%C3%BAblico-privadas-en-el-sector-de-la-salud-en-Am%C3%A9rica-Latina.pdf [Consulta: 25 de junio de 2021]. P. 6.

51. Recuperado de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/190550/190045_RM_N165-2017-MINSA.pdf20180823-19572-j0x7pt.pdf [Consulta: 25 de junio de 2021]. P. 3.

fraestructura pública y prestación de servicios de salud.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (junio, 2020). Mejorar la eficiencia de la inversión en salud. Boletín AFIN N° 254.

Astorga, I. et al. (2017). ¿Cómo articular las APP dentro de un programa de inversiones en salud en América Latina y el Caribe? Nota Técnica N° IDB-TN-1273. Nota 5 de la serie de notas técnicas sobre asociaciones público-privadas en el sector de la salud en América Latina.
Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado de:
https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/%C2%BFC%C3%B3mo-articular-las-APP-dentro-de-un-programa-de-inversiones-en-salud-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe-Nota-5-de-la-serie-de-notas-t%C3%A9cnicas-sobre-asociaciones-p%C3%BAblico-privadas-en-el-sector-de-la-salud-en-Am%C3%A9rica-Latina.pdf [Consulta: 25 de junio de 2021].

Astorga, I. (2017). Curso Asociaciones Público Privadas en salud: Módulo introductorio: Introducción al Programa Gestores en Salud. Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado de:
http://dx.doi.org/10.18235/0002249 [Consulta: 25 de junio de 2021].

Banco Mundial (2017). Public-Private Partnerships. Reference Guide. Version 3. Washington D.C., Estados Unidos. Recuperado de:
https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29052 [Consulta: 25 de junio de 2021].

Cairampoma, A. et al. (2020). PUCP, Salud pública y COVID-19. Ius 360. Recuperado de:
https://ius360.com/salud-publica-covid-19-y-pucp-alberto-cairampoma/ [Consulta: 25 de junio de 2021].
Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (11 de agosto de 2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud: . 11/08/2000. E/C.12/2000/4, CESCR OBSERVACION GENERAL 14. Ginebra, Suiza: Naciones Unidas. Recuperado de:
https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf [Consulta: 25 de junio de 2021].

Contraloría General de la República. Subgerencia de Control de Megaproyectos (26 de marzo de 2021). Informe de Hito de Control N° 9765-2021-CG/MPROY-SCC. Recuperado de:
https://apps8.contraloria.gob.pe/SPIC/srvDownload/ViewPDF?CRES_CODIGO=2021CSIL33400023&TIPOARCHIVO=ADJUNTO [Consulta: 07 de julio de 2021].

Human Rights Watch (31 de marzo de 2020). Dimensiones de derechos humanos en la respuesta al COVID-19. Recuperado de:
https://www.hrw.org/es/news/2020/03/31/dimensiones-de-derechos-humanos-en-la-respuesta-al-covid-19#_Toc36462292 [Consulta: 25 de junio de 2021].

Kresalja, B. y Ochoa, C. (2016). Derecho constitucional económico. Colección "Lo esencial del Derecho" N° 8. Lima, Perú: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Martín Mateo, R. y Díez Sánchez, J. (2012). Capítulo XXVIII. La actividad administrativa (pp. 373-380). En Manual de Derecho Administrativo. 29° edición, revisada, ampliada y puesta al día. Navarra, España: Thomson Reuters – Aranzadi.

Ministerio de Salud (2021). Diagnóstico de Brechas de Infraestructura y Equipamiento del Sector de Salud. Recuperado de:
https://www.minsa.gob.pe/Recursos/OTRANS/08Proyectos/2021/DIAGNOSTICO-DE-BRECHAS.pdf [Consulta: 25 de junio de 2021].

Medina, J. (2019). El Acuerdo de Gobierno a Gobierno y los Contratos NEC: ¿Soluciones a las deficiencias de la normativa de contrataciones del Estado que puedan ser replicadas por todas las entidades? Revista Ius et Veritas (N° 58). Recupe-

rado de:
http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/21273/20963 [Consulta: 25 de junio de 2021]. Pp. 110-127.

Medina, J. (2020). Algunos apuntes sobre los contratos NEC: el modelo contractual que se usó en los Juegos Panamericanos. Ius 360. Recuperado de: https://ius360.com/algunos-apuntes-sobre-los-contratos-nec-el-modelo-contractual-que-se-uso-en-los-juegos-panamericanos/#_ftn4 [Consulta: 05 de junio de 2021].

NEC (2013). NEC3: Engineering and Construction Contract. London: NEC. Recuperado de:
https://data.gov.uk/data/contracts-finder-archive/download/1470685/f8099d63-4654-4db9-a78f-cc69c88e5038

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Dirección Técnico Normativa (10 de diciembre de 2019). Opinión N° 224-2019/DTN. Recuperado de:
https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/511258/224-19_-_ARTHRUR_J._GALLAGHER_-_MOD.COMPRA_CORPORATIVA_FACULTATIVA.docx [Consulta: 25 de junio de 2021].

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Dirección Técnico Normativa (21 de enero de 2019). Opinión N° 014-2019/DTN. Recuperado de:
https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/354912/Opini%C3%B3n_N__014-2019DTN20190823-20627-1fzwv27.doc [Consulta: 25 de junio de 2021].

Pemán, J. y Cierco, C. (2009). Lección 10. La sanidad y la salud pública. En Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo. Tomo VII: Servicios públicos. Madrid, España: Iustel. Pp. 301-331.

Sánchez-Moreno, F. (2014). El sistema nacional de salud en el Perú. Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública (Vol. 31, N° 4). Recuperado de:
http://www.scielo.org.pe/pdf/rins/v31n4/a21v31n4.pdf [Consulta: 25 de junio de 2021]. Pp. 747-753.

Sánchez, L. (2016). La Nueva Relación Público-Privada en el Ordenamiento Jurídico-Administrativo Peruano a la luz del actual Régimen de Obras por Impuestos. Revista de Derecho Administrativo (N° 16). Recuperado de:
http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16305/16716 [Consulta: 25 de junio de 2021]. Pp. 279-298.

Tribunal Constitucional (2005). Sentencia recaída en el Expediente N° 00034-2004-PI/TC. Recuperado de:
https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.pdf [Consulta: 25 de junio de 2021].

Tribunal Constitucional (2004). Sentencia recaída en el Expediente N° 2016-2004-AA/TC, fundamento jurídico 27. Recuperado de:
https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.pdf [Consulta: 25 de junio de 2021].

Vignolo, O. (2012). Apuntes para el entendimiento jurídico de los Servicios Asistenciales Sanitarios Públicos. Revista de Derecho Administrativo (N° 11). Recuperado de:
http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13564/14189 [Consulta: 25 de junio de 2021]. Pp. 333-341

2

EL DERECHO CIVIL Y EL IMPACTO DEL COVID-19

JULIO FERNANDO JUNIOR CHANG
ALDO ALBERTO LORENZZI BOLAÑOS





02

EL DERECHO CIVIL Y EL IMPACTO DEL COVID-19



ALDO ALBERTO LORENZZI BOLAÑOS

Vicepresidente de la Comisión de Derecho Civil de la Sociedad Peruana de Derecho, incorporado a la Orden del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, cuenta con especialidad en Derecho Civil. Maestrista en el Programa de Derecho de la Empresa de la Escuela de Postgrado NEUMANN, tiene formación como conciliador extrajudicial, especialización en derecho marcario. Coordinador de contenidos de la Revista Digital Futbol & Derecho. Es expositor en diversos foros, columnista en diversos medios digitales de Iberoamérica. Actualmente es miembro del Consejo Consultivo de Alto Nivel de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Perú. Director de la Firma AL & Asociados y Coordinador de la Red Iberoamericana de Gestores Deportivos.



JULIO FERNANDO JUNIOR CHANG TOLEDO

Presidente de la Comisión de Derecho Civil de la Sociedad Peruana de Derecho. Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, incorporado a la Orden del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Especialista en Gerencia Pública por la Escuela de Innovación y Management - Eucim Business School de España y Gestión Pública por la Universidad San Martín de Porres. Egresado de la Maestría en Derecho Civil por la Universidad San Martín de Porres. Especialista en temática de género por la Universidad de Buenos Aires en el marco de la Ley Micaela. Integrante de la 14va Jornada de Derecho Judicial de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Argentina.

Las Respuestas del Derecho Inmobiliario en los Tiempos de COVID-19

SUMARIO:

Sin lugar a dudas, el coronavirus ha repercutido en diversos ejes del Derecho Civil. Ejemplo de lo anterior es el caso de los contratos de arrendamiento, cuya ejecución constituyó una tarea imposible dada la pandemia de la COVID-19. Es por ello que resulta fundamental que, siendo conscientes de los retos y desafíos que afronta la rama civil en el marco de la crisis sanitaria, los abogados propongan soluciones para aminorarlos.

I. INTRODUCCIÓN

El presente documento aborda las reflexiones respecto al cambio y el impacto que ha tenido la pandemia por el brote y propagación de la COVID-19, específicamente en la vida de las personas en el Perú. Nadie imaginó que experimentaríamos una pandemia tan agresiva como la que vivimos hoy en día y que, además, ha marcado la pauta para una nueva normalidad y existencia. Aunque, no nos guste, esta nueva normalidad se ha impuesto a nuestra sociedad y, así, ha modificado nuestro estilo de vida cotidiano, las regulaciones que tenemos en el día a día, desafiando, entonces, el ordenamiento jurídico que teníamos preestablecido.

Numerosas fuentes de información han delatado que los retos y desafíos propuestos por esta pandemia han superado inimaginablemente la idea que teníamos los especialistas frente a lo que sería nuestra llegada al bicentenario.

La COVID-19 se ha vuelto tendencia en el Perú y el mundo desde fines del 2019, fechas en donde nadie pensaba de las variaciones en nuestras vida hasta la actualidad en la que aún seguimos luchando para hacerle frente con las vacunas. Esta enfermedad infecciosa producida por el SARS-CoV-2 es altamente contagiosa y fue declarada como pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020, al haberse propagado por todo el planeta. Nuestro país, por su parte, declaró el estado de emergencia sanitaria el 8 de marzo de 2020 y, posteriormente, decretó el aislamiento social obligatorio, a través del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, publicado el 15 de marzo de 2020 en el Diario Oficial "El Peruano".

Esta enfermedad se ha presentado sin precedentes ni proyecciones, como un acontecimiento extraordinario e imprevisible. A nadie se le habría ocurrido jamás vernos en esta situación, es más, hasta el día de hoy se sigue conociendo la existencia de distintas variantes y es que, este virus, por sus características, va mutando, de tal manera que, es necesario ir a su velocidad para poder estar preparados no solamente en materia de salud, sino también en materia jurídica pues ha impactado en la vida de las personas, en su aspecto personal, en la interrelación familiar, inclusive en las relaciones comerciales.

Este trabajo contiene una versión resumida de los hallazgos que hemos obtenido en más de un año de pandemia y el impacto de ésta en el derecho civil, lo que nos ha llevado a identificar los desafíos y retos presentados, así como los que, a pesar de existir previamente, han sido visibilizados con mayor énfasis; repensar las distintas instituciones y figuras jurídicas a efectos de hacer frente a la coyuntura actual que gira en torno a las consecuencias que ha traído la COVID-19 para la vida en sociedad.

II. EL IMPACTO EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO

Es necesario, importante y relevante, reconocer que la situación en cual venimos viviendo a causa del brote y propagación de la COVID-19, ha impactado en las relaciones interpersonales, familiares y comerciales que existen, ello ha puesto en jaque a nuestro ordenamiento jurídico pues es aquel quien ubica las reglas de juego y la regulación en cada caso de nuestra vida cotidiana. Ante dicho suceso, hay algunas preguntas que nos podrían ayudar a dirigir el presente análisis y comentario: ¿Cómo podemos replantear el cumplimiento de las distintas obligaciones preexistentes? ¿Hasta qué punto puede intervenir el Estado para asegurar el bienestar de la sociedad?

Uno de los primeros impactos de la pandemia por la COVID-19 fue en las obligaciones, siendo el referido a los contratos de arrendamiento, tanto de vivienda como para local comercial. Muchas de las personas que se encontraban vinculadas a uno de los contratos antes mencionados, habían perdido sus trabajos por haber sido despedidos, debido a las afectaciones de las empresas en el sector económico, cuya consecuencia se contempló en la necesidad de reducir su personal casi de inmediato para no caer en la quiebra. Esto trajo; como consecuencia, que muchas pudieran cumplir, al mismo tiempo, con sus obligaciones respecto al pago de la renta sobre el inmueble en el donde vivían u otros, que no pudieran cumplir con el pago del alquiler en los locales comerciales en donde realizaban sus negocios como

el caso del Emporio Comercial de Gamarra. Aquí el problema se circunscribe, específicamente, en la forma de asegurar la ejecución de los términos del contrato. Como ya hemos mencionado, el escenario que se presentaba era a cientos de personas, arrendatarios despedidas o con una reducción de su salario por los términos de la pandemia, lo que imposibilitaba o en todo caso, complicaba el cumplimiento de sus obligaciones a la cual se habían comprometido: el pago de la renta mensual.

No obstante, encontramos también un problema, y este era que inclusive los especialistas no lograban concretar un acuerdo respecto a la forma más idónea para garantizar la ejecución de los contratos o, en su defecto, la exoneración o modificación de las condiciones previamente establecidas en los mismos. Mientras, algunos hacían referencia a los Decretos emitidos por el Congreso, a través de una Ley, en el cual podían intervenir en las condiciones de los contratos a fin de asegurar o proteger a la parte más débil en cada relación contractual para algunos de los arrendatarios. Otro grupo de especialistas – por el contrario – cuestionan dicha iniciativa y afirmaban que, bajo el principio de la santidad contractual, la intervención del Congreso resultaba imposible e inconstitucional, como lo indica Ninamancco:

"En la exposición de motivos no se aprecia análisis alguno sobre su constitucionalidad, pues el artículo 62° de la Constitución contiene una prohibición de alterar o modificar contratos, ya celebrados, mediante una Ley" (Ninamanco, 2020).

Máxime el Código Civil ofrecía ciertas soluciones como lo es la figura de la excesiva onerosidad de la prestación estipulada en el artículo 1440° del Código Civil.

En este punto es necesario indicar que la pandemia ha sido un fenómeno sin precedentes y que necesitaba soluciones rápidas, eficientes, idóneas y céleres por su carácter imprevisible y extraordinario, de tal manera, a nuestra consideración, también necesitaba que los especialistas cayéramos en la realidad en donde nos encontrábamos.
El Código Civil, si bien es cierto, contemplaba ciertos mecanismos que podían fungir de soluciones para eventos de naturaleza extraordinaria; sin embargo, la teoría no iba de la mano con el contexto relacionado a la práctica. Nos explicamos: el Código Civil de 1984, contempla la figura de la excesiva onerosidad de la prestación, la misma que para invocarse debe hacerse, a través de una demanda, es decir, se debe recurrir al órgano jurisdiccional a fin de iniciar un proceso judicial.

Ahora bien, pensar en iniciar un proceso judicial, teniendo en cuenta la poca capacidad de nuestro sistema de justicia para dar respuestas rápidas, no parecía ser para nada el mejor escenario, así la balanza se inclinaba a que, a través de una Ley, se pudiera dar la solución esperada pues su promulgación se encuentra enfocado en un sector poblacional que, producto del Estado de Emergencia, podría verse gravemente afectado (Pasco 2020), como realmente era lo que ocurría.

Por eso, se plantearon Proyectos Legislativos como el N° 5004/2020-CR y el N° 5238/2020-CR; y es que, en realidad, nada impedía al Estado en emitir una Ley que disponga la suspensión y reprogramación del pago de la renta o que, en todo caso, otorgue otro tipo de facilidades para los arrendatarios de casa habitación y/o local comercial, teniendo en cuenta el Estado de Emergencia en el cual nos encontramos inmersos y que todos los actores y/o intervinientes en un contrato de arrendamiento, se encuentran en una situación con episodios de desventaja, postura a la que nos inclinamos. También, siempre y cuando nos encontremos en el escenario que exponemos a causa de la pandemia, para otro tipo de escenario tendremos que remitirnos indefectiblemente a los mecanismos que establece el Código Civil.

III. EL VIRUS DE LA COVID-19 Y EL VIRUS DE LA VIOLENCIA EN LAS RELACIONES FAMILIARES

Seamos honestos, la violencia familiar y, en específico, contra las mujeres ha sido una realidad existente mucho antes del brote y propagación de la COVID-19 en nuestro país y en el mundo, solamente que la pandemia, dentro de uno de sus puntos positivos, ha logrado visibilizar aún más. Este problema ha incidido en la vida de

quienes la sufren y, afectan inevitablemente, a sus familias y sus integrantes de muchas formas y maneras.

Según la Cartilla Estadística N° 06-2020, que contiene las Cifras de Violencia durante el aislamiento social, elaborada por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MINP) , a través del Programa Aurora, se advierte que del 17 de marzo de 2020 al 30 de setiembre de 2020, se han atendido 18,439 casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar por los Equipos Itinerantes de Urgencia (EIU), de los cuales 15,924 (86%) casos corresponden a mujeres y, solo 2,515 (14%) casos a hombres. Sin embargo, nos salta la pregunta ¿Realmente ese es el número verdadero de casos sobre violencia? ¿Las mujeres y niñas que sufren violencia se atreven a buscar ayuda de algún tipo? ¿Los canales implementados por el Estado son suficientes?

Es cierto que, durante la pandemia, el número de llamadas a la línea 100 que ha servido como asistencia, se ha incrementado notoriamente, lo que sugiere al confinamiento como una agravamiento en la situación de violencia que se sufre dentro del hogar ¿Pensábamos que en sus casas iban a estar más protegidas? evidentemente ha sido todo lo contrario; como también lo es que, por mucho tiempo, nos hemos resistido a ver o atender las realidades que no nos alcanzan. Así, Julio Fernando Chang ha indicado que muchas personas han sido invadidas por la duda de qué hacer y qué no hacer en este tiempo de cuarentena obligatoria ante casos de violencia y/o agresiones que pudieran sufrir en el marco de lo dispuesto por la Ley 30364 – Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

Las cifras antes mencionadas, debemos precisar, están basadas en el registro de las denuncias realizadas por las presuntas víctimas; sin embargo, estamos seguros que no representa el universo real de casos de violencia pues muchas de las víctimas no logran realizar la denuncia por diversos motivos como la ilusa idea del "va a cambiar", hasta el miedo de "no salir viva de esa situación". En este punto, traigo a colación lo manifestado por Minna Piispa, quien acotaba:

"Quedarse en una relación de pareja violenta ha sido considerado como un fracaso, mientras que irse ha sido visto como el ejercicio de la agencia por parte de una mujer. Lo que no se ha reconocido es que no irse es, a veces, la única posibilidad que tienen estas mujeres de mantenerse con vida" (Minna Piispa, 2017).

Y es que los servicios de protección, así como las instituciones que trabajan para realizar acciones de prevención y respuesta a la violencia deben ser reforzadas pues resultan indispensables. A pesar de que la violencia no solo es la que se da dentro del hogar familiar, en este artículo hemos querido detenernos ahí por ser lo que justamente se ve dentro de los casos que llegan a dilucidar en los juzgados de familia de nuestro país y que incide directamente con el derecho civil y las reglas de juego establecidas en el Código Procesal Civil, tal como así lo indica la Ley 30364 y el Código de los Niños, Niñas y adolescentes.

IV. EL DERECHO CIVIL EN TIEMPOS DE PANDEMIA

El derecho civil, no ha sido ajeno a todo lo sucedido estos últimos tiempos en nuestras sociedades, por tanto es importante identificar los problemas surgidos en torno a las diversas medidas extraordinarias que han tomado los países como estrategia para contener los contagios masivos. Varsi, Cieza y Torres nos dicen lo siguiente:

"La repercusión de la COVID-19 como hecho jurídico (involuntario), es un suceso, sin precedentes, ni proyecciones que impacta en la vida de las personas en su aspecto básicos de sus derechos (derechos de las personas: a la vida, la libertad, la salud, la integridad, la intimidad, datos sensibles, el honor, etc.) en su interrelación familiar (derechos de familia: frente a la violencia familiar, el régimen de visitas, los cuidados parentales, los alimentos, y de sucesiones: los actos de última voluntad en estados de emergencia, testamento vital) en su relación con los bienes (derechos reales: en el ejercicio de atributos del derecho de propiedad, la posesión, la vecindad, las inmisiones y la modificación de garantías mobiliarias e hipotecarias); en sus relaciones económicas (de obligaciones a causa de inejecuciones, por fuerza mayor y de los contratos: el

cambio de circunstancias, reflejado en la teoría de la imprevisión, el desequilibrio económico, la excesiva onerosidad de la prestación o la lesión) y en los distintos actos jurídicos (contratos especiales, suministro, arrendamiento mutuo, locación de servicios, obras, hospedaje, seguros, etc.)" (Varsi, Cieza y Torres 2020).

Por ello , es importante entender que todas las relaciones entre los individuos y sus derechos han tenido un impacto significativo en el día a día, por este evento extraordinario. Siendo de importancia el derecho civil en la vida diaria Lorenzzi nos dice los siguiente:

"El derecho civil, es muy probable que sea el marco jurídico, que está presente en el día a día, en las relaciones formales entre los individuos de la sociedad" (Lorenzzi 2020).

Por lo que, hoy en día será determinante su evolución y su respuesta ante todos estos hechos que se han venido dando no solo en el Perú, sino también en el mundo.

Podemos decir que esta crisis sanitaria, ha afectado de manera transversal y obliga a la reconfiguración de las instituciones del derecho civil, por lo que es necesario una nueva visión de esta rama del derecho tan importante que tiene una trascendencia para la regulación de muchas relaciones que se dan.

El derecho civil, es una de las ramas más importante del derecho y al haberse visto afectada en diversas dimensiones, este hecho ha generado nuevas formas de buscar los recursos y las fórmulas jurídicas para responder a la necesidad de proteger los derechos de las personas que ya se han visto afectados, así mismo defender los nuevos derechos que se han dado como un efecto de la crisis sanitaria mundial.

La pandemia ha impactado en forma integral los hábitos y consumos de los individuos, y es muy probable que este impacto genera nuevos escenarios en los cuales el derecho debe de responder para solucionar las nuevas problemáticas, siendo el derecho civil y su marco jurídico de importancia para las relaciones interpersonales debido a la protección de los derechos fundamentales. Es importante señalar que muchos civilistas peruanos han fijado sus análisis básicamente en la utilización de las cláusulas de fuerza mayor, de la cláusula Rebuc Sic Stantibus buscando remedios jurídicos para estas situaciones, sin embargo, esto es solamente una parte de todo lo que tendría que tutelar esta rama del derecho, debido a que cada día podríamos encontrar casos en los cuales se ha visto afectado la relación civil entre los individuos de las sociedades actuales por el COVID-19.

Podemos decir lo mismo de las relaciones entre las personas jurídicas, tal como lo señala Cieza:

"Además, el impacto de COVID-19 en las relaciones económicas ha sido y es indiscutible: Contratos que no se pueden cumplir, la economía paralizada, la industria detenida, las bolsas de valores afectadas gravemente, la minería reducida a su mínima expresión, la actividad petrolera atravesando por una grave crisis por el precio del barril y el impacto de la pandemia" (Cieza, 2020).

Estos hechos no solo se dieron en nuestro país, sino también en otros países de la región y del mundo, por consiguiente la crisis sanitaria podríamos decir ha reconfigurado todo.

En ese sentido debemos de citar a la buena fe como un concepto jurídico y un principio rector que podría tener un papel determinante en la afectación de las obligaciones, cuyos efectos se han visto dañadas por la pandemia. Con este principio podemos brindar una alternativa para la solución de estos conflictos emanados a partir de la crisis sanitaria, como señala Domínguez:

"La buena fe, es un concepto jurídico indeterminado con gran contenido ético que, en un sentido objetivo, constituye una norma o principio regulador de la conducta de las partes en el contrato, imponiendo un deber de cooperación, transparencia, honestidad y lealtad" (Domínguez, 2020).

De tal modo, este principio debe de estar en todas las negociaciones que se presenten en esta época pandémica.

Ahora bien, si hacemos un análisis de los diver-

sos derechos que se han visto afectados por la pandemia, además de obligaciones y relaciones contractuales que podría ser lo que más es motivo de análisis y opinión también, empezamos tocando derechos fundamentales, muchos de los sistemas de salud han colapsado en el mundo y más aún en nuestro país, donde se han reportado cerca de 198,000 mil muertes hasta la fecha de publicación

Desde que empezó el estado de emergencia a la fecha, ha ocurrido una serie de consecuencias jurídicas, quizás incalculables, como personas que fallecieron de manera fortuita sin declarar, testamentos inconclusos o vulneración de los derechos fundamentales de algunas de estas personas como una consecuencia sobre la situación actual y otras circunstancias que se han dado, como resultado de diferentes escenarios y situaciones presentados con estos eventos extraordinarios. Empero en materia sucesoria los conflictos han sido importantes.

Para muchos juristas los problemas suscitados en el ámbito del derecho privado, han generado y permitido también, acelerar el proceso de cambio en los sistemas de administración de justicia y esto no podría hacer ajeno a lo que está sucediendo actualmente en el mundo y en el Perú. La virtualidad en los juzgados está convirtiendo muchos actos procedimentales reformulados en nuevos mecanismos virtuales que han permitido aminorar los costos. Así como, desarrollar un trabajo con ayudas electrónicas, serán ahora parte del día a día de los operadores de justicia; ergo en el ámbito civil era necesario este tipo de herramientas para los administrados y tener un acceso a la justicia más accesible.

Como mencionamos anteriormente los derechos reales, también están inmersos dentro de situaciones extraordinarias de crisis que ha dado, relaciones contractuales en materia de arrendamiento que se han visto afectadas, debido a la pandemia y los acuerdos establecidos en cláusulas que no se han cumplido, por lo tanto es deber de nuestro derecho civil ver la forma de generar postulados de solución estos problemas que se han ocasionado entre los privados, como ya hemos desarrollado anteriormente.

Con respecto a las relaciones económicas se han generado diversas situaciones que no han permitido el cumplimiento con las obligaciones pactadas, esto ha ocasionado una nula búsqueda de remedios contractuales adecuados, algo que ha generado un caos a muchos sectores, y esto podría dar a la larga escenarios de controversias interminables.

Nos enfrentamos hoy, quizás, a pretensiones de difícil cumplimiento para los individuos, debido a que la pandemia ha generado una crisis económica sin precedentes, en consecuencia muchas prestaciones originales ya fenecieron. Este podría ser uno de los cuantos ejemplos existentes en torno a este evento extraordinario surgido hace año y medio.

Así mismo, existen diversos escenarios legales, más allá de los mencionados, que han hecho a diferentes actos jurídicos ingresar en conflicto, debido a la nula proyección de este tipo de situaciones, ya que su rol siempre fue más proteccionista.

Es preciso señalar por ejemplo al derecho a la libertad, tan cuestionado no solo en Perú, sino en muchos de los países del cual han tenido que establecer este tipo de medidas restrictivas; suspendiendo así las libertades y al respecto de este tema muchos juristas internacionales han emitido opinión uno de ellos es del mexicano Galván Rivera:

> "El aislamiento voluntario, comúnmente identificado como sana distancia, impuesto por las autoridades y quizás asumido por el miedo al contagio o por instinto de conservación o bien por convicción, para el bien personal y comunitario, lo cual implica la consecuente restricción, para el ejercicio de otros derechos, de otras libertades fundamentales, la más evidente: la libertad de locomoción, pero también de reunión, para toda especie de fines lícitos, la sana diversión, el ejercicio de derecho al trabajo y muchas libertades más" (Galván Rivera: 2020, pág. 39).

Derechos básicos y elementales como el esparcimiento es algo tan innato para el desarrollo de los seres humanos que por la pandemia ha generado en una vulneración a los derechos funda-

mentales.

Podríamos revisar en detalle muchos de estos derechos afectados por la pandemia, sin embargo, consideramos el recuento en los párrafos anteriores como una visión generalizada sobre el impacto del COVID -19 en el derecho civil

V. Los retos y desafíos propuestos por el coronavirus en el en el derecho civil

¿Cuáles son los retos actuales del derecho civil frente a este evento extraordinario de la Pandemia COVID-19? Pues debemos de apuntar a retos que tengan que ver con una nueva forma de ver el derecho civil teniendo un rol en el cual no solo se busca proteger los derechos de las personas, sino también prevenir que no se vulneren los derechos a partir de esta experiencia y de próximos eventos de igual magnitud.

Es ahí también, donde los abogados debemos de entender que ahora con esta pandemia se confieren nuevos retos y desafíos para reformular cláusulas contractuales, por ejemplo, se podrían generar cierta flexibilización de las condiciones y buscar nuevas formas de darles solución a las personas a través del derecho.

El derecho civil debe de pasar de, solo ser proteccionista de derechos a generar institutos que prevean este tipo de situaciones extraordinarias y desarrollar una doctrina con mayor profundidad en esta materia, un derecho de desastres como se planteó en algún momento en algunos trabajos desarrollados en el primer año de la pandemia.

Varsi Rospigliosi acerca de lo que se viene en el derecho en sí, sostiene lo siguiente:

"Son una realidad los innumerables conflictos jurídicos que se nos avecinan. Ello es un reto para la profesión, para el sistema judicial y arbitral, para el derecho en sí y para todos y cada uno de sus protagonistas, debemos estar preparados y sacar una lección de esta crisis; somos más fuertes que ella, debemos actuar con solidaridad y con el máximo respeto a la dignidad" (Varsi Rospigliosi 2020).

Por lo que, es importante que se desarrollen mayores opiniones sobre los nuevos retos del derecho a partir de ahora, si bien para todos, la inmunización de la población. Esta experiencia nos vislumbra que en el debate deben de darse nuevas discusiones sobre el rol del derecho civil en esta sociedad post pandémica a la que se le suma otras discusiones como la regulación de la Inteligencia artificial.

Pero enfocándonos en la tarea del derecho civil, debemos de mencionar que se deben de dar discusiones en base por ejemplo a la figura del testamento vital, ya que es importante que esta figura está regulada en nuestro país, estas voluntades anticipadas podrían ayudar a que el derecho a las personas a decidir si está dispuesta a asumir un tratamiento o no.

Otro tema importante es la herencia digital un tema, que para muchos aún no tendría fuerza para ser regulado, pero es una realidad que casi todas las personas, ya contamos con un patrimonio digital y esto debe de estar regulado, ya que el derecho a la protección de datos y en qué forma podría quedar la información de las personas al morir en redes sociales por ejemplo, o con contenidos que deberían ser protegidos por el derecho de autor, ya en otros países se han dado iniciativas sin mucho éxito.

Estos son algunos de los retos y desafíos que podríamos mencionar a partir de la nueva normalidad y el derecho civil, que serán parte de la discusión en los próximos años en los espacios académicos.

El derecho civil, es una de las ramas más importante del derecho y al haberse visto afectada en diversas dimensiones, este hecho ha generado nuevas formas de buscar los recursos y las fórmulas jurídicas para responder a la necesidad de proteger los derechos de las personas que ya se han visto afectados, así mismo defender los nuevos derechos que se han dado como un efecto de la crisis sanitaria mundial.dimensiones, este hecho ha generado nuevas formas de buscar los recursos y las fórmulas jurídicas para responder a la necesidad de proteger los derechos de las personas que ya se han visto afectados, así mismo defender los nuevos derechos que se han dado

como un efecto de la crisis sanitaria mundial.

La pandemia ha impactado en forma integral los hábitos y consumos de los individuos, y es muy probable que este impacto genera nuevos escenarios en los cuales el derecho debe de responder para solucionar las nuevas problemáticas, siendo el derecho civil y su marco jurídico de importancia para las relaciones interpersonales debido a la protección de los derechos fundamentales. Es importante señalar que muchos civilistas peruanos han fijado sus análisis básicamente en la utilización de las cláusulas de fuerza mayor, de la cláusula Rebuc Sic Stantibus buscando remedios jurídicos para estas situaciones, sin embargo, esto es solamente una parte de todo lo que tendría que tutelar esta rama del derecho, debido a que cada día podríamos encontrar casos en los cuales se ha visto afectado la relación civil entre los individuos de las sociedades actuales por el COVID-19.

Podemos decir lo mismo de las relaciones entre las personas jurídicas, tal como lo señala Cieza:

"Además, el impacto de COVID-19 en las relaciones económicas ha sido y es indiscutible: Contratos que no se pueden cumplir, la economía paralizada, la industria detenida, las bolsas de valores afectadas gravemente, la minería reducida a su mínima expresión, la actividad petrolera atravesando por una grave crisis por el precio del barril y el impacto de la pandemia" (Cieza, 2020).

Estos hechos no solo se dieron en nuestro país, sino también en otros países de la región y del mundo, por consiguiente la crisis sanitaria podríamos decir ha reconfigurado todo.

En ese sentido debemos de citar a la buena fe como un concepto jurídico y un principio rector que podría tener un papel determinante en la afectación de las obligaciones, cuyos efectos se han visto dañadas por la pandemia. Con este principio podemos brindar una alternativa para la solución de estos conflictos emanados a partir de la crisis sanitaria, como señala Domínguez:

"La buena fe, es un concepto jurídico indeterminado con gran contenido ético que, en un sentido objetivo, constituye una norma o principio regulador de la conducta de las partes en el contrato, imponiendo un deber de cooperación, transparencia, honestidad y lealtad" (Domínguez, 2020).

De tal modo, este principio debe de estar en todas las negociaciones que se presenten en esta época pandémica.

Ahora bien, si hacemos un análisis de los diversos derechos que se han visto afectados por la pandemia, además de obligaciones y relaciones contractuales que podría ser lo que más es motivo de análisis y opinión también, empezamos tocando derechos fundamentales, muchos de los sistemas de salud han colapsado en el mundo y más aún en nuestro país, donde se han reportado cerca de 198,000 mil muertes hasta la fecha de publicación

Desde que empezó el estado de emergencia a la fecha, ha ocurrido una serie de consecuencias jurídicas, quizás incalculables, como personas que fallecieron de manera fortuita sin declarar, testamentos inconclusos o vulneración de los derechos fundamentales de algunas de estas personas como una consecuencia sobre la situación actual y otras circunstancias que se han dado, como resultado de diferentes escenarios y situaciones presentados con estos eventos extraordinarios. Empero en materia sucesoria los conflictos han sido importantes.

Para muchos juristas los problemas suscitados en el ámbito del derecho privado, han generado y permitido también, acelerar el proceso de cambio en los sistemas de administración de justicia y esto no podría hacer ajeno a lo que está sucediendo actualmente en el mundo y en el Perú. La virtualidad en los juzgados está convirtiendo muchos actos procedimentales reformulados en nuevos mecanismos virtuales que han permitido aminorar los costos. Así como, desarrollar un trabajo con ayudas electrónicas, serán ahora parte del día a día de los operadores de justicia; ergo en el ámbito civil era necesario este tipo de herramientas para los administrados y tener un acceso a la justicia más accesible.

Como mencionamos anteriormente los derechos reales, también están inmersos dentro de situ-

aciones extraordinarias de crisis que ha dado, relaciones contractuales en materia de arrendamiento que se han visto afectadas, debido a la pandemia y los acuerdos establecidos en cláusulas que no se han cumplido, por lo tanto es deber de nuestro derecho civil ver la forma de generar postulados de solución estos problemas que se han ocasionado entre los privados, como ya hemos desarrollado anteriormente.

Con respecto a las relaciones económicas se han generado diversas situaciones que no han permitido el cumplimiento con las obligaciones pactadas, esto ha ocasionado una nula búsqueda de remedios contractuales adecuados, algo que ha generado un caos a muchos sectores, y esto podría dar a la larga escenarios de controversias interminables.

Nos enfrentamos hoy, quizás, a pretensiones de difícil cumplimiento para los individuos, debido a que la pandemia ha generado una crisis económica sin precedentes, en consecuencia muchas prestaciones originales ya fenecieron. Este podría ser uno de los cuantos ejemplos existentes en torno a este evento extraordinario surgido hace año y medio.

Así mismo, existen diversos escenarios legales, más allá de los mencionados, que han hecho a diferentes actos jurídicos ingresar en conflicto, debido a la nula proyección de este tipo de situaciones, ya que su rol siempre fue más proteccionista.

Es preciso señalar por ejemplo al derecho a la libertad, tan cuestionado no solo en Perú, sino en muchos de los países del cual han tenido que establecer este tipo de medidas restrictivas; suspendiendo así las libertades y al respecto de este tema muchos juristas internacionales han emitido opinión uno de ellos es del mexicano Galván Rivera:

"El aislamiento voluntario, comúnmente identificado como sana distancia, impuesto por las autoridades y quizás asumido por el miedo al contagio o por instinto de conservación o bien por convicción, para el bien personal y comunitario, lo cual implica la consecuente restricción, para el ejercicio de otros derechos, de otras libertades fundamentales, la más evidente: la libertad de locomoción, pero también de reunión, para toda especie de fines lícitos, la sana diversión, el ejercicio de derecho al trabajo y muchas libertades más" (Galván Rivera: 2020, pág. 39).

Derechos básicos y elementales como el esparcimiento es algo tan innato para el desarrollo de los seres humanos que por la pandemia ha generado en una vulneración a los derechos fundamentales.

Podríamos revisar en detalle muchos de estos derechos afectados por la pandemia, sin embargo, consideramos el recuento en los párrafos anteriores como una visión generalizada sobre el impacto del COVID -19 en el derecho civil

V. LOS RETOS Y DESAFÍOS PROPUES TOS POR EL CORONAVIRUS EN EL EN EL DERECHO CIVIL

¿Cuáles son los retos actuales del derecho civil frente a este evento extraordinario de la Pandemia COVID-19? Pues debemos de apuntar a retos que tengan que ver con una nueva forma de ver el derecho civil teniendo un rol en el cual no solo se busca proteger los derechos de las personas, sino también prevenir que no se vulneren los derechos a partir de esta experiencia y de próximos eventos de igual magnitud.

Es ahí también, donde los abogados debemos de entender que ahora con esta pandemia se confieren nuevos retos y desafíos para reformular cláusulas contractuales, por ejemplo, se podrían generar cierta flexibilización de las condiciones y buscar nuevas formas de darles solución a las personas a través del derecho.

El derecho civil debe de pasar de, solo ser proteccionista de derechos a generar institutos que prevean este tipo de situaciones extraordinarias y desarrollar una doctrina con mayor profundidad en esta materia, un derecho de desastres como se planteó en algún momento en algunos trabajos desarrollados en el primer año de la pandemia.

Varsi Rospigliosi acerca de lo que se viene en el derecho en sí, sostiene lo siguiente:

"Son una realidad los innumerables conflictos jurídicos que se nos avecinan. Ello es un reto para la profesión, para el sistema judicial y arbitral, para el derecho en sí y para todos y cada uno de sus protagonistas, debemos estar preparados y sacar una lección de esta crisis; somos más fuertes que ella, debemos actuar con solidaridad y con el máximo respeto a la dignidad" (Varsi Rospigliosi 2020).

Por lo que, es importante que se desarrollen mayores opiniones sobre los nuevos retos del derecho a partir de ahora, si bien para todos, la inmunización de la población. Esta experiencia nos vislumbra que en el debate deben de darse nuevas discusiones sobre el rol del derecho civil en esta sociedad post pandémica a la que se le suma otras discusiones como la regulación de la Inteligencia artificial.
Pero enfocándonos en la tarea del derecho civil, debemos de mencionar que se deben de dar discusiones en base por ejemplo a la figura del testamento vital, ya que es importante que esta figura está regulada en nuestro país, estas voluntades anticipadas podrían ayudar a que el derecho a las personas a decidir si está dispuesta a asumir un tratamiento o no.

Otro tema importante es la herencia digital un tema, que para muchos aún no tendría fuerza para ser regulado, pero es una realidad que casi todas las personas, ya contamos con un patrimonio digital y esto debe de estar regulado, ya que el derecho a la protección de datos y en qué forma podría quedar la información de las personas al morir en redes sociales por ejemplo, o con contenidos que deberían ser protegidos por el derecho de autor, ya en otros países se han dado iniciativas sin mucho éxito.

Estos son algunos de los retos y desafíos que podríamos mencionar a partir de la nueva normalidad y el derecho civil, que serán parte de la discusión en los próximos años en los espacios académicos.

BIBLIOGRAFÍA:

Chang, J. (30 de marzo de 2020). Violencia familiar: El derecho a una vida sin violencia y el acceso a la justicia a propósito del estado de emergencia por el COVID-19. LP - Pasión por el Derecho. Recuperado de:

https://lpderecho.pe/violencia-familiar-derecho-vida-violencia-acceso-justicia-proposito-estado-emergencia-covid-19/?fbclid=IwAR2Pvho1VH6BQMlFW6XUzYcbvMUL3ueioCV-48vsk4cf-lR0WM9WeNP_tlBw

Leysser, H. (27 de abril de 2020). COVID-19, crisis sanitaria y retos del Derecho Civil: Entre la fuerza vinculante y la adecuación de los pactos contractuales. La Ley. Recuperado de:

https://laley.pe/art/9619/covid-19-crisis-sanitaria-y-retos-del-derecho-civil-entre-la-fuerza-vinculante-y-la-adecuacion-de-los-pactos-contractuales

Lorenzzi, A. (2020). Tiempo de Pandemia I. Compilación de artículos. Lima, Perú.

Ninamanco, F. (2020). Proyecto Ley sobre suspensión de pago de alquileres no tiene sustento constitucional. Recuperado de:

https://lpderecho.pe/fort-ninamancco-proyecto-ley-suspension-pago-alquileres-no-tiene-sustento-constitucional/

Ninamanco, F. (07 de abril de 2020). Proyecto Ley sobre suspensión de pago de alquileres no tiene sustento constitucional. LP - Pasión por el Derecho. Recuperado de:
https://lpderecho.pe/fort-ninamancco-proyecto-ley-suspension-pago-alquileres-no-tiene-sustento-constitucional/

Pasco, A. (2020). Si es necesario el proyecto de ley que suspende el pago de alquileres. Recuperado de https://lpderecho.pe/si-es-necesario-el-proyecto-de-ley-que-suspende-el-pago-de-alquileres/

Pasco, A. (09 de abril de 2020). Si es necesario el proyecto de ley que suspende el pago de alquileres. LP - Pasión por el Derecho. Recuperado de:
https://lpderecho.pe/si-es-necesario-el-proyec-

to-de-ley-que-suspende-el-pago-de-alquileres/

PNUD y USAID (2017). El Continuum de la violencia contra las mujeres en la región centro americana Enero, 2017. Recuperado de https://infosegura.org/2017/09/30/continuum-de-la-violencia-contra-las-mujeres/

UNAM (2021) Emergencia sanitaria por COVID-19: Derecho privado. Recuperado de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6426/1.pdf

UNICEF (2021). Reflexiones sobre el impacto del Covid-19 en la lucha para la eliminación de la violencia contra la mujer. Recuperado de https://revistas.unife.edu.pe/index.php/lumen/article/view/2309
Rebaza, K., Buendia, R., & Meléndez, M. (2020). Reflexiones sobre el impacto del COVID-19 en la lucha para la eliminación de la violencia contra la mujer. Lumen, 16(2), 283-298. https://doi.org/10.33539/lumen.2020.v16n2.2309

Varsi, E. (2020). El derecho civil ante la Covid-19. Obtenido de https://www.ulima.edu.pe/idic/blog/el-derecho-civil-ante-la-COVID-19: Nota: Publicada originalmente en el Facebook del IDIC el 7 de abril de 2020.

Varsi, E., Cieza, J. & Torres M. (s./n.) El derecho civil ante la COVID-19. Universidad de Lima. Recuperado de https://www.ulima.edu.pe/idic/blog/el-derecho-civil-ante-la-COVID-19

Varsi, E. (14 de julio de 2020). El derecho civil ante el COVID-19: reto para la profesión legal. Recuperado de https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/11108/Varsi_el_derecho_civil.pdf?sequence=4&isAllowed=y

VERSATIIL (2020). Derecho Civil en tiempos de Pandemia: soluciones de los operadores jurídicos. Recuperado de https://www.versatil.legal/derecho-civil-en-tiempos-de-pandemia-soluciones-de-los-operadores-juridicos/

VERSATIIL (17 de noviembre del 2020). Derecho Civil en tiempos de Pandemia: soluciones de los operadores jurídicos. Versatil Legal & Business Services. Recuperado de:
https://www.versatil.legal/derecho-civil-en-tiempos-de-pandemia-soluciones-de-los-operadores-juridicos/



ROSALES RODRIGO

Consultoría independiente en temas de arbitraje, contratación estatal, derecho de la construcción y derecho civil patrimonial

Telf. 987492292
Correo: arbitraje.sear@gmail.com
Dirección: Calle Elías Aguirre 180, Miraflores

3

LAS RESPUESTAS DEL DERECHO INMOBILIARIO EN LOS TIEMPOS DE COVID-19

YELVI ADRIÁN HUARACC





03

LAS RESPUESTAS DEL DERECHO INMOBILIARIO EN LOS TIEMPOS DE COVID-19



YELVI ADRIÁN HUARACC

Asociada del Área Corporativa e Inmobiliaria del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados. Abogada por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Egresada del Programa de Especialización en Inversión, Saneamiento y Derecho Registral Inmobiliario de la Universidad de Piura. Becaria del II Curso de Extensión Universitaria de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp), "Curso de Especialización en Derecho Registral". Becaria del XV Curso de Extensión Universitaria del Organismo Supervisor de la Inversión en la Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran), "Curso de Especialización en Derecho Regulatorio".

Regulación Vigente de Explosivos en el Perú y Propuestas de Mejora Normativa

SUMARIO:

La declaración del Estado de Emergencia Nacional por causas de la propagación de la COVID-19 ha significado un gran cambio en la manera de ejercer el Derecho. Evidentemente, el sector inmobiliario no ha sido ajeno a dicho cambio y, por ello, ha sido necesario que se den importantes respuestas por parte de las instituciones públicas, en especial, si hablamos de la digitalización de distintos servicios que son necesarios para las transacciones y proyectos inmobiliarios.

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que el 2020 fue un año en que la vida de las personas tuvo que cambiar a causa de la propagación de la COVID-19, las restricciones al libre tránsito, las reducciones de aforo, las restricciones a la atención presencial, entre otras acciones, evidentemente hicieron que el mundo del Derecho y, por ende, el de los abogados tuviera un giro que llevará a las distintas instituciones, sean privadas o públicas, y a los mismos abogados a crear mecanismos alternativos para seguir ejerciendo el Derecho en la nueva normalidad.

En el sector inmobiliario tuvieron que crearse nuevas formas de cerrar transacciones, sanear propiedades, ejecutar proyectos, etc. Actualmente, a más de un año desde que inició la propagación de la COVID-19, existen diferentes mecanismos legales que han permitido a este sector seguir su curso.

En el presente artículo desarrollaremos las principales respuestas del Derecho Inmobiliario en los tiempos del COVID-19, aquellas que han sido necesarias para impulsar el sector inmobiliario.

II. TRÁMITES MUNICIPALES:

No es novedad para todos aquellos que se dedican al rubro inmobiliario, que el trabajo de las municipalidades es importante para el impulso del sector. Para empezar las municipalidades tienen como función velar por el desarrollo urbano de su jurisdicción, para lo cual deben hacer respetar la zonificación (comercial, industrial, residencial, zonas de reglamentación especial, entre otros) y los usos de los suelos, lo que permite que exista un balance entre las actividades económicas que se desarrollan en un distrito y su lado residencial. En ese sentido, son las municipalidades quienes emiten las licencias de funcionamiento y los Certificados de Inspección Técnica de Seguridad en Edificaciones (en adelante, "ITSE"), documentos necesarios para la operación de actividades económicas.

Cabe recordar que una de las primeras disposiciones emitidas por el gobierno peruano cuando aparecieron los primeros casos de COVID-19 en el Perú, fue la orden de suspender todas las actividades económicas, así como el cierre de sus locales.

No obstante, a medida que era necesario contar con varios servicios para impulsar los distintos sectores, entre ellos, el sector inmobiliario, se autorizó la apertura de la mayoría de las actividades previa incorporación de protocolos sanitarios, priorizándolos el servicio de entrega a domicilio.

A su vez, algunos negocios requerían cambiar de giro (actividades) para poder subsistir.

Por ello era importante simplificar los procedimientos administrativos relativos al otorgamiento de las licencias de funcionamiento y de los Certificados ITSE, pues, como lo comentamos anteriormente, estos permisos son necesarios para que los establecimientos puedan operar.

Es así como, mediante el Decreto Legislativo Nº 1497 (publicado en el Diario Oficial El Peruano el 10 de mayo de 2020), se modificó la Ley Marco de Licencias de Funcionamiento, Ley Nº 28976, a fin de impulsar la economía peruana y se estableció lo siguiente:

- La posibilidad de cambiar el giro (actividades) de las licencias de funcionamiento con obras de refacción y/o acondicionamiento (cuando sean necesarios) en aquellos establecimientos calificados con nivel de riesgo bajo o medio, siempre que no se afecten las condiciones de seguridad ni se incremente el riesgo a nivel alto o muy alto. Se aprobó este procedimiento como uno de aprobación automática previa presentación de una declaración jurada en la municipalidad correspondiente.

- La autorización para que los establecimientos que contarán con licencia de funcionamiento desarrollen como actividad el servicio de entrega a domicilio para la distribución de sus productos o servicios, sin necesidad de realizar algún trámite de ampliación de giro.

- La obligatoriedad para que, en el desarrollo de las actividades económicas, los establecimientos cumplan con los protocolos de salud que se emitan en el marco de la emergencia sanitaria por la COVID-19, para lo cual es responsabilidad de las municipalidades orientar a los administrados la aplicación de estos protocolos.

- Se dispuso la extensión por el plazo de un (1) año a partir del vencimiento del Certificado ITSE emitido bajo el Decreto Supremo Nº

058-2014-PCM[1], para que las municipalidades atiendan las solicitudes de nuevos Certificados ITSE, aunque a la fecha, este plazo ha vencido.

- Se otorgó también prórroga de un (1) año adicional, contado desde la expedición del nuevo Certificado ITSE, a aquellos establecimientos cuyo Certificado ITSE hubiera vencido en el marco del Estado de Emergencia Nacional por causas de la COVID-19, siempre que no hubiera sido renovado con anterioridad.

A estas disposiciones se sumó el hecho de que las distintas municipalidades crearon la denominada "mesa de partes virtual", en donde se incorporaron los procedimientos mecanizados relativos a las licencias de funcionamiento y a los Certificados ITSE.

Por otro lado, las municipalidades también tienen como función aprobar los proyectos de habilitación urbana y de edificación. El tema es que aún se siguen esperando respuestas por parte de estas instituciones para simplificar este tipo de procedimientos, ya que aún se mantiene la regla de presentación física. A este punto de la nueva normalidad, es sumamente importante que las municipalidades incorporen mecanismos para acceder a la presentación de documentos técnicos vía online y a las reuniones virtuales que antes permitían una comunicación fluida entre los administrados y la entidad.

III. SERVICIOS REGISTRALES:

La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (en adelante, la "SUNARP") es una institución clave para el cierre de las transacciones inmobiliarias (compra de inmuebles, inscripciones de garantías, etc.), la ejecución de proyectos inmobiliarias (inscripciones de habilitaciones urbanas, de declaraciones de fábrica, reglamentos internos, independizaciones, etc.) y para el saneamiento de los predios, sea de saneamiento de terrenos y/o de edificaciones (inscripciones de rectificaciones de áreas, de coordenadas, etc.)

A la fecha, la SUNARP ha implementado una serie de servicios vía online, que son fundamentales para el impulso del sector. Antes de la declaración del Estado de Emergencia Nacional a causa de la COVID-19, estos servicios eran brindados necesariamente en las oficinas de la SUNARP, por lo que al ser -ahora- vía online significa la simplificación de los procedimientos, un ahorro de tiempo, así como menos exposición a la enfermedad de la COVID-19.

Estos servicios vía online son los siguientes, la mayoría habilitados en el Sistema de Publicidad Registral en Línea ("SPRL") SUNARP:

- La expedición del Certificado Registral Inmobiliario: Este documento nos muestra los principales datos de una partida registral del Registro de Predios, como quién es el propietario inscrito, la existencia de cargas y/o gravámenes, de títulos pendientes y de otras anotaciones relevantes. Anteriormente la entrega de este documento era necesariamente presencial.

- La expedición de la Copia Literal: Este documento contiene la partida registral completa de un inmueble y viene certificada por uno de los abogados autorizados de la SUNARP, usualmente utilizado para trámites ante otras entidades del Estado, tales como, Poder Judicial, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, municipalidades, etc.

- La expedición de copias de títulos archivados: Se trata de la expedición de copias de aquellas escrituras públicas, resoluciones judiciales, resoluciones administrativas, etc. que forman parte del archivo registral por haber accedido a la inscripción, es decir, sustentas los asientos de inscripción anotados en las partidas registrales. Este fue uno de los servicios más requeridos a la Sunarp, para que sea incorporado en su catálogo de servicios online, debido a que los títulos archivados son sumamente importantes al momento adquirir un inmueble o un derecho sobre el mismo[2]. El único problema de este servicio es que solo es aplicable para los títulos archivados a partir del 2001, si el título archivado es anterior, necesariamente se deberá

1. Este Decreto Supremo regulaba el antiguo Reglamento ITSE actualmente se encuentra vigente el Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo No. 002-2018-PCM.

2. Artículo 2014. Principio de buena fe pública registral
El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

acudir a las oficinas registrales, algo que puede ser un problema si las cuarentenas suelen ser impuestas según el comportamiento del COVID-19 y su propagación. Por el contrario, una de las grandes ventajas de este servicio es que se puede solicitar títulos archivados de cualquier oficina registral del país, de ese modo ya no es necesario esperar los quince (15) días de envío y retorno que anteriormente se tenían que esperar cuando se solicitaba un título archivado en una oficina registral distinta.

- El Certificado de Búsqueda Catastral: Este Certificado es el resultado de la comparación del polígono de un predio (presentado por el usuario) con la base gráfica catastral-registral a fin de poder conocer si sobre dicho predio existen superposiciones con derechos de terceros. Este documento, es necesario si hablamos de rectificación de áreas, de adquisición de predios o inclusive si se planea ejecutar un proyecto inmobiliario, ya que no se recomienda construir si antes no se tiene la certeza que sobre el predio no existen superposiciones que posteriormente hagan imposible la inscripción de la edificación.

- Habilitación del Sistema de Intermediación Digital – SUNARP(SID-SUNARP) para distintos actos: El SID- SUNARP era un mecanismo alternativo de presentación de títulos por parte de los notarios, anteriormente solo estaba habilitado para la presentación de actos simples como compraventa sin hipoteca. Actualmente, se ha habilitado el SID SUNARP para la presentación de prácticamente todos los actos en el Registro de Predios de SUNARP.

IV. TRÁMITES TRIBUTARIOS:

El Decreto Legislativo Nº 776, Ley de Tributación Municipal, regula dos tributos municipales de índole predial: (i) El Impuesto predial (en adelante, el "IP") y (ii) El Impuesto de Alcabala (en adelante, el "IA").

El IP grava cada año el valor de los predios urbanos o rústicos. En dicho valor se considera no solo el valor arancelario de los terrenos, sino también el valor de las edificaciones y de las otras instalaciones fijas y permanentes que existen en los predios. Están obligados a pagar el IP los propietarios de los predios.

Por otro lado, el IA grava el valor de las transferencias de propiedad de los inmuebles, sean urbanos o rústicos. De acuerdo con el artículo 21 del Decreto Legislativo Nº. 776, el IA grava las transferencias de propiedad a título gratuito u oneroso, cualquiera sea su forma o modalidad, inclusive si se trata de ventas con reserva de dominio.
Asimismo, el artículo 27 de la referida norma establece los casos exceptuados del pago del IA.

En el caso del IP las municipalidades han adaptado sus plataformas para que el pago pueda realizarse de manera online o a través de las bancas electrónicas de los usuarios[3]. En el caso del IA, muy necesario para cerrar transacciones inmobiliarias referidas a transferencias de propiedad, también se han creado mecanismos para la liquidación y pago vía online.

En el caso de Lima, la entidad que administra, recauda y fiscaliza el IA es el Servicio de Administración Tributaria ("SAT"). Durante el Estado de Emergencia, esta institución habilitó un correo institucional y su página web "Agencia Virtual SAT" para la liquidación y pago de este impuesto, no obstante, el problema de este mecanismo y que quizá aun no ha sido superado, es que muchas veces las liquidaciones salen observadas y no se explica de manera clara la razón de la observación, por ello, la atención presencial para liquidación del IA aun sigue siendo una opción más rápida.

Cabe señalar que también existen notarías afiliadas al SAT que permiten la liquidación del IA[4].

V. CONCLUSIONES:

- En el último año, se han ido incorporando una serie de mecanismos digitales que han permitido que el sector inmobiliario siga su curso, los trámites administrativos necesarios para las transacciones inmobiliarias, los proyectos

3. El IP usualmente se paga con los arbitrios municipales, una tasa referida a los servicios públicos de limpieza de calles, mantenimiento de parques, serenazgo, etc.
4. Relación de Notarías: https://www.sat.gob.pe/WebSiteV9/TributosMultas/ImpuestoAlcabala/NotariasAlcabala.

inmobiliarios, los saneamientos de predios, han tenido que adecuarse a la situación de la propagación de la COVID-19.

- Las municipalidades hoy en día cuentan con la denominada mesa de partes virtual, la Sunarp cuenta con el SPRL y con el SID SUNARP, en donde encontramos el acceso a la mayoría de sus servicios, por su parte el SAT tiene su plataforma Agencia Virtual SAT.

- No obstante, aún es necesario la simplicidad y mecanización de los procedimientos administrativos referidos a la habilitación urbana y a la declaratoria de fábrica, pues son vitales para la ejecución de proyectos inmobiliarios.

BIBLIOGRAFÍA:

Presidencia de la República del Perú. (2020) Ley que establece medidas para promover y facilitar condiciones regulatorias que contribuyan a reducir el impacto en la economía peruana por la emergencia sanitaria producida por el covid-19 DIARIO OFICIAL (Decreto legislativo. Nº 1497) Recuperado de:

https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-establece-medidas-para-promover-y-fa-decreto-legislativo-n-1497-1866211-4/

Presidencia de la República del Perú. (2020) Ley que modifica la legislación del sistema tributario del gobierno central y de los gobiernos locales (Decreto legislativo Nº776) Recuperado de:

https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9FB09CDC75082094052581560074771E/$FILE/2.Ley_de_Tributaci%C3%B3n_Municipal.pdf

4

REFLEXIONES SOBRE EL E-COMMERCE DESDE LA ÓPTICA DEL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR EN EL MARCO DEL COVID-19 (ANÁLISIS DEL CASO PERUANO)

OMAR ALFREDO DAMIÁN MEDINA




INFOLINIA: 801 321 123 / +48 22 134 00 00 Z ZAGRANICY
PODPIS POSIADACZA KARTY / AUTHORIZED SIGNATURE

04

RELEXIONES SOBRE EL E-COMMERCE DESDE LA ÓPTICA DEL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR EN EL MARCO DEL COVID-19 (ANÁLISIS DEL CASO PERUANO)



OMAR DAMIÁN MEDINA

Abogado Principal de Almerco Abogados & Consultores. Director Ejecutivo de Mercado & Competencia. Estudios de Posgrado en la Maestría en Derecho Civil y Comercial por la UNMSM. Estudios de Posgrado y Especialización en Libre Competencia por la Universidad ESAN y Derecho de la Competencia y Derecho de Consumo en la Escuela de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico. Abogado por la USMP. Autor de las obras «Tratado de Protección y Defensa del Consumidor» y «Protección y Defensa del Consumidor · Jurisprudencia Especializada».

SUMARIO:

1. Hoy, a más de un año de la actual pandemia, donde el futuro es incierto y el mundo entero lamenta millones de muertes; la economía global encuentra un nuevo desafío: su reinvención. Y frente a ello, la interrogante, ¿qué nuevos derechos aparecen frente a través del E-Commerce?

   En el presente artículo, se desarrollará y analizará cómo la situación del COVID-19, el estado de emergencia y la actual pandemia ha generado un gran impacto al E-Commerce y en su normativa. Y cómo a partir de este hecho, el mundo del comercio digital cambiará sus lineamientos.

1. AYER, HOY Y... ¿MAÑANA? DE UNA NUEVA SOCIEDAD

La crítica e irresoluta situación que intempestivamente debemos afrontar con motivo del COVID-19, conlleva a la adaptación y el cambio de nuestras prácticas tanto sociales como económicas a nuevas formas alternativas y otras que, en contextos distintos, resultaban impensables.

En lo referido a nuestras prácticas sociales, probablemente hemos sido testigos de múltiples voces optimistas, sin que sea posible identificar a quien atribuirse su autoría, que han optado por denominar al aislamiento social bajo la denominación de «socialización a distancia». De igual forma, en referencia a nuestros hábitos de consumo es innegable dar lugar y preponderancia al Comercio Digital o también llamado Comercio Electrónico o eCommerce, cuyo predominio se ha vuelto inminente frente a la presencia de un enemigo casi invisible que se propaga fácilmente por el contacto social o de objetos que fueron impactados con gotículas procedentes de la nariz o boca que salen despedidas cuando una persona infectada tose o exhala[1].

De esta manera, la experiencia nos ha demostrado una vez más que el mercado se abre paso por sí mismo y que sus fallas que, de manera infranqueable y natural, inciden directa y subliminalmente en el juego de la oferta y demanda, dejan en evidencia que este escenario avanza a pasos descomunales[2].

Por ese motivo somos testigos y probablemente, si continuamos actuando de manera responsable con madurez, seremos protagonistas de que nada de lo que conocíamos y vivíamos, por reacción o prevención, volverá a ser como antes.

2. LA ECONOMÍA PERUANA EN MEDIO DE LA ENFERMEDAD

A nueve días del brote de la enfermedad en nuestro país, el gobierno adoptó múltiples medidas normativas de corte económico, laboral, personal, previsional y social; creando, transformando, restringiendo libertades y obligaciones fundamentales para salvaguardar los derechos fundamentales a la vida y la salud pública.

Entre las medidas más importantes, se encontró el aislamiento social obligatorio de la población y con ello, la libertad de tránsito en el territorio nacional, a excepción de los centros de abastecimiento y expendio de productos farmacéuticos de primera necesidad, combustible, centros de salud y diagnóstico en casos de emergencia, entidades financieras, seguros y pensiones, así como los servicios conexos que garanticen su adecuado funcionamiento. No obstante, el día que se decidió poner un alto a nuestro país, la sociedad peruana aún fungía innumerables actividades culturales, sociales y, sobre todo, económicas que dinamizan nuestro país.

Hoy, a más de un año de confinamiento, ahora distinguido por rangos de horarios, donde el futuro es incierto y el mundo entero lamenta más de dos millones novecientos dos mil cuatrocientos noventa y tres decesos[3], entre los cuales, el escenario peruano aporta más de cincuenta y tres mil novecientos setenta y ocho casos[4], con cargo a duplicarse si es que los números se sinceran, la economía global encuentra un nuevo desafío: su reinvención. Y frente a ello, la interrogante, ¿qué nuevos derechos aparecen frente a través del E-Commerce?

3. E-COMMERCE, ¿EL NACIMIENTO DE UNA «NUEVA» PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR?

Para Gaston E. Bielli y Carlos J. Ordoñez (2020) «Los contratos electrónicos de consumo son aquellos

1. Organización Mundial de la Salud Enlace: www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses

2. «En economía, las fallas de mercado hacen referencia a aquellas situaciones que se producen cuando el suministro que hace un mercado de productos o servicios no es eficiente, ya sea porque el mercado suministre más cantidad de lo que sería eficiente o porque el equilibrio del mercado proporciona menos cantidad de un determinado bien (entendido como producto o servicio) de lo que sería realmente eficiente». Samuelson, Paul y Nordhaus, William. (2006). Economía. 18ª ed. McGraw Hill Interamericana, p. 158.

3. «Coronavirus: el mapa que muestra el número de infectados y muertos en el mundo por el covid-19». Nota de prensa elaborada por BBC News Mundo. Enlace: www.bbc.com/mundo/noticias-51705060
Consultado el 09.04.21

4. «Perú registra 567 muertos por COVID-19 en la última jornada». Nota de prensa elaborada por Datosmacro.com
Enlace: https://datosmacro.expansion.com/otros/coronavirus/peru. Consultado el 09.04.21

celebrados entre un consumidor o usuario y un proveedor, público o privado que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte del primero, para su empleo o disfrute personal, familiar o social.» (T. I, p. 109).

Históricamente, las primeras evidencias de la aparición del E-Commerce, se remontan a la olvidada década de los noventa, decenio en el cual, el predominio de la información se disparaba a niveles incuantificables y la tecnología, con el auge global del internet, pasó a formar parte fundamental del nuevo orden mundial[5].

Desde aquella fecha, el E-Commerce logró superar las más importantes barreras aduaneras, burocráticas, culturales, económicas, legales, políticas, sociales y tributarias que limitaban el tráfico mercantil. Consecuentemente, logró el beneficio de los consumidores en todas sus esferas, superando las vallas de la desconfianza y el desconcierto entre sus agentes, mediante un gran abanico de ventajas que cada día crece más con la innovación del mercado[6].

Recordemos que el consumo es una actividad inherente a la humanidad. Por ello, en cada lugar donde las normas imperen el manejo de una sociedad, la protección y defensa del interés de los consumidores, nunca terminará. A razón de ello, es innegable que el Derecho a la Protección y Defensa del Consumidor cobra vital importancia en estos tiempos difíciles donde las ofertas y obligaciones de muchos proveedores quedaron pactadas y algunas otras venían siendo ejecutadas. No obstante, conviene preguntarnos si nuestra legislación actual, se encuentra prevista para situaciones como las que actualmente afrontamos y lo que podría ser más urgente aún para el E-Commerce, cuya práctica comercial será predominante en los nuevos tiempos.

4.BREVE REPASO A NUESTRA NORMATIVA

La Ley N° 29571 instauró en nuestro sistema normativo y de gestión empresarial, el denominado «Código de Protección y Defensa del Consumidor », cuyo propósito es tutelar el interés de los consumidores o destinatarios finales de un bien que se encuentran inmersos o expuestos a una relación de consumo.

A diferencia de la legislación civil ordinaria, esta norma reconoce que existe una parte débil, el consumidor, quien se encuentra expuesto a una situación dispareja en razón a que los proveedores cuentan con mejor información y fuentes que permiten su acceso.

De este modo, hemos comprendido que la aplicación de nuestra normativa de consumo solo tutela la relación que existe entre consumidores y proveedores. No obstante, creemos que acertadamente no se hizo una distinción ni restricción al medio o canal por el cual se realice. Así, nuestra legislación tutela bajo las mismas prerrogativas, los derechos de los consumidores en el marco de la contratación presencial y virtual. En los acápites siguientes desarrollaremos algunos ejemplos.

5. DEBER DE INFORMACIÓN

Para afrontar esta desigualdad, nuestro Código de Protección y Defensa del Consumidor reconoce que el derecho a la información relevante es una premisa fundamental que debe prevalecer en el marco de toda relación de consumo para que se pueda tomar una decisión adecuada de consumo y hacer un uso efectivo del bien adquirido.
Por ese motivo, será importante dar a conocer a nuestros consumidores, de manera adecuada y oportuna, toda la información relevante y necesaria que les permita tomar una decisión libre acorde a sus expectativas. En lógico contrasentido, esta premisa implica no trasladar información falaz ni falsa.

6. DEBER DE IDONEIDAD

En palabras sencillas, el Deber de Idoneidad es la obligación del proveedor de entregar un pro-

5. Damián Medina, O. (2019). Tratado de Protección y Defensa del Consumidor. Lima, Instituto Pacífico, pp. 420-421. Lectura: «Análisis de las instituciones del comercio electrónico a la luz del Código de Protección y Defensa del Consumidor Peruano».
6. Damián Medina, O. (2019). Tratado de Protección y Defensa del Consumidor. Lima, Instituto Pacífico, p. 425. Lectura: «Análisis de las instituciones del comercio electrónico a la luz del Código de Protección y Defensa del Consumidor Peruano».

ducto o ejecutar un servicio, cumpliendo la finalidad y usos previsibles por los que fue adquirido. No obstante, para delimitar la idoneidad y con ello, el clásico «aquello que esperaría el consumidor»[7], que pareciese un mandato que somete al proveedor al deseo ilimitado del consumidor, la norma prevé ciertos parámetros de cumplimiento a través de las garantías, por los cuales el bien y las circunstancias de su comercialización deberán obedecer necesariamente:

- En primer lugar, al marco legal que regula el bien o la actividad empresarial.

- En segundo lugar, siempre que no existan estas normas, se evaluarán los términos y condiciones expresamente ofrecidos en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor.

- En tercer lugar, ante la falta de normatividad o condiciones expresas del proveedor, se evaluarán los usos y costumbres del mercado respecto del bien adquirido[8].

En este contexto, aparecieron normas que no estaban previstas en nuestro ordenamiento, por ejemplo, es posible destacar el caso de la Resolución Ministerial Nº 137-2020-PRODUCE, mediante la cual se aprobaron los Protocolos Sanitarios de Operación ante el COVID-19 del Sector Producción para el inicio gradual e incremental de las actividades «Textil y Confecciones» y «Comercio electrónico de bienes para el hogar y afines», de la Fase 1 de la «Reanudación de Actividades», posteriormente modificado, para envolver dentro de su alcance a las PYMES.

Cabe señalar que la precitada norma, no apuntaba como finalidad principal la protección de la salud, seguridad y vida de los consumidores sino a la prevención del contagio de esta enfermedad desde el ámbito laboral, respecto de todas las personas vinculadas en la cadena productiva del sector a partir del fortalecimiento de los sistemas de vigilancia, contención y respuesta frente a la propagación del virus. Sin embargo, el hecho social y económico de producción termina en el consumo, por lo que su objetivo específico se destina impensablemente hacia los consumidores.

7. DISCRIMINACIÓN, TRATO DIFERENCIADO ILÍCITO Y PRÁCTICAS PROHIBIDAS EN MEDIOS A DISTANCIA

La discriminación, el trato diferenciado ilícito, la selección o exclusión de clientela o la limitación a servicios de tracto sucesivo son prácticas comúnmente rechazadas en muchas legislaciones del ordenamiento global. Ello no se ha convertido en una excepción para nuestra normativa de consumo y normas sectoriales, es así que, en los servicios educativos, restringir los accesos a las plataformas virtuales de educación básica por no encontrarse al día en el pago de las pensiones, constituye una precisión importante que se incorporó en el artículo 16 numeral 1 del Decreto de Urgencia Nº 002-2020[9].

8. CLÁUSULAS ABUSIVAS DE CONTRATACIÓN

Probablemente, en más de una ocasión, nos hemos encontrado con un check box que nos somete al igual que los clásicos bloques de papeles que representan un «tómalo o déjalo». El marcado de dicha «conformidad de lectura», no deja de tutelar los derechos de los consumidores frente a cláusulas abusivas de ineficacia absoluta o relativa que restringen o limitan derechos de los consumidores o los sitúa en una posición de desventaja.

7. Texto recogido por la Ley Nº29571, denominada «Código de Protección y Defensa del Consumidor» y el Indecopi cuando inicia una denuncia por esta categoría legal. Artículo 18.- Idoneidad: «Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso. La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado».

8. Damián Medina, O. (2019). Tratado de Protección y Defensa del Consumidor. Lima, Instituto Pacífico, p. 455. Lectura: «Análisis de las instituciones del comercio electrónico a la luz del Código de Protección y Defensa del Consumidor Peruano».

9. Damián, O. & Cáceres,B.. (2020). «Análisis de las competencias del INDECOPI y MINEDU frente al innecesario dilema de los servicios educativos a distancia». En: Pólemos · Portal jurídico interdisciplinario. Enlace: https://polemos.pe/analisis-de-las-competencias-del-indecopi-y-minedu-frente-al-innecesario-dilema-de-los-servicios-educativos-a-distancia/?fbclid=IwAR3gW3eC0qtp4jKhyj8DlqBsXg76LpKh9L_phdSo7zyxqbhZ33ovDmXljQI

A modo de ejemplo, podemos citar aquellas que limitan los derechos de los consumidores a ofrecer medios de prueba ante una eventual controversia, eximen de responsabilidad a los proveedores o impiden que los consumidores puedan presentar reclamaciones.

9. CUIDADOS ADICIONALES: PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Si bien la evaluación de la publicidad en lo referido a su legalidad y veracidad son analizados desde la óptica del Decreto Legislativo Nº 1044 Ley de Represión de la Competencia Desleal, es decir, una arista diferente en cuanto al responsable competente de su evaluación, no deja de encontrarse íntimamente vinculada a los principios y preceptos de nuestra normativa de consumo.

Por ese motivo, siendo que, hasta la fecha, la Organización Mundial de la Salud (OMS) aún no comunica al mundo que exista una cura o vacuna contra el COVID-19, el mercado debe estar atento frente a productos o tratamientos que tiendan a propiciar la solución contra esta enfermedad, a efectos de no caer ante cualquier forma de publicidad falsa o engañosa.

10. ¿Y QUÉ PASARÁ CON LA PRESTACIONES A FUTURO?

Si bien las circunstancias que afrontamos con motivo del confinamiento obligatorio a partir del COVID-19 configuran una limitación del compromiso asumido por los distintos proveedores, debemos señalar que no toda prestación podrá ser honrada a futuro, por ejemplo, conciertos, eventos, vuelos y otros, en razón a que existe un eximente de la responsabilidad del proveedor que obedece a una causa objetiva, justificada y no previsible.

En consecuencia, el proveedor no podrá ser obligado a cualquier medida correctiva reparadora contenida en nuestro Código, tales como devolución de dinero aportado, nueva ejecución de la prestación, ejecución de una prestación similar o cualquier otro que retrotraiga el daño del consumidor, toda vez que el perjuicio fue causado sin intención de las partes y, por la naturaleza del servicio, deviene en imposibilidad cumplir con el compromiso inicialmente asumido.

Sin embargo, ello no supone que todas las promesas a futuro no sean honradas, por ejemplo, tenemos el caso de los despachos previstos como la compra de un electrodoméstico o entrega de un departamento o vehículo, en donde su cumplimiento tardío sí podrá ser honrado con posterioridad al confinamiento obligatorio, sin que exista responsabilidad del proveedor.

En este punto, es importante resaltar que pese a que existen servicios como eventos a futuro que, bajo la lógica de lo expuesto, se ven exentos de responsabilidad ante su incumplimiento, resulta loable que algunos proveedores con buenas prácticas corporativas hacia sus consumidores, opten por brindar soluciones de devolución o reprogramación de sus eventos[10], esto supone una política comercial, lo cual es importante aclarar a efectos de no generar una expectativa de un derecho donde no existe.

A razón de lo expuesto, queda claro que no existe una regla universal de responsabilidad o exoneración de la misma, toda vez que ésta será determinada según la naturaleza de la actividad empresarial de cada proveedor.

11.REFLEXIONES FINALES

Esta dura crisis global nos mostró que nuestra legislación de consumo no nos ha dejado desprotegidos frente a las que serán nuestras nuevas formas de relacionamiento económico a través del E-Commerce. De igual forma, marcó una fría pauta para la humanidad y su relacionamiento económico y social, imponiendo como el reto más importante, apuntar hacia la satisfacción a distancia, la cual será una premisa fundamental que predominará en cada una de nuestras experiencias de consumo.

Finalmente, el mito de la desconfianza deberá quebrantarse con la diligencia y responsabilidad que tengamos, por lo cual será importante, tener presente las siguientes recomendaciones:

- Visitar plataformas de E-Commerce confiables,

10. «Estos son los 53 eventos cancelados que Teleticket ya está devolviendo el dinero».
Portal: Conciertos Perú
http://conciertosperu.com.pe/noticias/estos-son-los-53-eventos-cancelados-que-teleticket-ya-esta-devolviendo-el-dinero/?fbclid=IwAR0NBxXFYKjGoDyeSzslEcY-Hc9DeUxh5L-SN4pT6Sqcm4Tu_coqFSvbWVzA

seguras y de buena reputación en el mercado, buscando previamente algunas reseñas sobre el proveedor.

- Verificar que el enlace opere con el Protocolo Seguro de Transferencia de Hipertexto, en inglés «Hypertext Transfer Protocol Secure» (https), a efectos de proteger la información sensible (usuario y clave) que se proporciona y ésta no pueda ser utilizada por un atacante que intercepte la transferencia de los datos de conexión.

- Identificar plenamente al proveedor y verificar que tenga al menos una sucursal en el Perú, para lo cual es importante realizar la Consulta RUC a través del Portal de SUNAT.

- No almacenar datos sensibles tales como números de la tarjeta de crédito, fecha de expiración o el código CVV.

- Verificar que se expida un comprobante válido de pago.

- Verificar que tenga una línea o canal de atención al cliente.

- Verificar que cuente con un Libro de Reclamaciones en el home de la web.

BIBLIOGRAFÍAS:

Samuelson, P. & Nordhaus, W. (2006). Economía. 18ª ed. Madrid: McGraw Hill Interamericana

Damián, O. (2019). Tratado de Protección y Defensa del Consumidor. Lima: Instituto Pacífico. Lectura: «Análisis de las instituciones del comercio electrónico a la luz del Código de Protección y Defensa del Consumidor Peruano».

Bielli, G. & Ordoñez, C. (2020). Contratos electrónicos. Teoría general y cuestiones procesales. [Tomo I]. Buenos Aires: La ley.

Damián, Omar & Cáceres, B. (2020). Análisis de las competencias del INDECOPI y MINEDU frente al innecesario dilema de los servicios educativos a distancia. Pólemos. Recuperado de: https://polemos.pe/analisis-de-las-competencias-del-indecopi-y-minedu-frente-al-innecesario-dilema-de-los-servicios-educativos-a-distancia/?fbclid=IwAR3gW3eC0qtp4jKhyj8DlqBsXg76LpKh9L_phdSo7zyxqbhZ33ovDmXljQI

Organización Mundial de la Salud (OMS). (2020) Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19). Ginebra: OMS. Recuperado de:
www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses

BBC News Mundo (23 de junio de 2021). Coronavirus: el mapa que muestra el número de infectados y muertos en el mundo por el covid-19. Londres: BBC. Recuperado de:
www.bbc.com/mundo/noticias-51705060

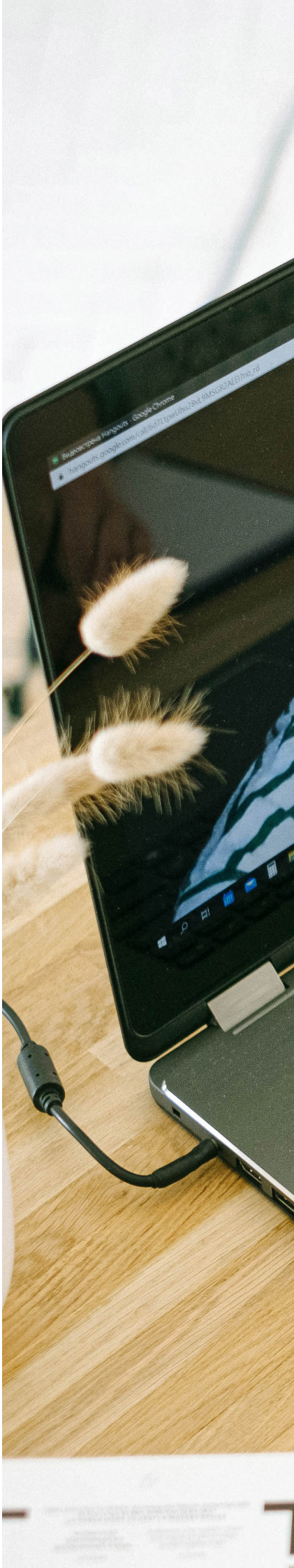
Datos Macro. (2020) Perú, uno de los países con mayor tasa de muertos por COVID-19. España: Datos Macro. Recuperado de: https://datosmacro.expansion.com/otros/coronavirus/peru

Conciertos Perú: Estos son los 53 eventos cancelados que Teleticket ya está devolviendo el dinero. Perú: Conciertos Perú. Recuperado de:
https://conciertosperu.com.pe/noticias/estos-son-los-53-eventos-cancelados-que-teleticket-ya-esta-devolviendo-el-dinero/?fbclid=IwAR0NBxXFYKjGoDyeSzslEcYHc9DeUxh5L-SN4pT6Sqcm4Tu_coqFSvbWVzA

5

ADAPTACIÓN DEL ORDEN SOCIETARIO EN TIEMPOS DE COVID 19: LAS JUNTAS GENERALES Y ASAMBLEAS VIRTUALES

CLAUDIA CHONG Y
HELGA HUALPATUERO





ADAPTACIÓN DEL ORDEN SOCIETARIO EN TIEMPOS DE COVID 19: LAS JUNTAS GENERALES Y ASAMBLEA VIRTUALES



CLAUDIA CHONG

Abogada y socia del Área Financiera y Corporativa, especializándose en derecho societario y contractual. Cuenta con significativa experiencia en la constitución de sociedades de todo tipo, sucursales y oficinas, el diseño y elaboración de documentación contractual que requieren para desarrollar sus operaciones. Ha sido líder en principales operaciones societarias, tales como fusiones, escisiones, reorganizaciones, entre otros. También participó activamente en distintas asociaciones; cuenta con amplia experiencia en contratos asociativos.



HELGA HUALPATUERO

Abogada y asociada del Área Financiera y Comercial, especializándose en financiamiento de proyectos, Derecho Corporativo y Contractual. Cuenta con experiencia en financiamientos corporativos y de proyectos en diversos sectores económicos. Asimismo, cuenta con experiencia en temas de contratación comercial y derecho societario en general. Antes de formar parte de Rubio Leguía Normand, Helga trabajó en JJC Contratistas Generales S.A. y en el estudio Benites, Vargas & Ugaz.

SUMARIO:

En el presente artículo se pretende analizar cómo el derecho societario se adaptó a los retos surgidos a propósito de la pandemia del COVID-19, lo que derivó en la regulación de las sesiones virtuales, así como los retos y dudas que presenta dicha regulación.

INTRODUCCIÓN:

El año 2020 estuvo marcado por un acontecimiento mundial que impactó de manera integral las actividades de todas las personas naturales y jurídicas, el COVID-19.

En nuestro país, el domingo 15 de marzo del 2020 se aprobó el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM que declaró el Estado de Emergencia Nacional por las graves consecuencias del brote del virus en la nación. Mediante este decreto, se dispuso el aislamiento social obligatorio por el plazo de 15 días, que se convertirían en más de cien, restringiéndose la circulación por la vía pública únicamente a las personas que necesitaran acceder a servicios y bienes considerados esenciales. Esta situación implicó que la forma en la que se desarrollaban las actividades diarias cambiará drásticamente, dando paso a la virtualidad.

En consecuencia, el Derecho tuvo que adaptarse a este cambio, y específicamente el Derecho Societario no pudo ser ajeno a las necesidades de las personas jurídicas, por lo que se implementaron medidas que les permitieron cumplir con una de sus actividades fundamentales: la toma de acuerdos.

El presente artículo pretende analizar las modificaciones en la regulación referida a las sesiones virtuales surgidas a propósito de la pandemia del COVID-19, así como los retos y dudas que presenta la normativa aplicable.

I. SESIONES VIRTUALES PREVIAS AL AISLAMIENTO SOCIAL OBLIGATORIO

Antes de analizar cómo fue cambiando la regulación referida a las sesiones de los órganos societarios a propósito de la cuarentena y las medidas pertinentes adoptadas, es necesario recordar la legislación sobre la materia previo a estos cambios.

En el caso de la Junta General de Accionistas (JGA), la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades (LGS), regula las sesiones no presenciales solo para el caso de las Sociedades Anónimas Cerradas[1], pero no para los demás tipos societarios. Dichas sesiones virtuales debían llevarse a cabo por cualquier medio, sea escrito, electrónico o de otra naturaleza, siendo requisito indispensable que se permitiera la comunicación y se garantizara la autenticidad del acuerdo. En efecto, los accionistas que representen por lo menos el 20% podían pedir que la junta se lleve a cabo de manera presencial.

Sin perjuicio de ello, cabe recalcar que para el caso del Directorio[2], la LGS contenía una regulación relativa a las sesiones no presenciales similar a la comentada para el caso de las Juntas Generales de Accionistas, precisando que, en este caso cualquier director puede pedir la celebración de la sesión de manera virtual. Para el caso de las personas jurídicas reguladas por el Código Civil, como las asociaciones, dicha norma no regulaba la posibilidad de que las asambleas pudieran llevarse a cabo de manera no presencial.

Por otro lado, el Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas – Resolución de Superintendente N° 038-2013-SUNARP-SN, en su artículo 14[3] señala los requisitos de un acta de una sesión virtual, mencionando que se llevará a cabo jurídicas podían regular este aspecto en su estatuto; sin embargo, esto no era común.

En atención a lo comentado previamente, al momento de la declaratoria de inmovilización social obligatoria la normativa respecto a la posibilidad de llevar a cabo sesiones virtuales no era aplicable a todas las sociedades, ni se había establecido dicha regulación por ley para el caso de las perso-

1. Artículo 246.- Juntas no presenciales.- La voluntad social se puede establecer por cualquier medio sea escrito, electrónico o de otra naturaleza que permita la comunicación y garantice su autenticidad. Será obligatoria la sesión de la Junta de Accionistas cuando soliciten su realización accionistas que representen el veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto.

2. Artículo 169.- Acuerdos. Sesiones no presenciales.- (…) El estatuto puede prever la realización de sesiones no presenciales, a través de medios escritos, electrónicos, o de otra naturaleza que permitan la comunicación y garanticen la autenticidad del acuerdo. Cualquier director puede oponerse a que se utilice este procedimiento y exigir la realización de una sesión presencial.

3. Artículo 14.- Acta de sesiones virtuales. Cuando la Ley o el estatuto haya previsto la realización de sesiones virtuales, se presentará el acta respectiva, en la que debe constar el órgano que sesionó, la fecha, la hora de inicio y de conclusión de la sesión, el nombre completo de quienes actuaron como presidente y secretario, el número de participantes, los acuerdos adoptados con indicación del sentido de los respectivos votos y los medios utilizados para su realización. Dicha acta debe ser suscrita por quienes actuaron como presidente y secretario, salvo disposición legal o estatutaria distinta.

nas jurídicas reguladas bajo el Código Civil.

En tal sentido, la mayoría de sociedades tuvo que ingresar a la cuarentena obligatoria careciendo de una regulación que le permitiera adoptar acuerdos para continuar con la marcha de la sociedad. Más aún, esto sucedió en plena época de aprobación de Estados Financieros.

II. NORMATIVA EMITIDA DURANTE EL AISLAMIENTO SOCIAL OBLIGATORIO

Teniendo en cuenta el punto anterior, era necesario que se emitieran normas que permitieran a las personas jurídicas en general llevar a cabo acuerdos necesarios para afrontar las consecuencias de la pandemia.

Con respecto a las sociedades, se emitieron dos normas: una para las sociedades supervisadas por la Superintendencia del Mercado de Valores (en adelante, "SMV") y otra para las sociedades no reguladas por dicha entidad, las asociaciones, fundaciones, comités y otras personas jurídicas privadas reguladas por leyes especiales.

Así, en junio de 2020, se emitió el Decreto de Urgencia N° 076-2020 (posteriormente modificado por el Decreto de Urgencia N° 018-2021) que facultó a las entidades bajo competencia de la SMV para convocar y celebrar juntas generales o especiales de accionistas de manera no presencial o virtual, permitiéndose a la SMV emitir la normativa reglamentaria correspondiente. Por consiguiente, la SMV emitió la Resolución de Superintendente N° 050-2020-SMV/02, modificada por la Resolución de Superintendente N° 019-2021-SMV/02, que regulaba las sesiones no presenciales o virtuales. Entre lo más resaltante de dicha regulación, encontramos que esta preveía un plazo menor para la convocatoria a Junta General de Accionistas (10 días) y la obligación de adjuntar un Documento Informativo que especificará el procedimiento de la celebración de la junta no presencial.

Por otro lado, para el caso de las sociedades no supervisadas por la SMV , asociaciones, fundaciones, comités y otras personas jurídicas privadas reguladas por leyes especiales se emitió el Decreto de Urgencia N° 100-2020, que dictó medidas temporales para la convocatoria y celebración de juntas de accionistas y asambleas no presenciales o virtuales.

En ambas regulaciones se especificó que las reglas contenidas en dichas normas eran aplicables incluso para aquellas sociedades cuyos estatutos solo reconozcan la posibilidad de convocar y celebrar juntas o asambleas presenciales, pudiendo así acceder a la virtualidad.

III. ADAPTACIÓN DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Con fecha 14 de mayo del 2021, se publicó la Ley N° 31194, que modifica el artículo 21-A de la LGS y deroga el Decreto de Urgencia N° 100-2020 (aplicable a sociedades no supervisadas, así como asociaciones, fundaciones, comités y otras personas jurídicas) y el artículo 4 del Decreto de Urgencia 018-2021, Decreto de Urgencia que modifica el Decreto de Urgencia 076-2020. Si bien no se derogó expresamente la Resolución de Superintendente N° 050-2020-SMV/02, modificada por la Resolución de Superintendente N° 019-2021-SMV/02, referente a las reglas para sesiones virtuales para sociedades supervisadas por la SMV, dicha entidad ha considerado que "estas han quedado sin efecto, pues su marco legal habilitante fue sustituido por el nuevo texto del artículo 21-A de la LGS"[4].

En tal sentido, la regulación relativa a las sesiones virtuales de los órganos de las personas jurídicas, en general, se regula bajo el artículo 21-A, el cual quedó redactado de la siguiente forma luego de la modificación de la Ley N° 31194:

Artículo 21-A

> Los órganos de las sociedades podrán realizar sesiones no presenciales, con la misma validez que las sesiones presenciales, a través de medios electrónicos u otros de naturaleza similar, de conformidad con lo establecido en su estatuto, garantizando la identificación, comunicación, participación, el ejercicio de los derechos de voz y voto de

4. Recuperado de: https://www.smv.gob.pe/Uploads/PFPortalSMV2021.pdf

> sus miembros y el correcto desarrollo de la sesión, siendo su cumplimiento de responsabilidad del que conforme al estatuto y la ley le corresponda convocar y presidirla. Esta disposición no es aplicable cuando exista una prohibición legal o estatutaria.
> Las sesiones no presenciales podrán ser convocadas por medios electrónicos u otros de naturaleza similar que permitan la obtención de la constancia de recepción o a través de los demás mecanismos previstos en la presente ley. Las actas de las sesiones no presenciales deberán estar firmadas por escrito o digitalmente por quienes están obligados conforme a ley o su estatuto, e insertadas en el libro de actas correspondiente. Estas podrán estar almacenadas, adicionalmente, en medios electrónicos u otros de naturaleza similar que garanticen la conservación del soporte, así como la autenticidad y legitimidad de los acuerdos adoptados.
>
> El ejercicio del derecho de voto no presencial, en sesiones presenciales o no presenciales, se podrá realizar a través de firma digital, medios electrónicos u otros de naturaleza similar, o por medio escrito con firma legalizada." (Ley 26887, 1997, art. 21-A)

Entonces, el artículo 21-A permite la celebración de sesiones no presenciales virtuales, manteniendo la obligatoriedad de que los medios usados garanticen la identificación, comunicación, participación, el ejercicio de los derechos de voz y voto de sus miembros mediante medios electrónicos. No obstante, debe tenerse en cuenta que el artículo no será aplicable en caso el estatuto o la ley prohíba esta modalidad de sesiones.

Ahora bien, un aspecto importante es el relativo al acta que contiene el acuerdo de la sesión virtual. Si lo que pretende la norma es facilitar la celebración de sesiones de manera virtual, pero no se brinda una solución respecto de la firma de la misma, no se consuma la transición hacia la virtualidad. Si bien el artículo bajo comentario señala que podrán firmarse las actas por escrito o digitalmente, lo cierto es que actualmente la firma digital (regulada al amparo de la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 052-2008-PCM) no tiene un uso masivo que permita afirmar que con esa regulación se ha facilitado la firma de las actas. Asimismo, debe tenerse en cuenta que para el caso de determinados actos inscribibles será necesario el paso previo de la legalización de la firma en las certificaciones, por lo que la firma deberá ser necesariamente escrita.

Adicionalmente, el nuevo artículo 21-A establece que las actas deben ser almacenadas en medios electrónicos u otros de naturaleza similar que garanticen la conservación del soporte, así como la autenticidad y legitimidad de los acuerdos adoptados. De este modo, se crea una obligación adicional para la conservación de las actas, dado que este soporte será añadido a la obligación de insertar el acta en el respectivo libro societario. Esto genera algunas interrogantes que la norma no resuelve, por ejemplo: ¿Qué versión prevalece en caso de discrepancia entre el documento en físico y digital? ¿Por cuánto tiempo debe conservarse el soporte digital? ¿Cuál es la utilidad de esta regulación si no se elimina la obligación de insertar el acta en el libro societario? Teniendo en cuenta ello, se considera que el almacenamiento digital podría traer mayores problemas que soluciones.

El último párrafo del artículo bajo comentario se refiere al voto no presencial, tanto en sesiones presenciales como no presenciales. Al respecto, se considera que este último párrafo permite la celebración de sesiones mixtas, es decir, que los asistentes pueden participar tanto de manera presencial como virtual, de modo que todos sean considerados para el cómputo del quórum. También debe recalcarse que el último párrafo contiene una versión reducida de lo que era la regulación anterior del artículo 21-A referido al voto electrónico o postal. Por otra parte, ¿qué ocurre en caso una parte de los asistentes requiera la celebración de la sesión de manera presencial? El artículo 21-A no se pronuncia al respecto, lo que puede generar confusión. En el caso de las sociedades anónimas cerradas, es claro que por especialidad corresponde aplicar el artículo 246 de la LGS y que se realice la sesión de manera presencial, siempre que lo pidan accionistas que representen el 20% de las acciones con derecho a voto. Sin embargo, para los otros tipos societarios no existe la misma regla; por esta razón cada sociedad deberá establecer

esta regulación en el estatuto, a fin de que pueda ser aplicada.

Finalmente, la regulación establecida sobre sesiones virtuales podrá ser aplicada según corresponda a las personas jurídicas reguladas en el Código Civil y otras leyes especiales, conforme se señala en la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N°31194. En ese sentido, las asociaciones, fundaciones y demás personas jurídicas reguladas al amparo del Código Civil podrán acogerse a este régimen y continuar celebrando sesiones no presenciales o virtuales.

BIBLIOGRAFÍA

Congreso de la República. (19 de noviembre de 1997). Ley General de Sociedades [Ley Nº 26887]. Recuperado de : https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic3_per_leysociedades.pdf

6

RELACIONES DE CONSUMO VÍA PLATAFORMAS DE E-COMMERCE: REQUISITOS PARA SU IMPLEMENTACIÓN

RODRIGO PELÁEZ





06

RELACIONES DE CONSUMO VÍA PLATAFORMAS DE E-COMMERCE: REQUISITOS PARA SU IMPLEMENTACIÓN



RODRIGO PELAEZ

Abogado por la Universidad de Piura con mención Sobresaliente. Estudios concluidos de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Universidad de Lima. Ha sido abogado de la Subdirección Legal de Claro Perú, especialista legal senior en el Tribunal de Indecopi y asociado del Estudio Torres y Torres Lara. Actualmente es asociado senior del área de Competencia del Estudio Muñiz y Director de Derecho Administrativo en SODITAL. Especialista con diez (10) años de experiencia en materia de derecho de protección al consumidor, competencia (libre competencia y competencia desleal) y regulación publicitaria, barreras burocráticas, dumping y subsidios, derecho educativo y propiedad intelectual. Autor de diversos artículos y ponente en diversos eventos académicos sobre las materias de especialidad.

¿SE ENCUENTRA JUSTIFICADA LA RESERVA Y CONFIDENCIALIDAD EN LA ADQUISICIÓN DE LAS VACUNAS CONTRA LA COVID-19 ?

SUMARIO:
En el presente artículo se desarrolla brevemente los requisitos a tener en consideración al momento de implementar una plataforma de E-commerce, desde la arista de la regulación de protección al consumidor y del derecho de la competencia – regulación publicitaria.

I. INTRODUCCIÓN

Con el pasar de los años, la perspectiva y dirección del paradigma de hacer negocios ha variado progresivamente. No cabe duda de que, en las últimas décadas, la transformación digital y la llegada del internet han cumplido un rol esencial en el progreso de nuestra sociedad, convirtiéndose, además, en un factor determinante para cambiar el rumbo tradicional de la economía empresarial. Es en este contexto de cambio y progreso que surge la era digital y, con ella, nace el E-commerce, es decir, el comercio electrónico como un nuevo modelo de comercio adaptable a las exigencias y necesidades de los consumidores del siglo XXI.

El E-commerce o comercio electrónico permite a los emprendedores ofrecer y vender sus productos y/o servicios en plataformas digitales a las que los potenciales consumidores pueden acceder mediante el uso de internet. A través de la implementación de un negocio digital, aprovechando el progreso tecnológico, los emprendedores pueden generar nuevos valores y experiencias que diferencien a su empresa de otras del mismo rubro, además de ostentar una ventaja competitiva respecto de ellas.

Ante la coyuntura sanitaria que atraviesa la humanidad desde el 2020 como consecuencia de la COVID - 19, los agentes del mercado se vieron forzados a recurrir a mecanismos alternativos para poder hacer frente a las medidas obligatorias de distanciamiento social y mantener sus negocios, los cuales, hasta entonces, se habían limitado a operar en establecimientos comerciales físicos. De esta forma, surgió como alternativa el desarrollo de las plataformas de E-commerce. Bajo este escenario, las empresas repotenciaron sus plataformas digitales de E-commerce y otras que no contaban con la misma, las implementaron.

Pese al despegue de los E-commerce en los últimos dos años, hasta el momento en el Perú no se cuenta con un marco normativo específicamente desarrollado para el comercio electrónico. No obstante ello, la regulación aplicable es la misma que la del comercio tradicional, es decir, en materia de consumo la Ley 29571 - Código de Protección al Consumidor (en adelante, el Código de Consumo), y en competencia y regulación publicitaria el Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la competencia desleal (en adelante, LRCD).

De esta manera, para implementar una plataforma de E-commerce es pertinente tener en consideración diversos aspectos mandatorios, contenidos en los cuerpos normativos antes referidos, a efectos de no incurrir en infracciones administrativas que son sancionadas con multas.

II.DESDE LA PERSPECTIVA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Partiendo de la arista de protección al consumidor, consagrada en el Código de Consumo, los proveedores que hagan uso de plataformas de E-commerce para ofertar y vender sus productos y/o servicios a potenciales clientes, deberán poner a disposición de estos lo siguiente: i) los Términos y Condiciones que regirán el uso de la web, las posibles adquisiciones de productos o servicios, así como otros aspectos relevantes de la plataforma digital; y, ii) el libro de reclamaciones.

Respecto de los Términos y Condiciones, estos deberán contener, como mínimo, información referente a:

- La descripción del sitio web.
- Las condiciones de envío y de entrega de productos.
- La política de garantía.
- La política de cambios y devoluciones.
- Las plataformas de pago (pago en efectivo, con tarjeta de crédito o débito y por depósito).
- El stock disponible de productos (en caso de agotarse determinado producto debe señalarse claramente ello) y los precios asignados (debe cumplirse el principio de integridad del precio[1], y si este se anuncia en moneda extranjera debe ir con su equivalente en moneda nacional[2]).

La información contenida en los Términos y

1. El principio de integridad del precio aparece contenido en el artículo 4° del Código de Consumo. En virtud del mismo, el precio a anunciarse de un producto o servicio debe ser el total, incluyendo tributos, comisiones y cualquier cargo aplicable.
2. Exigencia establecida en el artículo 6° del Código de Consumo.

Condiciones debe ser veraz, clara, sencilla, suficiente, oportuna (previa a la adquisición del bien), fácilmente accesible y en idioma castellano. Este requisito a cargo del proveedor parte de la necesidad de trasladar al consumidor toda la información relevante, como parte del deber de información contenido en el artículo 2° del Código de Consumo, a efectos de que el consumidor pueda adoptar una adecuada decisión de consumo y realizar un uso adecuado de los productos o servicios adquiridos.

En lo referente al Libro de Reclamaciones, tanto el Código de Consumo como el Decreto Supremo 011-2011-PCM y sus modificatorias – Reglamento del Libro de Reclamaciones del Código (en adelante, el Reglamento del LDR), exigen a los proveedores virtuales cumplir con: a) exhibir un aviso que informe de la existencia del Libro de Reclamaciones virtual en la página de inicio de su portal web; b) contar con un Libro de Reclamaciones virtual al cual se acceda al dar click al Aviso antes indicado; y, c) dar respuesta a los reclamos dentro del plazo legal establecido (30 días hábiles). Estas son las principales obligaciones vinculadas al Libro de Reclamaciones virtual, pero no las únicas.

En efecto, otra obligación importante es la relativa a que el Libro de Reclamaciones virtual debe estar a disposición de cualquier consumidor. Es decir, su acceso no puede encontrarse supeditado a factores como la adquisición efectiva o pago previo por un producto/servicio o a la suscripción obligatoria a un sitio web.

De otro lado, tampoco puede imponerse como exigencia previa el llenado obligatorio de cualquiera de los campos disponibles de la hoja de reclamaciones. Caso contrario, se estaría vulnerando el derecho de los consumidores a contar con el libro de reclamaciones a su inmediata disposición, lo cual constituye una infracción sancionable por el Indecopi.

Asimismo, en el caso de los libros de reclamaciones virtuales se debe permitir imprimir la hoja de reclamación al completar su llenado y al enviar el reclamo se debe remitir una copia de este al correo electrónico indicado por el consumidor. Adicionalmente, las hojas de reclamación deben contar con la información establecida en el artículo 5° del Reglamento del LDR como: identificación del proveedor (razón social, RUC, dirección), fecha del reclamo o queja, nombre, domicilio, número de documento de identidad, teléfono y correo electrónico del consumidor, identificación del producto o servicio contratado, monto del producto/servicio, detalle de la reclamación, pedido concreto del consumidor, espacio para que el proveedor anote las observaciones y acciones adoptadas con respecto a la queja o reclamo.

III. DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA REGULACIÓN PUBLICITARIA

Otro aspecto relevante a tener en consideración para la implementación de las plataformas de E-commerce es el de la regulación publicitaria. Sobre el particular, los proveedores deben tener presente que, si se realiza publicidad de promociones comerciales vía plataformas digitales, se debe consignar expresamente la información sobre: vigencia de la promoción (fecha de inicio y fecha de fin), las unidades mínimas disponibles (stock mínimo) en promoción y las condiciones o restricciones que apliquen (pueden establecerse en medios de información complementarios como una página web). Esta es una obligación establecida tanto en el artículo 14° del Código de Consumo como en el artículo 17° de la LRCD (actos contra el principio de legalidad en materia publicitaria).

Para no incurrir en infracciones a la regulación publicitaria, el proveedor debe procurar cumplir con las buenas prácticas publicitarias. Como parte del conglomerado de las antes referidas prácticas, corresponde a los proveedores proporcionar información completa sobre los productos y/o servicios que se comercialicen mediante plataformas digitales. Además, el proveedor debe mantener un accionar de buena fe frente a sus potenciales consumidores, con la finalidad de no inducirlos al error en perjuicio de sus expectativas.

Así, los proveedores deben evitar incurrir en actos de competencia desleal, como serían los actos de engaño, actos de confusión, actos de denigración, entre otros. Tales actos de competencia desleal son sancionados por la LRCD y afectan el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, debido a que van en contra de la buena fe empresarial que debe orientar la concurrencia de los agentes en una economía social de mercado.

Por otro lado, la publicidad de los productos y/o servicios realizada mediante plataformas de E-commerce deberá adecuarse a la regulación sectorial vigente aplicable. A modo de ejemplo podemos señalar que, en el caso de la publicidad de productos alimenticios, se debe evaluar si se deben incorporar los octógonos, exigidos conforme a la Ley 30021 – Ley de Alimentación Saludable. Otro ejemplo sería el caso de la publicidad de bebidas alcohólicas, en la cual se debe incorporar la advertencia de que "tomar bebidas alcohólicas en exceso es dañino", conforme a lo exigido por la Ley 28681 – Ley que regula la comercialización, consumo y publicidad de bebidas alcohólicas.

Otro aspecto que resulta sumamente importante es que los proveedores, para enviar publicidad comercial vía mailings (correos electrónicos masivos), deben recopilar el consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco de los consumidores, a esos efectos. Caso contrario, se incurriría en un método comercial agresivo previsto en el artículo 58° del Código de Consumo, que resulta sancionable por el Indecopi.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Existen algunas consideraciones finales a tener en cuenta para la implementación de las plataformas de E-commerce:

- Se debe poner a disposición de los consumidores productos o servicios idóneos, de tal manera que no se vean afectadas sus expectativas.

- Se debe cumplir con las políticas de garantía ofrecidas respecto a los productos o servicios vendidos.

- Es necesario corroborar que la entrega de los productos adquiridos se efectúe en las fechas y horarios ofrecidos.

- Se deben cumplir los protocolos de seguridad en la entrega de los productos para evitar el contagio de la COVID – 19: distancia de un metro, uso de mascarilla y desinfección del producto previo a entrega.

- Es fundamental implementar un plan de resolución de eventuales controversias, para así evitar que los reclamos de los clientes (consumidores) deriven en eventuales procedimientos ante Indecopi.

- Se deben mejorar los tiempos de atención de reclamos e implementar diversos canales de atención al cliente (buzón de correo, teléfono, chats).

V. CONCLUSIÓN

El E-commerce llegó para quedarse, con lo cual resulta importante tener en cuenta todas las recomendaciones formuladas en este artículo para así evitar contingencias entre Indecopi y aquellas empresas que comercializan sus productos o servicios a través de este tipo de plataformas digitales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Congreso de la República. (17 de mayo de 2013). Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes [Ley Nº 30021]. Recuperado de:

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2182647/PDF%20de%20la%20Ley%20de%20promoción%20de%20la%20alimentación%20saludable%20para%20niños%2C%20niñas%20y%20adolescentes..pdf

Congreso de la República. (03 de marzo de 2006). Ley que regula la comercialización, consumo y publicidad de bebidas alcohólicas [Ley Nº 28681]. Recuperado de:

https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/28681-mar-3-2006.pdf

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Minjus). (2018). Código de Protección y Defensa del Consumidor [Ley Nº 29571]. Recuperado de:

http://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGO-CONSUMIDOR.pdf

Presidencia de la República del Perú. (25 de junio de 2008). Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal [Decreto

Legislativo Nº 1044]. Recuperado de:

https://www.bn.com.pe/transparencia-bn/transparencia-financiera/DecretoLegislativo1044-LeysobreLaRepresiondelaCcompetenncia-aDesleal.pdf

Presidencia de la República del Perú. (19 de febrero de 2011). Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Libro de Reclamaciones del Código de Protección y Defensa del Consumidor [Decreto Supremo Nº 011-2011-PCM]. Recuperado de:

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/662494/Decreto_Supremo_N_011-2011-PCM.pdf



RAVINES

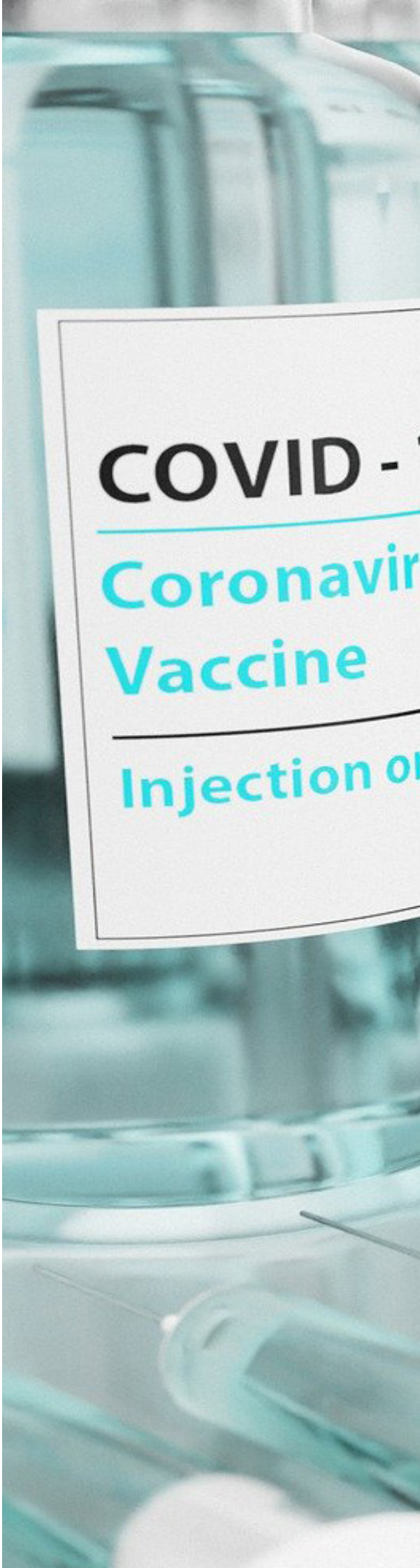
ABOGADOS

cra@ravines abogados.com

7

¿SE ENCUENTRA JUSTIFICADA LA RESERVA Y CONFIDENCIALIDAD EN LA ADQUISICIÓN DE LAS VACUNAS CONTRA LA COVID-19?

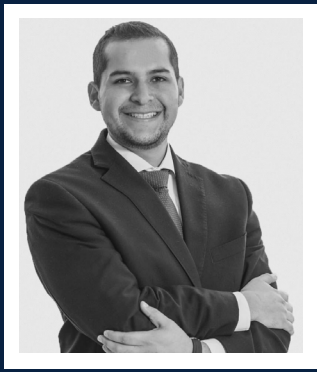
JUAN CARLOS GONZÁLEZ SALINAS





07

¿SE ENCUENTRA JUSTIFICADA LA RESERVA Y CONFIDENCIALIDAD EN LA ADQUISICIÓN DE LAS VACUNAS CONTRA LA COVID-19?



JUAN CARLOS GONZÁLEZ SALINAS

Abogado por la UPC con Estudios de Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Estudios de Maestría en Inteligencia en el Centro de Altos Estudios Nacionales. Master en contrataciones públicas por la Universidad Castilla de la Mancha España. Especialización en Derecho Administrativo por la Universidad Esan. Especialización en Arbitraje por la Universidad Esan. Especialización en Contrataciones del Estado por la Universidad Esan. Especialización en Gestión pública y Gestión por resultados por la Universidad Nacional del Callao. Acreditado internacionalmente con el ISO 37001. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho. Asociado en La Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción (ALDEC).

RESUMEN

La pandemia generada por el virus que causa la COVID-19 ha originado una crisis sanitaria, económica y social sin precedentes a nivel mundial. El desarrollo, junto con la aprobación, fabricación y distribución de vacunas constituyen pasos determinantes para enfrentar los riesgos a la vida y a la salud derivados de la pandemia que cerró las puertas al 2020 así como disminuir la sobrecarga del sistema de salud. No obstante, a medida que los gobiernos vienen suscribiendo los acuerdos comerciales con los laboratorios productores de la tan codiciada vacuna contra la COVID-19, surge un nuevo problema caracterizado por el secretismo y la restricción informativa hacia la población respecto de los criterios de oportunidad, precio y calidad, entre otros aspectos, relativos al contenido de los contratos suscritos.

El gobierno peruano no ha sido ajeno a dicha coyuntura, siendo el caso que, a través del Decreto de Urgencia N.° 003-2021 publicado en el Diario Oficial El Peruano el 16 de enero de 2021 se ha blindado de un halo de reserva y confidencialidad la información particular concerniente a los acuerdos contractuales firmados para la compra de las vacunas contra la COVID-19. Esta realidad que venimos acontecido con lleva a preguntarnos inexorablemente si la citada confidencialidad se encuentra justificada.

Más allá de las consideraciones antagónicas que pudiera haber sobre el particular, somos fieles creyentes que la información derivada de las decisiones adoptadas por el poder público es de suma relevancia para la población, máxime si tiene que ver con el uso de los fondos públicos; así como el cumplimiento del ordenamiento constitucional y legal.

I. SUPUESTO EXCEPCIONAL DE INFORMACIÓN RESERVADA ESTABLECIDO EN EL LITERAL A) DEL NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 16 DE LA LEY DE TRANSPARENCIA, UTILIZADO POR EL GOBIERNO PARA NEGAR EL ACCESO A LA INFORMACIÓN SOBRE LOS ACUERDOS COMERCIALES SUSCRITOS CON LOS LABORATORIOS PRODUCTORES DE LA VACUNA CONTRA LA COVID-19

El numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal y con el costo que suponga el pedido; con excepción de aquellas informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

En dicho contexto normativo, el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N.° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública aprobado por el Decreto Supremo N.° 021-2019-JUS, establece que toda información que posea el Estado se presume pública salvo las excepciones de ley, teniendo la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad. Por su parte, el artículo 10 del mismo texto señala que las entidades de la administración pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida, entre otros, en documentos escritos; siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control. Asimismo, dicho artículo precisa que se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa; así como las actas de reuniones oficiales. Cabe anotar que el segundo párrafo del artículo 13 de la Ley de Transparencia establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser fundamentada por las excepciones de ley, agregando el primer párrafo del artículo 18 de la referida norma que las excepciones establecidas en los artículos 15, 16 y 17 del mismo texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública; por lo que, deben ser interpretadas de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

En esa medida, el literal a) del numeral 2 del artículo 16 de la referida Ley de Transparencia establece que el derecho de acceso a la información no puede ser ejercido respecto de la información clasificada como reservada y concerniente a razones de seguridad nacional y de eficacia de la acción externa del Estado; así se considera información clasificada en el ámbito de las relaciones externas del Estado toda aquella cuya revelación originaría un riesgo a la seguridad e integridad territorial del Estado y la defensa nacional en el ámbito externo, al curso de las negociaciones internacionales y/o la subsistencia del sistema democrático, siendo una de las excepciones los elementos de las negociaciones internacionales que de revelarse perjudicarían los procesos negociadores o acuerdos adoptados. Agrega el último párrafo del citado artículo 16 que en los supuestos contemplados en dicho artículo, los responsables de la clasificación son los titulares del sector correspondiente o los funcionarios designados por éste; precisando que una vez que desaparezca la causa que motivó la clasificación, la información reservada debe ser de acceso público. En esa línea, el artículo 21 del Reglamento de la Ley de Transparencia aprobado por Decreto Supremo N.° 072-2003-PCM señala que las entidades que produzcan o posean información de acceso restringido llevarán un registro de la misma, el cual se dividirá en información secreta e información reservada.

Conforme puede verificarse, toda documentación que sea de dominio estatal es de carácter público para conocimiento de la ciudadanía por ser de interés general; así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 4865-2013-PHD/TC indicando:

> La protección del derecho fundamental de acceso a la información pública no solo es de interés para el titular del derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general. Por ello, los pedidos de información pública no deben entenderse vinculados únicamente al interés de cada persona requirente, sino valorados además como manifestación del principio de transparencia en la actividad pública. Este principio de transparencia es, de modo enunciativo, garantía de no arbitrariedad, de actu-

> ación lícita y eficiente por parte del Estado, y sirve como mecanismo idóneo de control en manos de los ciudadanos.

Al respecto, el artículo 3 de la Ley de Transparencia que consagra expresamente el principio de publicidad establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por la citada ley; es decir, establece como regla general la publicidad de la información en poder de las entidades públicas, mientras que el secreto es la excepción.

Conforme a lo argumentado, toda documentación que obra en poder de la administración pública se encuentra dentro del alcance del principio de publicidad; por lo que su contenido se presume de carácter público y accesible al público en general. Siendo así, cuando la Ley de Transparencia establece excepciones para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública estas causales deben ser debidamente motivadas y acreditadas; puesto que, estamos frente a una limitación de un derecho fundamental. Esto se traduce en exigir del Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un valor constitucionalmente relevante que justifique que se mantenga en reserva, secreto o confidencialidad la información pública solicitada y, a su vez, que sólo si se mantiene tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De manera que, si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; pero también significa que la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar exclusivamente en manos del Estado.

Al respecto, corresponde que el gobierno justifique el apremiante interés público para negar el acceso a la información; esto es, las razones por las que dicha información debe ser considerada reservada.

Sin demérito de lo manifestado, debemos acotar que el gobierno nacional viene utilizando el supuesto excepcional de información reservada estipulado en el literal a) del numeral 2 del artículo 16 de la Ley de Transparencia para negar el acceso a la información de los acuerdos comerciales suscritos con los laboratorios productores de la vacuna contra la COVID-19.

Así, el citado tenor de derecho positivo manifiesta lo siguiente:

> (…)
> Artículo 16.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información reservada
> El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la información clasificada como reservada. En consecuencia, la excepción comprende únicamente los siguientes supuestos:
>
> 2. Por razones de seguridad nacional y de eficacia de la acción externa del Estado, se considerará información clasificada en el ámbito de las relaciones externas del Estado, toda aquella cuya revelación originaría un riesgo a la seguridad e integridad territorial del Estado y la defensa nacional en el ámbito externo, al curso de las negociaciones internacionales y/o la subsistencia del sistema democrático. Estas excepciones son las siguientes:
>
> a) Elementos de las negociaciones internacionales que de revelarse perjudicarían los procesos negociadores o alterarán los acuerdos adoptados, no serán públicos por lo menos en el curso de las mismas.

Dicha excepción establece como información reservada aquellos elementos de las negociaciones internacionales que de revelarse perjudicarían los procesos negociadores o alterarían los acuerdos adoptados; en razón de ello, no pueden ser públicos por lo menos en el curso de las mismas.

No obstante, el mismo artículo 16 menciona expresamente que:

> En los casos contenidos en este artículo los responsables de la clasificación son los titulares del sector correspondiente o los funcionarios designados por éste. Una vez que desaparezca la causa que motivó la clasificación, la información reservada es de acceso público.

De esta manera, la aplicación de la excepción requiere en principio de dos condiciones:

- Para que la información sea considerada como reservada debe haber sido previamente clasificada como tal.

- Debe existir un responsable para la clasificación de la información considerada como reservada.

En ese mismo sentido, el artículo 21 del Reglamento de la Ley de Transparencia señala que las entidades que produzcan o posean información de acceso restringido llevarán un registro de la misma, el cual se dividirá en información secreta e información reservada; registro que comprende el número de resolución del titular del sector o del pliego y la fecha de resolución por la cual se le otorgó dicho carácter, entre otra información relacionada con dicha clasificación.
En esa línea de razonamiento, para efectos de amparar la causal de información reservada (literal a) del numeral 2 del artículo 16 de la Ley de Transparencia) que el gobierno nacional viene utilizando para negar el acceso a la información de los acuerdos comerciales suscritos con los laboratorios productores de la vacuna contra la COVID-19, corresponde mínimamente que acredite el documento a través del cual ha clasificado la información requerida bajo el carácter de reservado; así como evidencie el registro de dicha información.

Conforme a lo argumentado, nos preguntamos si el gobierno nacional ha cumplido con la acreditación y evidencia ut supra descrita que le faculte utilizar el supuesto excepcional de información reservada estipulado en el literal a) del numeral 2 del artículo 16 de la Ley de Transparencia para negar el acceso a la información de los acuerdos comerciales suscritos con los laboratorios productores de la vacuna contra la COVID-19. La respuesta es negativa, lo cual nos lleva a determinar que las acciones desplegadas por el gobierno nacional resultan contrarias al marco constitucional y legal.

II. SUPUESTO EXCEPCIONAL DE INFORMACIÓN CONFIDENCIAL ESTABLECIDO EN EL NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 17 DE LA LEY DE TRANSPARENCIA, UTILIZADO POR EL GOBIERNO PARA NEGAR EL ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LOS ACUERDOS LABORATORIOS PRODUCTORES DE LA VACUNA CONTRA LA COVID-19

El numeral 2 del artículo 17 de la Ley de Transparencia señala que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil regulados por la Constitución y demás por la legislación pertinente.

Sobre el particular, el criterio legislativo referido a la información confidencial en la modalidad de secreto comercial viene siendo utilizado por el gobierno para negar el acceso a la información de los acuerdos comerciales suscritos con los laboratorios productores de la vacuna contra la COVID-19.

En cuanto a ello, partiendo de la premisa de la presunción de publicidad, corresponde tener en consideración lo señalado por el Tribunal Constitucional en el numeral 15 de la sentencia recaída en el Expediente Nº 01956-2016-PHD/TC en la que señala expresamente:

> 15. Sin embargo, el rechazo en la entrega de la información requerida en los que se alegue que constituye información confidencial debe necesariamente justificar razonablemente cuál es el fundamento de su confidencialidad; de no ser así, no podría justificarse una respuesta negativa, como ocurrió en el caso de autos. En efecto, no es suficiente alegar que determinada información es confidencial o reservada, sino que corresponde motivar ello y que los argumentos sean razonables o coherentes.

Siendo así, el gobierno viene invocando la existencia del secreto comercial sin haber motivado de manera razonable en los hechos y en el derecho a qué tipo de información se refiere; cuáles son las características particulares que, sin entrar al detalle, determinan que el contenido de lo requerido encaje en la normativa aplicable al "secreto comercial" y lo incluye en dicha definición.

Cabe agregar que el derecho de acceso a la

información pública no sólo implica el deber del Estado de publicitar sus actos promoviendo una cultura de transparencia conforme lo dispone el artículo 10 de la Ley de Transparencia, sino que también genera la obligación de otorgar al solicitante información clara, precisa y oportuna. En tal sentido, la entidad no solo tiene el deber de motivar la denegatoria en los hechos y en el derecho, sino también que tiene la carga de la prueba para justificar la referida denegatoria.

III. OBLIGACIÓN DE PUBLICACIÓN DE INFORMACIÓN DE CARÁCTER GENERAL

El Decreto de Urgencia N.° 110-2020, Decreto de Urgencia que dicta medidas extraordinarias para facilitar y garantizar la adquisición, conservación y distribución de vacunas contra la COVID -19 dispuso la publicación de los contratos de adquisición de vacunas; sin embargo, con posterioridad se emitió el Decreto de Urgencia N.° 003-2021 que modifica el numeral 4.1 del artículo 4 del Decreto de Urgencia Nº 110-2020, el cual modificó el numeral 4.1 de su artículo 4 estableciendo lo siguiente:

> (…)
> 4.1 El MINSA publica en su portal electrónico institucional información de alcance general, en el marco de su labor de prevención de la pandemia y la aplicación del programa de vacunación o similares, respecto a las vacunas contra el COVID-19. La publicación de esta información no podrá afectar los acuerdos y/o cláusulas de confidencialidad de la información, por tiempo determinado, que haya suscrito el Estado para la compra de vacunas contra la COVID-19.

En cuanto a ello, la norma publicada por el gobierno y que alega como sustento de la denegatoria es una disposición normativa que regula la publicación de información; esto es, la difusión en el portal electrónico institucional de la entidad (MINSA).

Cabe destacar que existe una diferencia entre el carácter público de la información que posee la administración pública y aquella que por mandato legal corresponde ser difundida a través de la publicación en la página web de las entidades; no pudiendo interpretarse de que al disponerse la publicación de determinada información en la página web de la entidad el resto de la documentación que posea una entidad adquiera carácter de confidencial, más aún si la Ley de Transparencia establece en su artículo 18 que las excepciones al carácter público de la información se interpretan de manera restrictiva.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, cabe señalar que el propio Decreto de Urgencia N.° 003-2021 establece en su parte considerativa:

> Que, en dicho contexto, resulta necesario modificar el numeral 4.1 del artículo 4 del Decreto de Urgencia N.º 110-2020, debido a que las actuales condiciones contractuales que determina el mercado obligan al cumplimiento de cláusulas de confidencialidad derivadas de la celebración de los contratos, acuerdos y/o convenios para la adquisición de vacunas contra la COVID-19. Estos acuerdos de confidencialidad se han realizado en el marco de las excepciones previstas en el numeral 2 del artículo 17 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, referido a la información confidencial protegida por el secreto industrial, comercial, tecnológico, entre otros. Ello sin perjuicio de las medidas adecuadas que se adopten para mantener informada a la ciudadanía sobre las acciones adoptadas contra la COVID-19.

En cuanto a ello, el gobierno únicamente ha alegado la existencia de información protegida por el "secreto comercial" sin acreditarlo debidamente; así, de la lectura del Decreto de Urgencia 003-2021, inclusive partiendo del supuesto de que exista información protegida por determinadas cláusulas de confidencialidad, debe mantenerse informada a la ciudadanía sobre las acciones adoptadas contra la COVID- 19. Supuesto que no se agota con la sola publicación de información en la página web del MINSA, puesto que ello implicaría limitar el derecho de acceso a la información pública únicamente a lo que las entidades deciden difundir, lo cual implicaría a su vez restringir el ejercicio de un derecho

fundamental.

> Siendo esto así, no puede interpretarse que el ejercicio del derecho de acceso a la información pública se deba limitar únicamente a aquella documentación que la entidad difunde en su portal institucional, sino a toda información que posea la entidad y tenga naturaleza pública.

IV. SUPUESTA VIOLACIÓN AL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD Y/O RESERVA QUE PUEDA GENERAR GRAVES CONTINGENCIAS AL PERÚ

El gobierno ha señalado algunos aspectos que generarían una violación al deber de confidencialidad y/o reserva que podría generar graves contingencias al Perú, lo cual está subdividido en tres aspectos:

- El quebrantamiento de la confidencialidad no garantizaría la ejecución de los contratos de adquisición ante el posible riesgo de suministro de vacunas y reclamo de los proveedores.
- No se trata de falta de transparencia, sino del cumplimiento de las estipulaciones de los contratos para evitar el riesgo de perder las vacunas y tener que asumir onerosas penalidades.
- Los pedidos de información pública sobre la compra de las vacunas contra la COVID-19 constituyen un peligro para la ejecución de dichos contratos.

Al respecto, cabe señalar que es precisamente por ello que el marco legal vigente le exige a las entidades acreditar debidamente el carácter reservado y confidencial de la información para lo cual requiere, en el caso de la información reservada la clasificación respectiva y su registro correspondiente; así como para el caso de la información confidencial le otorga la obligación de acreditar el supuesto de hecho y el marco legal por el que lo requerido constituye una excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

Sin embargo, el gobierno peruano no ha cumplido con acreditar ninguno de los supuestos invocados, por lo que al ser los poseedores de la información debieron ser los llamados a dar cumplimiento a la normativa de transparencia existente en el estado peruano.

V. CONTRATOS DE ADQUISICIÓN DE VACUNAS SUSCRITOS POR EL GOBIERNO PERUANO

El gobierno peruano ha suscrito contratos con tres laboratorios y la iniciativa Covax Facility para comprar las vacunas contra el COVID-19, pero hasta la fecha ninguno de estos contratos es público y el gobierno reiteró que no tiene intenciones de desclasificar los acuerdos. Los convenios comerciales firmados con el país son por un total de 408 millones de dólares para la adquisición de dosis de Sinopharm, Pfizer, AstraZeneca y las vacunas que faciliten el mecanismo Covax a través de un convenio marco. Los lotes de vacunas llegan al país en partes, pero el cronograma de estos arribos tampoco es público en las cuentas oficiales del Gobierno.

Sinopharm envió el primer lote de vacunas al Perú en febrero del 2021 y ha entregado al país un millón de dosis. Si bien el gobierno anunció que se tenían conversaciones con la farmacéutica china para cerrar un trato por 38 millones de dosis, aún no se anuncia el cierre de estas negociaciones.

Las conversaciones entre el gobierno nacional y Sinopharm son vistas con recelo en el país tras el escándalo denominado "vacunagate" en donde dosis de esta empresa fueron empleadas en funcionarios del gobierno cuando estas estaban destinadas a la población y científicos que participaban en el ensayo clínico en Fase III que Sinopharm realizaba en Perú.

En cuanto a Pfizer, se han firmado acuerdos comerciales para la entrega de 20 millones de dosis. En el caso de AstraZeneca, solo se conoce que los 14 millones de dosis negociadas deben estar en el país como máximo en septiembre de 2021, pero ni una sola dosis de estos lotes contratados

ha llegado al país hasta la fecha pese a que se firmó un acuerdo entre ambas partes el 31 de diciembre de 2020.

Por su parte, el pasado 18 de abril un lote de 276 mil dosis de AstraZeneca arribó a Perú como parte del mecanismo Covax, liderado por la alianza GAVI, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y la Organización Mundial de la Salud (OMS); GAVI y las organizaciones que interceden entre los países y las farmacéuticas para colaborar en una distribución equitativa de las vacunas anticovid-19. La llegada de estas 276 mil dosis de AstraZeneca está por fuera del contrato comercial entre Perú y la compañía.

Los cronogramas de llegada de las dosis son parte de los secretos impuestos por el acuerdo entre el gobierno peruano y los proveedores de vacunas, ya que señalan esta información como sensible. Así lo indicó el Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud (CENARES) a pesar de ser requerido para la provisión de dicha información a través de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

El costo de las vacunas también es información oculta; ni el Ministerio de Salud ni el de Economía y Finanzas respondieron sobre el valor de cada dosis por el que paga el país. Ambos ministerios alegaron que esta información se encuentra restringida por las cláusulas de confidencialidad de los contratos.

Los contratos para la adquisición de estas vacunas de emergencia tienen una cláusula de confidencialidad que se enmarca dentro de lo que se conoce como el secreto comercial.

VI. CONCLUSIONES

- A medida que los gobiernos vienen suscribiendo los acuerdos comerciales con los laboratorios productores de la tan codiciada vacuna contra la COVID-19, surge un nuevo problema caracterizado por el secretismo y la restricción informativa hacia la población respecto de los criterios de oportunidad, precio y calidad, entre otros aspectos relativos al contenido de los contratos suscritos. El gobierno peruano no ha sido ajeno a dicha coyuntura siendo del caso que través del Decreto de Urgencia N.° 003-2021 ha blindado de un halo de reserva y confidencialidad la información particular concerniente a los acuerdos contractuales firmados para la compra de las vacunas contra la COVID-19.

- Para efectos de amparar la causal de información reservada contenida en el literal a) del numeral 2 del artículo 16 de la Ley de Transparencia que el gobierno nacional viene utilizando para negar el acceso a la información de los acuerdos comerciales suscritos con los laboratorios productores de la vacuna contra la COVID-19, corresponde mínimamente que acredite el documento a través del cual ha clasificado la información requerida bajo el carácter de reservado, así como evidencie el registro de dicha información.

- El gobierno viene invocando la existencia del secreto comercial en la compra de las vacunas contra la COVID-19 sin haber motivado de manera razonable en los hechos y en el derecho a qué tipo de información se refiere, cuáles son las características particulares que, sin entrar al detalle, determinan que el contenido de lo requerido encaje en la normativa aplicable al "secreto comercial" y lo incluye en dicha definición.

- El derecho de acceso a la información pública no sólo implica el deber del Estado de publicitar sus actos promoviendo una cultura de transparencia conforme lo dispone el artículo 10 de la Ley de Transparencia, sino que también genera la obligación de otorgar al solicitante información clara, precisa y oportuna. En tal sentido, la entidad no solo tiene el deber de motivar la denegatoria en los hechos y en el derecho, sino también que tiene la carga de la prueba para justificar la referida denegatoria.

- El gobierno únicamente ha alegado la existencia de información protegida por el secreto comercial sin acreditarlo debidamente. Así, de la lectura del Decreto de Urgencia 003-2021, inclusive partiendo del supuesto de que exista información protegi-

da por determinadas cláusulas de confidencialidad debe mantenerse informada a la ciudadanía sobre las acciones adoptadas contra la COVID 19; supuesto que no se agota con la sola publicación de información en la página web del MINSA, puesto que ello implicaría limitar el derecho de acceso a la información pública únicamente a lo que las entidades decidan difundir, lo cual implicaría restringir el ejercicio de un derecho fundamental.

- No puede interpretarse que el ejercicio del derecho de acceso a la información pública se deba limitar únicamente a aquella documentación que la entidad difunde en su portal institucional, sino a toda información que posea la entidad y tenga naturaleza pública.

- La reserva y confidencialidad que el gobierno viene utilizando para negar el acceso a la información de los acuerdos comerciales suscritos con los laboratorios productores de la vacuna contra la COVID-19 no se encuentra justificada.

BIBLIOGRAFÍA

Berdeja, M., Martínez P. & Silva F., (2020). Transparencia y acceso a la información pública ante situaciones de pandemia. Publicaciones e investigación. 14 (2), 1-8. Recuperado de: https://www.hemeroteca.unad.edu.co/index.php/publicaciones-e-investigacion/article/view/4351/4324

Blanes, M. (2020). La incidencia del COVID-19 sobre la transparencia de las instituciones públicas. Recuperado de: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7591739

Congreso de la República del Perú. (2 de agosto del 2002). Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública [Ley Nº 27806]. Recuperado de: https://www.peru.gob.pe/normas/docs/ley_27806.pdf

Correa, J. (05 de febrero de 2021). ¿Qué pasó con la adquisición de las vacunas contra el Covid-19?. Pesquisa Javeriana Recuperado de: https://www.javeriana.edu.co/pesquisa/que-paso-con-la-adquisicion-de-las-vacunas-contra-el-covid-19/

Fernández, L. (2005). Transparencia y acceso a la información pública. Recuperado de: http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/11999/transparencia_acceso_Fernandez.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Gatti, F. (11 de marzo de 2021). Vacunas y opacidad: Los derechos atrapados en el orden global. Dialogo Derechos Humanos. Recuperado de: https://dialogoderechoshumanos.com/vacunacion-estado-de-derecho-y-derechos-humanos-en-latinoamerica/vacunas-y-opacidad-los-derechos-atrapados-en-el-orden-global

Montaño, F. (29 de abril de 2021). Covid-19: Secretismo en Perú impide conocer si proveedoras de vacunas cumplen con plazos de entrega. Convoca. Recuperado de: https://convoca.pe/agenda-propia/covid-19-secretismo-en-peru-impide-conocer-si-proveedoras-de-vacunas-cumplen-con

Olmo, G. (28 de enero de 2021). Vacunas contra el coronavirus: a qué se debe el secretismo que rodea los contratos entre los gobiernos y las farmacéuticas. BBC Mundo. Recuperado de : https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-55804567

Peña, A. (03 de febrero del 2021). Límites en el derecho mundial a la vacuna contra el COVID-19. IUS 360. Recuperado de: https://ius360.com/limites-en-el-derecho-mundial-a-la-vacuna-contra-el-covid-19-antonio-pena-jumpa/

Presidencia de la República del Perú. (15 de enero del 2021). Decreto de urgencia que modifica el numeral 4.1 del artículo 4 del Decreto de urgencia Nº 110-2020, decreto de urgencia que dicta medidas extraordinarias para facilitar y garantizar la adquisición, conservación y distribución de vacunas contra la covid-19. [Decreto de urgencia Nº 003-2021]. Recuperado de: https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-de-urgencia-que-modifica-el-nu-

meral-41-del-articulo-decreto-de-urgencia-n-003-2021-1920425-1

Revilla, A. (2011). La transparencia en la ley de contrataciones del Estado. Derecho PUCP. (66), 195-221. Recuperado de: http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3022/3470

Ruiz, I. (09 de marzo de 2021). Vacunas secretas: gobiernos de América Latina. Ojo Público. Recuperado de: https://ojo-publico.com/2541/los-beneficios-que-latinoamerica-cedio-las-farmaceuticas

San Román, A. (10 de febrero de 2021). Vacuna versus transparencia: Un análisis del D.U. 03-2021 desde la gestión pública. La Ley. Recuperado de: https://www.laley.pe/art/10630/vacuna-versus-transparencia-un-analisis-del-du-03-2021-desde-la-gestion-publica

Tribunal Constitucional (TC). (2016). Resolución, Expediente Nº 01956-2016-PHD/TC. Recuperado de: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/01956-2016-HD.pdfTribunal Constitucional (TC). (2013). Resolución. Expediente N° 4865-2013-PHD/TC. Recuperado de https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04865-2013-HD.html

8

LOS RETOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN PERÚ A CONSECUENCIA DEL COVID-19*

JOSÉ RODRIGO ROSALES





08

LOS RETOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN PERÚ A CONSECUENCIA DEL COVID-19



JOSÉ RODRIGO ROSALES RODRIGO

Abogado y Maestro en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Se especializa en Contratación Pública, Concesiones, Derecho Administrativo y Arbitraje Nacional. Árbitro en procesos arbitrales en materia de contratación estatal. Árbitro en procesos arbitrales ad hoc e institucionales y Secretario Arbitral. Profesor en Pregrado y Postgrado en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) del curso de Contrataciones del Estado y en la Universidad San Martin de Porres (USMP) en los cursos de Instituciones Procesales, Derecho de la Empresa, Derecho de Propiedad y Derecho Civil Patrimonial. Asesor Legal en temas de arbitraje, contrataciones del Estado, concesiones, derecho de la construcción y derecho administrativo. Expositor en temas de Arbitraje, Contrataciones con el Estado y Derecho Administrativo.

SUMILLA :

En el presente trabajo, el autor desarrolla de manera general los retos acontecidos en las contrataciones públicas en el Perú a consecuencia del inicio de la pandemia COVID-19 y como ha sido su impacto en nuestro país a la luz de los cambios normativos incorporados.

I. INTRODUCCIÓN:

El brote del coronavirus es declarado como pandemia mundial el 11 de marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud (OMS)[1] al ser un virus infeccioso que causa la muerte y que ha resultado ser uno de los más letales de las primeras décadas del siglo XXI, comparándolo con otras pandemias del pasado[2].

El origen del COVID-19 resulta aún desconocido y existen diversas teorías y estudios sobre su procedencia[3].

La propagación del COVID-19 a nivel mundial generó diversas medidas en distintos países del mundo tales como el cierre de fronteras a determinados países, restricciones a la libertad de tránsito terrestre, marítimo y aéreo, cuarentenas, aislamientos focalizados, utilización de mascarillas y diversos insumos de desinfección dentro las rutinas de las personas, entre otras.

Un ejemplo de organización fueron las medidas tomadas en la propia ciudad Wuhan, la zona cero de origen de la propagación del COVID-19, la cual hizo uso de las siguientes estrategias[4]: i) la restricción de movimientos en Wuhan, epicentro del brote; ii) cierres de fábricas y la reanudación ordenada de la producción; iii) el uso de datos para encontrar cada foco infeccioso; iv) un ágil tratamiento científico y v) construir hospitales especializados en la lucha contra el coronavirus COVID-19.

Por otro lado, el COVID-19 también ha impactado en el normal funcionamiento del sistema de contratación pública con la implementación de ciertas medidas tomadas por el Estado peruano para hacer frente a la situación de emergencia sanitaria. El Perú desde mediados de la década de los 90 ha buscado unificar un sistema de contratación estatal debido al universo contractual con el que cuenta el Estado peruano[5].

El sistema de contratación pública, como parte fundamental de dicho universo estatal, cuenta con la mayor cantidad de procesos de contratación de bienes, servicios y obras con la utilización de fondos públicos en la que participa el sector privado[6].

En el presente artículo se buscará presentar y comentar desde las principales medidas normativas implementadas por el Estado peruano en la contratación pública hasta los futuros retos que deberá afrontar a consecuencia del COVID-19.

II. LAS MEDIDAS LEGALES TOMADAS EN CONTRATACIÓN PÚBLICA POR EL COVID-19

En primer lugar, a consecuencia del ingreso de losprimeros casos de COVID-19 en el Perú a inicios del año 2020, el Poder Ejecutivo dispuso de diversas medidas para hacer frente a la emergencia sanitaria tales como la declaratoria de emergencia dictada a través del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM con fecha 15 de marzo de 2020, en las que se establecieron medidas de aislamiento para contener la propagación del COVID-19 en la

1. Organización Mundial de la Salud (2020). La OMS caracteriza a COVID-19 como una pandemia. Recuperado de:https://www.paho.org/es/noticias/11-3-2020-oms-caracteriza-covid-19-como-pandemia [Consulta: 16 de julio de 2021].

2. A lo largo del tiempo, se evidenciaron distintas pandemias que transformaron a la sociedad, como la peste de Justiniano, expandiéndose por Constantinopla y cobrándose la vida de 4 millones de personas; la peste negra, siendo una de las mayores pandemias de la historia, surge a mediados del siglo XIV cobrándose la vida de 50 millones de personas; la viruela, logró obtener una tasa de mortalidad de hasta 30%, siendo una de las enfermedades más contagiosas del mundo; la gripe española se dio durante la Primera Guerra Mundial, muriendo aproximadamente 50 millones de personas; entre otras desataron un gran cambio en el mundo. National Geographic. (2021) Grandes Pandemias de la Historia. Enfermedades nuevas que aparecían y en poco tiempo atacaban a toda una población eran capaces de atravesar fronteras y convertirse en pandemias, cambiando el destino de los lugares y las personas que se veían afectadas por ellas. Recuperado https://historia.nationalgeographic.com.es/a/grandes-pandemias-historia_15178/7 [Consulta: 7 de julio de 2021].

3. BBC News (30 de marzo de 2021). Origen del coronavirus: 4 hallazgos y 3 incógnitas que deja el informe de la OMS tras la investigación en China. Recuperado de: https://www.bbc.com/mundo/noticias-56580748 [Consulta: 16 de julio de 2021].

4. Redacción Médica (10 de marzo de 2020). Coronavirus: China y las 5 medidas que lo hacen ejemplo contra el Covid-19. Recuperado de: https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-china-y-las-5-medidas-que-lo-hacen-ejemplo-contra-el-covid-19-3889#:~:text=Estas%20estrategias%20son%3A,datos%20para%20 encontrar%20 cada%20 foco [Consulta: 7 de julio de 2021]

5. Entre el universo de los contratos estatales podemos encontrar la contratación de auditorías, trabajadores, funcionarios públicos sujetos a los regímenes administrativo o laboral, contratos internacionales, concesiones de recursos naturales y obras públicas. Todos estos complementados con sus intereses resultan totalmente legítimos y deben ser tutelados por la contratación estatal, con el fin de que exista una garantía para los contratistas privados y así compensar el desequilibrio contractual. Para más detalle ver en: Tafur Sánchez, S., & Miranda Miranda, R. (2007). Contratación Estatal: Algunas reflexiones generales. Derecho & Sociedad, (29), 140-152. Recuperado a partir de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17267

6. La normativa contratación pública vigente se encuentra sujeta al Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, aprobado por el Decreto Supremo Nº 082-2019-EF y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo Nº 344-2018-EF

población[7].

Asimismo, cabe resaltar que las medidas más extremas de la situación de emergencia se flexibilizaron con el Decreto Supremo N° 116-2020-PCM de fecha 26 de junio de 2020, en la que se estableció el libre tránsito de las personas a partir del mes de julio para hacer frente a la reactivación económica que estaba generando una serie de problemas en el Estado[8]. Es así como dentro de las medidas tomadas pueden destacarse las siguientes: i) las medidas de suspensión de plazo y ii) medidas para reactivar progresivamente la actividad económica.

A) MEDIDAS DE SUSPENSIÓN DE PLAZOS

En cuanto al objetivo de las medidas de suspensión de plazos, estas se refieren a la pausa en el normal desarrollo de las fases de la contratación a fin de priorizar contrataciones que permitieran enfrentar la propia propagación del COVID-19; para lo cual, se suspendieron las convocatorias de los procedimientos de selección en giro[9] a fin de dar prioridad a las contrataciones directas por situación de emergencia[10]. Por esta razón, se dio un plazo de quince (15) días hábiles para realizar nuevas convocatorias[11] de acuerdo con los métodos de contratación contemplados en la normativa de contratación pública.

Se aprecia que las medidas emitidas tuvieron la intención de dar prioridad a las contrataciones directas para enfrentar los efectos del avance del COVID-19.

Por otro lado, es importante señalar que el Ministerio de Salud (MINSA)[12], de manera excepcional, realizó transferencias financieras a favor de las unidades ejecutoras de salud en los Gobiernos Regionales[13] para que logren brindar las contrataciones de servicios necesarios.

Sin perjuicio de lo señalado es pertinente indicar que el Ministerio de Salud (MINSA)[14] está facultado para realizar cualquier acción de prevención, control, vigilancia y respuesta sanitaria ante el COVID-19, lo cual permitió que diversas entidades públicas en el marco de la situación de emergencia pudieran colaborar y ayudar realizando diversas contrataciones vinculadas[15].

7. Mediante el Decreto Supremo Nº 044-2020-PCM, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 15 de marzo de 2020, se declaró el Estado de Emergencia en el país por la propagación del COVID-19 y se implementaron medidas para evitar el contagio, disponiéndose así, el aislamiento obligatorio a partir del 16 de marzo de 2020. Se restringe el tránsito de personas, salvo que sean casos de suma importancia como prestaciones y acceso a servicios y bienes esenciales. Del mismo modo, se dispuso el cierre total de las fronteras por todos los medios, excepto los transportes de carga. Todas las medidas implementadas tienen como fin evitar el incremento de casos positivos de COVID y salvaguardar la salud de toda la población.

8. A raíz del COVID-19 el Estado se vio en la obligación de implementar medidas que ayuden a evitar la propagación del virus. Por lo que, es de nuestro interés mencionar las medidas que afectan, de cierta manera, a las Contrataciones del Estado. Por ejemplo, se suspendieron por 15 días hábiles a partir del 16 de marzo de 2020 las convocatorias de nuevos procedimientos de selección como los de impugnación y procesos administrativos sancionadores. A su vez, se suspendieron los plazos por 30 días - a partir del 15 de mayo de 2020- los procedimientos de selección que se encontraban en trámites que sean distintos a las contrataciones directas debido a la situación de emergencia; puesto que, se otorgó prioridad a las contrataciones directas de bienes y servicios como el de abastecimiento, material y equipo médico, obras, construcciones y consultorías, medicamentos, productos de aseo y limpieza, etc.

9. Ministerio de Economía y Finanzas. (MEF). (17 de marzo de 2020). Dispone la "Suspensión de plazos de procedimientos de selección y otras disposiciones en materia de abastecimiento". [Resolución Directoral Nº 001-2020-EF-54.01]. Recuperado de: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/567167/RD_001-2020-EF-54.01.PDF [Consulta: 25 de junio de 2021].

10. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) brindó el alcance de la normativa de contrataciones en el marco del Estado de Emergencia Nacional, declarado mediante el Decreto Supremo 044-2020-PMC. Según el artículo 27, en el literal b) del Texto Único Ordenado de la Ley prevé las contrataciones directas por estado de emergencia. Por lo que, al ser el COVID-19 declarado por la Organización Mundial de Salud (OMS) un acontecimiento catastrófico, se permite la aplicación de contrataciones directas por la situación de emergencia, facultando así a las Entidades de poder contratar de manera inmediata los bienes y servicios que sean necesarios para atender y evitar la propagación del virus.

11. Ministerio de Economía y Finanzas. (MEF). (17 de marzo de 2020). Dispone la "Suspensión de plazos de procedimientos de selección y otras disposiciones en materia de abastecimiento". [Resolución Directoral Nº 001-2020-EF-54.01]. Recuperado de: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/567167/RD_001-2020-EF-54.01.PDF [Consulta: 25 de junio de 2021].

12. A partir del 11 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud (MINSA), realizó contrataciones en favor de los establecimientos de salud de sus Organismos Públicos, en los que se encuentran adscritos y en los Gobiernos Regionales

13. Presidencia de la República (11 de marzo de 2020). Ley de Contrataciones del Estado. [Decreto de Urgencia Nº 025-2020]. Recuperado de:https://busquedas.elperuano.pe/download/url/dictan-medidas-urgentes-y-excepcionales-destinadas-a-reforza-decreto-de-urgencia-n-025-2020-1863981-1 [Consulta: 10 de julio de 2021].

14. Presidencia de la República (11 de marzo de 2020).Ley de Contrataciones del Estado. [Decreto de Urgencia Nº 025-2020]. Recuperado de: https://busquedas.elperuano.pe/download/url/dictan-medidas-urgentes-y-excepcionales-destinadas-a-reforza-decreto-de-urgencia-n-025-2020-1863981-1 [Consulta: 10 de julio de 2021].

15. De la misma forma diversas entidades estatales obtuvieron autorizaciones para realizar determinadas contrataciones para hacer frente al COVID-19 tales como: i)PERÚ COMPRAS a la que se le permitió realizar contrataciones de bienes y servicios que tengan como fin la obtención, transporte y procesamiento de muestras para el diagnóstico de COVID-19 en el marco del Decreto de Urgencia N° 028-2020; ii)El Registro Nacional de Identificación Civil (RENIEC) que cuenta con la autorización para efectuar contrataciones de bienes y servicios para ampliar la capacidad de la línea telefónica, esto durante el año 2020 en el marco del Decreto de Urgencia N° 031-2020; iii)El Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR) que tuvo la facultad de ejecutar contrataciones de bienes y servicios para el alojamiento temporal en cuarentena lo que comprende a una alimentación completa para las personas que retornen a su domicilio, el traslado y apoyo asistencial para los que regresan al país o repatriados del extranjero en el marco del Decreto de Urgencia N° 043-2020; El Ministerio del Ambiente (MINAM) para efectuar la

B) MEDIDAS PARA REACTIVAR PROGRESIVAMENTE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

Dentro de las siguientes medidas puede identificarse que diversos actores de la contratación pública implementaron maneras para reiniciar las actividades económicas que fueron paralizadas de marzo a julio de 2020[16].

Por ejemplo, la Central de Compras Públicas (PERU COMPRAS[17]implementó la inclusión de bienes y servicios ofrecidos por las micro y pequeñas empresas de los sectores productivos con mayor oferta dentro de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

De la misma forma, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE[18]) actualizó las bases estándar de sus procedimientos de selección para contribuir en la reactivación económica dentro del marco del proceso de reanudación de las actividades económicas.
En paralelo con dichas medidas, el Poder Ejecutivo consideró necesario realizar modificaciones normativas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado a través del Decreto Supremo N° 168-2020-EF a fin de enfrentar el Estado de emergencia nacional y con la finalidad de reactivar las obras públicas, implementando los siguientes cambios:

1. Se permite que las partes puedan incorporar en los contratos de obra, independientemente del monto, la Junta de Resolución de Disputas como mecanismo de solución de controversias.

2. Se permite incorporar en contratos de obra anteriores, independientemente del monto, la Junta de Resolución de Disputas como mecanismo de solución de controversias.

3. Se prioriza que los ministerios puedan realizar procesos de homologación en plazos menores[19].

4. Se estableció que PERÚ COMPRAS brinde las facilidades para la aprobación de las fichas de homologaciones de bienes y servicios

5. Se permitió la posibilidad a los contratistas de presentar solicitudes de ampliaciones de plazo contractual.

Al respecto, se puede considerar que las medidas tomadas en la normativa de contrataciones del Estado, más que agilizar la reactivación económica, pueden generar ciertos inconvenientes debido a que se han originado ciertas incertidumbres en los contratos de obra pública por los periodos de paralización que se dieron de marzo a julio del 2020[20].

El problema principal con respecto a la ampliación de plazos contractuales durante el estado de emergencia va a recaer en el colapso de estos, lo que llevaría a los proveedores a la quiebra debido a que suspender o ampliar los plazos de ejecución producen mayores gastos generales y/o costos directos a las empresas[21].

contratación de bienes y servicios para el alojamiento temporal, alimentación completa y diversos servicios complementarios; de las personas que se encuentren transitando en Lima Metropolitana y requieran regresar a su domicilio habitual en el marco del Decreto Urgencia N° 048-2020; entre otros casos más.

16. Es pertinente señalar que el 16 de marzo de 2020, se suspendieron los contratos de bienes y servicios debido al estado de emergencia; como consecuencia, en julio del mismo año se establecieron disposiciones mediante el Decreto Supremo Nº 168-2020-EF en materia de contrataciones públicas que faciliten la reactivación de dichos contratos de bienes y servicios, con el fin de contribuir de manera favorable en la reactivación económica que fue afectada por el COVID-19.

17. Presidencia de la República. (30 de junio de 2020). Ley de Contrataciones del Estado. [Decreto Supremo N° 168-2020-EF]. Recuperado de: https://busquedas.elperuano.pe/download/url/establecen-disposiciones-en-materia-de-contrataciones-public-decreto-supremo-n-168-2020-ef-1869172-5 [Consulta: 10 de julio de 2021].

18. Presidencia de La República. (30 de junio de 2020). Ley de Contrataciones del Estado. [Decreto Supremo Nº 168-2020-EF]. Recuperado de: https://busquedas.elperuano.pe/download/url/establecen-disposiciones-en-materia-de-contrataciones-public-decreto-supremo-n-168-2020-ef-1869172-5 [Consulta: 10 de junio de 2021].

19. Presidencia de la República. (30 de junio de 2020). Ley de Contrataciones del Estado. [Decreto Supremo 168-2020-EF]. Recuperado de: https://busquedas.elperuano.pe/download/url/establecen-disposiciones-en-materia-de-contrataciones-public-decreto-supremo-n-168-2020-ef-1869172-5 [Consulta: 10 de julio de 2021].

20. Con el paso del tiempo, el Estado optó por publicar el 30 de junio de 2020, el Decreto Supremo N° 168-2020-EF donde se implementaron medidas para la reactivación de contratos de bienes y servicios que fueron suspendidos debido a la declaratoria de emergencia; tales como, dentro de los siete (7) días hábiles después del levantamiento de la cuarentena los contratistas podrán presentar a la Entidad solicitudes de ampliación de plazos contractuales, plan para que se puedan implementar los protocolos sanitarios que fueron emitidos por los sectores competentes. Lo mencionado servirá para que se contribuya de manera favorable en la reactivación económica.

21. Gandolfo, R. (23 de marzo de 2020). Ampliación de plazo y Estado de Emergencia Ediciones Propuestas Recuperado de: https://sites.google.com/site/edi-

Sin perjuicio de tales problemas, es pertinente señalar que para los medios los cambios aplicados, tanto al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado como a la reorganización del OSCE, tienen la finalidad de establecer una normativa orientada a la maximización del valor de los recursos públicos; esto para que exista eficacia en su fiscalización[22].

Por lo dicho, se infiere que no hay razón alguna para impedir que esos contratos se queden congelados en el tiempo o para acabarlos a la fuerza cuando les asiste igual derecho a ser reactivados y a contribuir a la señalada optimización del esfuerzo nacional. Por lo tanto, es determinante pactar un acuerdo con los clientes sobre las circunstancias en las que ya no se puede movilizar al personal y, como única solución, intentar que se pague la permanencia en obra del equipo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en estos casos no es posible recortar los gastos generales que coloca al contratista en peligro de quedar desfinanciado para futuras operaciones.

III. CIFRAS DE LAS CONTRATACIONES REALIZADAS DURANTE LA SITUACIÓN DE EMERGENCIA

De acuerdo con la información publicada por el OSCE[23] puede apreciarse que es posible acceder a diversa información para determinar cuál ha sido el impacto de las contrataciones durante la situación de emergencia. En virtud de ello, de acuerdo con el Gráfico N° 01 se observa que el Estado peruano durante la situación de emergencia hasta la fecha actual ha gastado un aproximado de S/ 3 millones de soles en el rubro de material y equipo médico frente a las demás rubros contratados como consecuencia de la situación de emergencia; tales como otros bienes, obras, construcciones, consultorías, medicamentos, otros servicios, alimentos, alojam
iento temporal y alimentación, productos de aseo y limpieza, fumigación, alquiler de seguros, entre otros.

GRÁFICO N° 01:
MONTO DE CONTRATACIONES POR RUBROS DURANTE LA SITUACIÓN DE EMERGENCIA

De la misma forma puede identificarse en el Gráfico N° 02 un ranking de las principales entidades que han realizado contrataciones durante la situación de emergencia y cuánto es el monto aproximado de gasto realizado, encontrándose dentro de las mismas el Seguro Social de Salud – ESSALUD como una de las principales contratantes con más de ochocientos (800) procesos de selección seguido por el Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos – CENARES con más de cuatrocientos (400) procesos de selección



GRÁFICO N° 02:
RANKING DE LAS PRINCIPALES ENTIDADES PÚBLICAS QUE REALIZARON PROCESOS DE CONTRATACIÓN DURANTE LA SITUACIÓN DE EMERGENCIA

ENTIDAD	Nº PROCESOS	MONTO EN MILLONES	% MONTO
CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRETAGICOS	464	1,236.25	17.0%
SEGURO SOCIAL DE SALUD	816	1,232.47	17.0%
UNIDAD EJECUTORA 120 PROGRAMA DE DOTACIÓN DE MATERIALES	10	641.35	8.8%
MINISTERIO DE SALUD	127	363.39	5.0%
PERU COMPRAS	39	289.19	4.0%

De la revisión de las contrataciones realizadas por el Estado, puede observarse que dentro los principales proveedores involucrados durante este periodo de emergencia que se encuentran en el Gráfico N° 3, el principal proveedor ha sido la empresa TPV PERÚ SAC por aproximadamente más

cionespropuesta/ [Consulta: 5 de julio de 2021].

22. Diario Oficial El Peruano. (28 de noviembre de 2020). Eficiencia en las contrataciones del Estado. Diario Oficial El Peruano. Recuperado de: https://elperuano.pe/noticia/109834-eficiencia-en-las-contrataciones-del-estado [Consult: 20 de julio de 2021].

23. Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). (2020). Contrataciones ante la emergencia sanitaria por la existencia del COVID-19. Lima: OSCE. Recuperado de: https://portal.osce.gob.pe/osce/conosce/covid19.html [Consulta: 10 de junio de 2021].

de 200 millones de soles; seguido por la empresa MAXIMA INTERNACIONAL SAC por aproximadamente más de 153 de millones de soles, entre otros.

GRÁFICO N° 03:
RANKING DE LOS PRINCIPALES PROVEEDORES QUE REALIZARON PROCESOS DE CONTRATACIÓN DURANTE LA SITUACIÓN DE EMERGENCIA

PROVEEDOR	MONTO	RUBROS
TPV PERU SAC	237,855,690.1	OTROS BIENES
MAXIMA INTERNACIONASAC	153,374160.4	OTROS BIENES
GRUPO DELTRON SAC	145,453,579.6	MATERIALY EQUIPO MEDICO, OTROS BIENES
DISTRIBUIDORA DROGUERIA	141,902,952.1	ALIMENTOS, MATERIALY

Fuente: elaboración propia

Cabe resaltar que tras la pandemia las contrataciones se dieron a través de herramientas electrónicas; esto según los medios ha generado que el Estado peruano ahorre más 2,504.72 millones de soles monto equivalente a los cinco (5) años de funcionamiento de la institución[24].

Por todo lo mencionado, se puede apreciar que el volumen de compras durante la pandemia ha buscado maximizar la eficiencia; sin embargo, debe recordarse que la cantidad no necesariamente determina la calidad, debido a que muchas contrataciones de la fase de ejecución contractual han tenido serios problemas de continuidad. Esto último tomando en cuenta situaciones como los protocolos, reglas de aforos, teletrabajo, implementación progresiva de mesas virtuales electrónicas en el Estado; así como la insolvencia en el corto y largo plazo de diversas empresas en el sector privado, debido a la falta de prestación de sus actividades económicas en el sector comercial al que pertenece[25].

¿LO REALIZADO ES SUFICIENTE?

El estado de emergencia obligó a suspender los contratos que se ejecutan en virtud de la Ley 30225 y de su respectivo Reglamento. En el numeral 34.9) del artículo 34° de la Ley se estipula que el proveedor puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones, caso contrario las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre y cuando deriven de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas; todo ello con la finalidad de cumplir con el objeto y sus elementos determinantes.
Si bien la suspensión de los contratos es una medida que se encuentra reglamentada en el numeral 7) del artículo 142° del Reglamento, es pertinente señalar que el efecto de la facultad de suspender origina el derecho a los proveedores al no reconocimiento de los mayores gastos generales y/o costos directos.

Por otro lado, si bien se establecieron reglas que han permitido que los proveedores puedan utilizar la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD a partir de agosto del 2020 para requerir su solicitud de ampliación de plazo excepcional, es pertinente señalar que la propia Directiva define:

> La ampliación excepcional de plazo que prevé el DLEG, con los correspondientes gastos generales y costos directos, y el reconocimiento de los costos que implica implementar las medidas para la prevención y control frente a la propagación del COVID-19, dispuestas por los sectores competentes, aplica incluso en aquellos casos en que la obra tenía programada su culminación antes de la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional, o cuando se haya encontrado con atraso, sin perjuicio de la aplicación de penalidades o los procedimientos de solución de controversias, que sean aplicables por tales atrasos o paralizaciones previas.

Sobre el particular se comparte que dicha medida es sumamente acertada, así como la Segunda Disposición Transitoria Complementaria del Decreto Legislativo N° 1486 que estableció lo siguiente:

> **(...) Para la reactivación de los contratos de obra vigentes y sus respectivos contratos de supervisión,**

24. Andina. (20 de marzo de 2021). Más de S/2,500 millones ahorró el Estado mediante Perú Compras. Andina. Recuperado de: https://andina.pe/agencia/noticia-mas-s-2500-millones-ahorro-estado-mediante-peru-compras-838238.aspx [Consulta: 20 de julio de 2020].
25. El Perú se ve en la obligación de conocer los riesgos que afronta cada entidad, respecto de las contrataciones; de esta manera, se lograría minimizar nulidades en los procesos ya que esto perjudica a miles de peruanos. Como se mencionó, si bien el Estado ahorró más de S/. 2, 500 millones gracias a las herramientas técnicas esto no ha representado necesariamente una completa eficiencia; puesto que muchos procesos demoran más de lo normal o no existe una comunicación ideal para llevar una contratación satisfactoria a cabo. Andina. (26 de junio de 2021). Gestión de riesgos en contrataciones públicas debe ser estratégica y participativa. Andina. Recuperado de: https://andina.pe/agencia/noticia-gestion-riesgos-contrataciones-publicas-debe-ser-estrategica-y-participativa-850786.aspx [Consulta: 23 d ejulio de 2021].

> **bajo el ámbito del régimen general de contrataciones del Estado, cuya ejecución de la inversión se ha visto paralizada debido al Estado de Emergencia Nacional producido por el COVID-19, aprobado por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y sus modificatorias, resultan de aplicación, de forma excepcional, las siguientes disposiciones:**
> **a. Dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la culminación de la inmovilización social dispuesta en el marco del estado de emergencia nacional y/o su inicio se encuentre dispuesto por la autoridad competente para la reanudación de actividades en el ámbito geográfico donde se ejecuta la obra, el ejecutor de obra, haya realizado o no la anotación en el cuaderno de obra de las circunstancias que determinan la necesidad de ampliación de plazo, debe presentar a la entidad, de forma física o virtual (....)**

Sobre los dispositivos normativos dispuestos se considera que son un avance el que las obras se puedan reactivar; sin embargo, el futuro nos plantea nuevas interrogantes debido a que en la actualidad la declaratoria de emergencia aún continúa vigente.

Por todo ello, si bien se ha comentado de manera positiva, es evidente que existe una serie de críticas a las contrataciones realizadas; ello al existir noticias de supuestos actos de corrupción por sobrevaloraciones y direccionamientos de contrataciones por la situación de emergencia[26] que ponen en tela de juicio las medidas positivas tomadas durante la situación de emergencia. Los próximos años la Contraloría General de la República y/o el Ministerio Público serán las instituciones encargadas de realizar las investigaciones correspondientes a fin de determinar si existen responsabilidades.

CONCLUSIONES

Finalmente, en atención a los puntos señalados en el presente artículo se puede concluir que el COVID-19 creó un gran impacto en nuestro país; por ello, que en medio de una situación de emergencia, el marco de la Ley de Contrataciones del Estado ha previsto las contrataciones directas que facilitan a todas las Entidades realizar contrataciones inmediatas de bienes, servicios y obras que puedan brindar la ayuda necesaria para combatir la pandemia.

De esta manera, se implementaron diversas medidas para enfrentar la pandemia; siendo algunas de ellas la suspensión de plazos para los procedimientos de selección mediante la Resolución Directoral Nº 001-2020-EF-54.01 y las medidas de reactivación de contratos de bienes y servicios mediante el Decreto Supremo Nº 160-2020-EF. Así, todo ello tuvo como objetivo el poder adecuarse a la situación que atravesaba el país y facilitar que las entidades puedan realizar contrataciones que salvaguarden la salud de toda la población de manera directa y agilicen los procesos.

Asimismo, es pertinente mencionar que todo lo implementado dentro del marco normativo de las contrataciones del Estado fue para buscar soluciones y poder brindar lo necesario para evitar la propagación del COVID-19, puesto que si bien existieron suspensiones de contratos y esto ocasionó un gran retraso dentro de las contrataciones públicas, se buscó dar prioridad a las contrataciones que brinden la ayuda necesaria a nuestro país, como las compras de medicamentos, mascarillas, insumos necesarios para la desinfección, camas para hospitalización, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

Gobierno del Perú (2020). Comunicado Nº 005-2020: Sobre la ejecución de contratos, en el marco de las normas que establecen medidas excepcionales para contener la propagación del COVID-19. Recuperado de: https://www.gob.pe/institucion/

26. Lo mencionado puesto que, se han suscitado innumerables actos corruptos por parte de funcionarios y servidores públicos, dándose delitos de colusión y negociación incompatible; además, según la Contraloría General de la República, se tiene hasta 15 574 funcionarios y servidores del Estado involucrados en actos de corrupción o malas conductas. Blas Torres Pucara (10 de agosto de 2020). Los Actos de Corrupción en las Contrataciones del Estado a consecuencia del COVID-19: ¿Delito funcionarial o infracción administrativa?. Recuperado de: http://revistas.unap.edu.pe/rd/index.php/rd/article/view/67/58 [Consulta: 19 de julio de 2021].

osce/noticias/111443-comunicado-n-005-2020-sobre-la-ejecucion-de-contratos-en-el-marco-de-las-normas-que-establecen-medidas-excepcionales-para-contener-la-propagacion-del-covid-19

Gobierno del Perú (2020). Disposiciones sobre adquisiciones y bienes muebles en el marco del Estado de Emergencia Nacional. Recuperado de: https://www.gob.pe/institucion/osce/noticias/109460-disposiciones-sobre-adquisiciones-y-bienes-muebles-en-el-marco-del-estado-de-emergencia-nacional

Gobierno del Perú. (2020). Comunicado N° 013-2020: Implementación de mejoras al SEACE para el reinicio de los procedimientos de selección. Recuperado de: https://www.gob.pe/institucion/osce/noticias/165874-comunicado-n-013-2020-implementacion-de-mejoras-al-seace-para-el-reinicio-de-los-procedimientos-de-seleccion

Gobierno del Perú. (2020). MEF y OSCE optimizan la integración de sistemas para que las entidades puedan realizar el seguimiento al presupuesto de la contratación pública. Recuperado de: https://www.gob.pe/institucion/osce/noticias/349574-mef-y-osce-optimizan-integracion-de-sistemas-para-que-entidades-puedan-realizar-el-seguimiento-al-presupuesto-de-la-contratacion-publica

BBC News Mundo (2021) Origen del coronavirus: 4 hallazgos y 3 incógnitas que deja el informe de la OMS tras la investigación en China. Londres: BBC. Recuperado de: https://www.bbc.com/mundo/noticias-56580748

Gandolfo, R. (2001). Ediciones Propuestas. Recuperado de: https://sites.google.com/site/edicionespropuesta/

Gobierno del Perú (2020). Comunicado Nº 004-2020: Adecuación de actos en la plataforma SEACE, en el marco de la declaración de estado de emergencia nacional. Recuperado de: https://www.gob.pe/institucion/osce/noticias/110445-comunicado-n-004-2020-adecuacion-de-actos-en-la-plataforma-seace-en-el-marco-de-la-declaracion-de-estado-de-emergencia-nacional

National Geographic. (2021) Grandes Pandemias de la Historia. Enfermedades nuevas que aparecían y en poco tiempo atacaban a toda una población eran capaces de atravesar fronteras y convertirse en pandemias, cambiando el destino de los lugares y las personas que se veían afectadas por ellas. Washington D. C: National Geographic Recuperado https://historia.nationalgeographic.com.es/a/grandes-pandemias-historia_15178/7

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (2020). Compendio de normas referentes a contrataciones públicas ante el COVID-19. Recuperado de: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/754872/Compendio_normas_covid19.pdf

Organización Mundial de la Salud (2020). La OMS caracteriza a COVID-19 como una pandemia. Recuperado de: https://www.paho.org/es/noticias/11-3-2020-oms-caracteriza-covid-19-como-pandemia

Redacción Médica (10 de marzo de 2020). Coronavirus: China y las 5 medidas que lo hacen ejemplo contra el Covid-19. REDACCIÓN MÉDICA Recuperado de: https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-china-y-las-5-medidas-que-lo-hacen-ejemplo-contra-el-covid-19-3889#:~:texto=Estas%20estrategias%20son%3A,datos%20para%20 encontrar%20 cada%20 foco

Tafur Sánchez, S. & Miranda Miranda, R. (2007). Contratación Estatal: Algunas reflexiones generales. Derecho & Sociedad, (29), 140-152. Recuperado a partir de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17267

Artículos Adicionales

Las Asociaciones Público - Privadas:
¿Una Cura Olvidada para Combatir la Dolencia
que Aqueja al Sistema de Salud?

Antonella Gutierrez y Noelia Piscoya

Regulación Vigente de Explosivos
en el Perú y Propuestas de Mejora
Normativa 19h*.

José Castillo Hernández

Las Particularidades de los Trabajadores
de Dirección y de Confianza, a propósito
de Recientes Pronunciamientos Judiciales.

Oxal Víctor Ávalos Jara
y Dayana Calero Spelucin

La Experiencia de los Puntos Nacionales de Contacto
y su Importancia como Mecanismo Alternativo
de Solución de Conflictos Laborales.

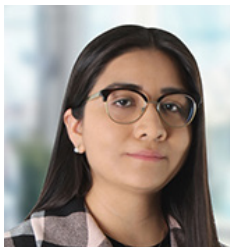
José Manuel Angulo Jugo

Apuntes sobre la Ejecución
de Laudos Arbitrales.

José Manuel Angulo Jugo







LAS ASOCIACIONES PÚBLICO – PRIVADAS: ¿UNA CURA OLVIDADA PARA COMBATIR LA DOLENCIA QUE AQUEJA AL SISTEMA DE SALUD?

Antonella Gutierrez y Noelia Piscoya

ANTONELLA GUTIERREZ

Abogada de la Universidad del Pacífico. Asociada del Estudio Echecopar. Se especializa en Derecho Administrativo en general. Su práctica incluye la asesoría a diversas entidades públicas y privadas en procedimientos impugnatorios y sancionadores.

NOELIA PISCOYA

Noelia Piscoya es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y candidata al título de magíster en "Regulación de Servicios Públicos y Gestión de Infraestructuras" por la Universidad del Pacífico. Actualmente, se desempeña como asociada del Estudio Echecopar con especialidad en arbitraje, derecho procesal, litigios, prevención y solución de controversias. Ha asesorado a personas naturales, empresas privadas y públicas, y entidades del Estado en diversos procedimientos conciliatorios, negociaciones, arbitrajes y procesos judiciales, principalmente, en materia de derecho administrativo, asociaciones público-privadas y derecho civil. Asimismo, ha participado en la absolución de consultas y elaboración de informes en relación a las áreas mencionadas previamente.

I.INTRODUCCIÓN

El sistema de salud en el Perú se ha caracterizado por presentar un elevado nivel de fragmentación, debido a la existencia de una gran parte de la población excluida del acceso al derecho a la salud (Chirinos-Cáceres, 2020, p. 11), así como a las grandes diferencias de cobertura entre los individuos que efectivamente pueden alcanzar dicha prestación (Sánchez-Moreno, 2013, pp. 678-679). Esta situación se ha visto agravada, debido a la pandemia ocasionada por la propagación de la COVID-19.

Precisamente, en los últimos meses, se ha observado altos índices de contagios del virus, lo cual ha ocasionado un considerable incremento en la demanda de pacientes que son atendidos en establecimientos de salud. Esto ha generado, a su vez, un colapso en el sistema de salud del sector público y un intento de desplazamiento de la demanda al sector privado, cuya prestación ha recibido críticas por los altos costos en la atención para combatir el virus (hospitalización, exámenes clínicos, tratamiento, etc.) (BBC News, 2020).

Lo cierto es que, a lo largo de los años, e incluso antes del surgimiento de la pandemia, el Estado peruano no ha podido dar una respuesta certera a estos problemas que aquejan al sistema de salud, ya que su gestión se ha caracterizado por la desorganización, falta de políticas de incentivos, financiamiento, costos elevados, distribución desigual de servicios, y carencia de recursos humanos capacitados y dedicados a la atención primaria en el sector salud. Ello ha dificultado el análisis comprehensivo del desempeño del sistema de salud, entre otras razones, por la debilidad en la gobernanza y coordinación efectiva entre los diferentes actores del sistema (Ministerio de Salud, 2019, p. 44).

Debido a las falencias en la prestación del servicio de salud por parte del Estado, ha surgido la discusión sobre si la superación de dichos problemas puede lograrse a través de la sola intervención del Estado o del privado en el marco de las Asociaciones Público-Privadas (en adelante, APP). En ese sentido, las APP constituyen una modalidad de promoción de la inversión privada, la cual -para algunos autores- constituye una alternativa de solución en situaciones en las que la prestación de atención existente es inadecuada en términos de eficiencia o calidad productiva. Así, las APP proporcionan una solución "agrupada" en la que los concesionarios participan en todos los aspectos del proceso de producción de la atención sanitaria, desde el diseño, el financiamiento, la construcción y el mantenimiento de instalaciones sanitarias hasta la prestación de servicios de salud (Hellowell, 2013, p. 71).

No obstante, otros autores sostienen que las APP solo traerán consigo eventuales privatizaciones de la gestión de salud y, por ende, no reconocen en ellas ninguna ventaja; por el contrario, aspiran a que sea el Estado el que invierta única y directamente en la reposición hospitalaria pendiente (Tapia, 2010, p. 203). A pesar de ello, consideramos que, en el Perú, una adecuada cobertura en la prestación del servicio de salud sí podría ser alcanzada a través de la promoción de las APP, al permitir obtener niveles de satisfacción óptimos en la ciudadanía en lo que respecta a la calidad de dicho servicio.

Así, en el presente ensayo se analizan las posturas antes descritas, a fin de determinar si en el Perú las APP son una alternativa plausible y eficiente para brindar un servicio de salud que permita superar las falencias existentes respecto de aquel brindado por el Estado. En la segunda sección, se aborda la discusión sobre si las APP pueden ser alternativas idóneas para brindar el servicio de salud en condiciones de calidad. En la tercera sección, se evalúan diversos indicadores sobre las condiciones en las que el Estado actualmente brinda dicho servicio; ello, a partir de las siguientes dos variables: (i) capacidad instalada y (ii) calidad en la prestación del servicio de salud. En la cuarta sección, se examinan las implicancias de dichas variables en la actual situación de pandemia por la COVID-19. Finalmente, en la quinta sección se exponen los proyectos en materia de salud bajo la modalidad de APP y los resultados alcanzados a partir de su implementación en el Perú.

II. UNA BREVE APROXIMACIÓN A LAS APP EN EL SECTOR SALUD

La literatura académica ha conceptualizado a las APP desde una variedad de perspectivas. Por ejemplo, Koppenjan define a las APP como formas de cooperación estructurada entre socios públicos y privados en la planificación, construcción y explotación de instalaciones de infraestructura en las que comparten o reasignan riesgos, costos, beneficios y recursos. Esta definición se

repite en la propuesta de Grimsey y Lewis, quienes señalan que las APP pueden definirse como acuerdos mediante los cuales las partes privadas participan o brindan apoyo en la provisión de infraestructura, dando como resultado la posibilidad de que estas brinden servicios públicos basados en infraestructura (Brienkerhoff, 2011, p. 3). Ciertamente, las APP son definidas como acuerdos de trabajo basados en un compromiso mutuo, más allá de aquel que se encuentra implícito en cualquier contrato, que es llevado a cabo entre una organización del sector público junto con cualquier organización fuera del mismo, es decir, empresas y organizaciones de la sociedad civil (Bovaird, 2004, p. 200).

Por otro lado, las APP se constituyen por diversas razones, entre las cuales podemos observar que, con el objeto de que las organizaciones puedan tener éxito, estas deben asociarse, ya que la alta complejidad e interconectividad de problemas que pueden afrontar prohíben que una sola organización logre por sí sola sus objetivos. Asimismo, las organizaciones que se asocian pueden superar de mejor manera las deficiencias existentes en el mercado que un grupo de organizaciones independientes (McQuaid, 2000, pp. 15-16).

Conforme se ha podido advertir, el concepto de las APP ha sido vastamente discutido, aunque sus ventajas y desventajas no son todavía tan ampliamente conocidas (Ferreira y Marqués, 2021, p. 1). De este modo, existen diversas posturas con relación a los resultados que se pueden obtener con su implementación, concretamente, en lo que respecta al sector salud.

Por un lado, para algunos autores este modelo ofrece a la administración la ventaja de conseguir unos servicios públicos de gran calidad sin la necesidad de aportar inversiones iniciales y a un coste menor y planificado (De la Rosa et al., 2005, pp. 97-98). En esa línea, también se estima que, al existir un responsable claro en la gestión que asume un riesgo explícito en las concesiones hospitalarias, ello podría generar incentivos favorables para desarrollar una gestión bajo estándares de calidad (Loo, 2015, p. 320).

Por otro lado, otros autores sostienen que el modelo de las APP puede ser vista como una amenaza para la salud pública puesto que el privado buscará maximizar los recursos en su propio beneficio, sin considerar las verdaderas necesidades de los pacientes de los hospitales (Domínguez, 2017, p. 87). Por ello, estos autores consideran que el Estado debe monitorear la prestación de este servicio a fin de garantizar que el mismo se brinda bajo estándares de calidad (Engel et al., 2014, p. 197).

Asimismo, autores señalan que el cambio de condiciones externas y adversas durante la ejecución de los contratos bajo la modalidad de las APP generalmente es atribuible al Estado, generando el riesgo de que las APP se transformen en un negocio de utilidades para privados y de pérdidas para el sector público (Bitrán y Villena, 2010, pp. 197-198). A partir de las posturas antes expuestas se puede concluir que si bien existen retos que afrontar en el marco de la ejecución de las APP estos no constituyen razones determinantes para descartar de plano este modelo para brindar los servicios sanitarios en el Perú.

De hecho, monitorear las dimensiones relacionadas con la atención de la salud no es tan fácil como en otros servicios públicos. Se sabe que los hospitales son estructuras sofisticadas, por lo que definir todas las variables en cuanto al alcance y calidad de todos los servicios brindados es una tarea compleja. Además, el alto riesgo asociado a las dudosas previsiones tanto del desarrollo de tecnologías sanitarias como de la demanda ciudadana también es propenso a forzar renegociaciones, lo que puede hacer que las APP sean más costosa; sin embargo, se debería promover mayor flexibilidad a este modelo, a fin de garantizar que las sinergias potenciales entre la infraestructura y la gestión clínica se exploten adecuadamente (Ferreira y Marqués, 2021, p. 3).

Precisamente, a fin de garantizar una adecuada explotación de este modelo se han identificado nueve factores de éxito para las APP en materia de atención médica: administración, coordinación, regulación, incentivos, capacidad para apoyar la asociación, monitoreo y evaluación, apoyo y aceptación de alto nivel, armonización y alineación e innovación. La evaluación de los resultados y procesos de las APP es necesaria para identificar las mejores prácticas, así como los malos resultados, los incentivos perversos y otras consecuencias no deseadas (Kula y Fryatt, 2014, pp. 563-565).

Finalmente, los autores observan que la intro-

ducción de las APP en la prestación de servicios de salud implica un desplazamiento del rol del gobierno de operador a regulador. No obstante, ello no exime al Estado de participar intensamente en la fiscalización de este servicio público social y garantizar su adecuado nivel de calidad.

III. ANÁLISIS DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD QUE EXCLUSIVAMENTE BRINDA EL ESTADO PERUANO

En el escenario peruano, de acuerdo con el Plan Estratégico Sectorial Multianual 2016-2021 elaborado por el Ministerio de Salud (MINSA), la visión del Gobierno respecto a la prestación del servicio de salud sería la siguiente:

> Al 2021, el acceso al cuidado de la atención integral en salud individual y colectiva de las personas serán universales, independientemente de su condición socioeconómica y de su ubicación geográfica, con enfoques de género, de derecho en salud y de interculturalidad. Asimismo, el cuidado y la atención pública en salud serán integrales, solidarios, equitativos, oportunos, con gratuidad en el punto de entrega, de calidad, de fácil acceso y adecuados a las características del ciclo de la vida de la población. (Ministerio de Salud, 2016, p. 19)

A pesar de los objetivos planteados por el Gobierno, los datos muestran una realidad completamente distinta: evidencian la precariedad de la infraestructura en el sector salud, el inoperativo e insuficiente equipamiento y la deficiente prestación del servicio. Es más, esta situación se ha visto agravada a causa de la pandemia por el COVID-19, debido a que en los últimos meses se ha experimentado un considerable incremento en la demanda de pacientes que son atendidos en establecimientos de salud en el sector público.

En ese orden de ideas, a continuación, se expondrán las falencias identificadas en el sistema de salud peruano a partir de dos variables: (i) la infraestructura y equipamiento, y (ii) la calidad en la prestación del servicio.

III.1. SOBRE LA INADECUADA CAPACIDAD INSTALADA EN MATERIA DE SALUD EN EL SECTOR PÚBLICO PERUANO (INFRAESTRUCTURA Y EQUIPAMIENTO)

Según el Diagnóstico de Brechas de Infraestructura y Equipamiento del Sector Salud, presentado por el MINSA el 1 de enero de 2021, se observa que, del total de 8763 establecimientos de salud del primer nivel de atención, incluidos EsSalud, sanidades de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, el 97% presenta capacidad instalada inadecuada expresada en la precariedad de la infraestructura, equipamiento obsoleto, inoperativo o insuficiente (Ministerio de Salud, 2021, p. 9).

Por otro lado, del total de 247 hospitales del segundo y tercer nivel de atención, el 96% presenta una brecha de infraestructura que no permite que las prestaciones del servicio de salud se realicen en condiciones óptimas. Los departamentos con indicadores de brecha al 100% de capacidad instalada inadecuada son Amazonas, Apurímac, Arequipa, Cajamarca, Callao, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Lambayeque, Lima, Loreto, Madre de Dios, Pasco, Piura, Tacna y Ucayali (Ministerio de Salud, 2021, p. 12).

Ahora bien, con respecto a los laboratorios del Instituto Nacional de Salud, se aprecia que el 95% de los mismos cuentan con capacidad instalada inadecuada, mientras que, en los gobiernos regionales, el porcentaje es de 96%, ya que casi todos los laboratorios de salud regionales no se encuentran en óptimas condiciones respecto a la infraestructura y equipamiento especializado para brindar servicios adecuados (Ministerio de Salud, 2021, p. 8).

En conclusión, las cifras demuestran que la infraestructura y equipamiento de salud en el sector público presenta altos indicadores de deficiencia y, por lo tanto, una correlativa necesidad de la puesta en funcionamiento de nuevos establecimientos y hospitales que cumplan con dichos estándares para cubrir esta demanda de los usuarios del servicio de salud.

IV. SOBRE LA DEFICIENTE CALIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD EN EL SECTOR PÚBLICO

De acuerdo a los Resultados del Operativo de Control "Por una salud de calidad" realizado por la Contraloría General de la República (CGR) a 253 Instituciones Prestadoras de Servicios de

Salud (IPRESS) ubicadas en las 25 regiones del país en el periodo comprendido entre el 28 de mayo al 1 de junio de 2018, se concluyó que existe un alto nivel de incumplimiento de las Normas Técnicas de Salud en los servicios de consulta externa, emergencia, farmacia, diagnóstico por imágenes y laboratorio que brindan los hospitales e institutos especializados de salud públicos a nivel nacional. Esto en términos prácticos implica un riesgo de una inadecuada atención a los pacientes.

Principalmente, en el referido operativo se identificaron altos porcentajes de incumplimiento en las áreas de consulta externa, emergencia y farmacia (Contraloría General de la República, 2018, pp. 2-5):

Servicio de salud	Variable	Porcentaje de incumplimiento
Consulta externa	Publicación de listado de pacientes	El **75%** no cumple con dicha publicación, lo cual genera demora en la atención médica, congestionamiento y pérdida de tiempo de los pacientes.
	Funcionamiento	El **38%** no cumple con la normativa aplicable al funcionamiento y operatividad de dicha unidad.
Emergencias	Equipamiento	El **44%** no tiene equipamiento requerido para la atención de pacientes como, por ejemplo, monitores de funciones vitales, ecógrafos, etc.
	Infraestructura	El **37%** no cuenta con infraestructura
	Recursos humanos	El **43%** no cuenta con recursos humanos suficientes para dicha unidad, lo cual afecta en la oportunidad de atención (diagnóstico y tratamiento) y genera una disminución en la calidad de esta.
Farmacia	Desabastecimiento	El **18%** presenta desabastecimiento de medicamentos.
	Autorización sanitaria del almacén	El **45%** no cuenta con la autorización sanitaria, lo cual implica un riesgo en la provisión de medicamentos de calidad.

Según el Reporte de la CGR, la situación antes descrita manifiesta la inexistencia de horarios de atención y facilidades de acceso a los pacientes, alta dotación de equipos sin el mantenimiento requerido, elevados niveles de existencias de algunos medicamentos y bajos de otros necesarios, deterioro de los medicamentos por incumplimiento de buenas prácticas de almacenamiento, recursos humanos insuficientes en los servicios visitados, etc. (Contraloría General de la República, 2018, p. 2).

Teniendo en cuenta dichas deficiencias, el presente informe tuvo como finalidad alertar a los titulares de las entidades comprendidas en el operativo sobre la existencia de estos hechos que ponen en riesgo el logro de sus objetivos institucionales. Ello, con el propósito de contribuir de manera oportuna en la gestión de los recursos públicos y que los servicios de salud sean brindados bajo estándares de calidad.

Sin embargo, pese a las deficiencias alertadas por la CGR, en el año 2019 se realizó un nuevo operativo donde se concluyó que dichas recomendaciones no habían sido adoptadas por los titulares de las entidades examinadas. Así, el 65.6% de los hechos advertidos en el primer Reporte aún persisten, evidenciando -en palabras de la CGR- "una preocupante inobservancia de las normas técnicas de salud que regulan el funcionamiento de las Unidades Prestadoras de Servicios de Salud" (Contraloría General de la República, 2019, p. 139).

En ese orden de ideas, respecto a la prestación del servicio de salud, no ha habido mejoras sustanciales pese a las recomendaciones realizadas a los titulares de los establecimientos de salud, evidenciándose bajos niveles de calidad en las áreas de consulta externa, emergencia y farmacia.

V. LAS IMPLICANCIAS DE LA INADECUADA CAPACIDAD INSTALADA Y LA DEFICIENTE CALIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD EN EL SECTOR PÚBLICO EN LA ACTUAL SITUACIÓN DE PANDEMIA POR LA COVID- 19

Las cifras antes descritas no solo ilustran las debilidades que afronta el sector salud, sino que -en la actual coyuntura que atraviesa la nación a raíz de la pandemia de la COVID-19 ponen en evidencia el impacto directo que genera la inadecuada infraestructura respecto de las pérdidas humanas registradas a la fecha. Precisamente, teniendo en cuenta la brecha de infraestructura que fue descrita, no resulta sorprendente que varios de los departamentos que poseen un mayor porcentaje de brecha de infraestructura de salud presenten también un alto porcentaje de letalidad por la referida enfermedad. Así, al 27 de febrero de 2021 (cuando se desencadenó la segunda ola), en las regiones de Apurímac, Junín, Huánuco, Huancavelica, Ica y Lima Metropolitana se mostraron incrementos importantes de mortalidad en comparación a las reportadas en la primera ola

(Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades, 2021, p. 252).

Es más, si se realiza una comparación entre el porcentaje de letalidad alcanzado en los establecimientos de salud del sector público y el porcentaje alcanzado en el sector privado, se puede apreciar que el primero registra una mayor tasa de letalidad de pacientes con COVID-19 frente al identificado en las clínicas privadas. Así, mientras que en las clínicas privadas el número de fallecidos representa el 2.8 % del total de defunciones confirmadas, tanto en el MINSA como en EsSalud alcanza al 81.8 % del total (Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades, 2021, p. 251).

Lo antes descrito resulta incluso más crítico, si se tiene en cuenta que el sector privado, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional únicamente proporcionan servicios sanitarios al 10% de la población, mientras que el MINSA y EsSalud brinda dicho servicio al 90% restante (en una proporción de 60% y 30%, respectivamente). En ese orden de ideas, consideramos que es el Estado el que debe preocuparse por fortalecer el sistema de salud y evitar su colapso, pues ello permitirá que ese 90% de la población no se vea en la necesidad de recurrir al sector privado como la salida inevitable para recibir un servicio de "calidad" (Organización Mundial de la Salud, 2021).

Conforme a lo expuesto, la precariedad en la prestación del servicio de salud por parte del Estado se ha visto agravada por el incremento de contagios y la falta de reducción de brechas de infraestructura y calidad del servicio en el sistema de salud. En este escenario, dada la ineficiente gestión del Estado para el manejo de este sector -pese a los objetivos trazados incluso antes de la pandemia- una alternativa que podría explorarse para superar dichas falencias sería que el privado se encargue de la prestación del servicio de salud, bajo supervisión del Estado, en el marco de las APP. Ello, considerando los resultados obtenidos en proyectos ejecutados bajo esta modalidad.

VI. SOBRE LOS EXITOSOS RESULTADOS OBTENIDOS A PARTIR DE LA EJECUCIÓN DE LAS APP EN EL SECTOR SALUD EN EL PERÚ.

Desde el año 2008, en el Perú, se dio inicio a las primeras APP en el sector salud. En efecto, Essalud llevó a cabo cuatro procesos de promoción de la inversión privada en infraestructura y servicios de salud, entre ellos, dos hospitales, un sistema de logística de medicinas y una torre de consultorios externos, los que se detallan a continuación (Banco Interamericano de Desarrollo, 2016, pp. 27-28):

1. APP Hospital Alberto Barton: Nuevo Hospital III Callao y Centro de Atención Primaria de la Red Asistencial Sabogal, que incluye un centro ambulatorio y un hospital tipo III con las especialidades básicas, quirófanos y cuidados intensivos. Posee un total de 162 camas en 19.585 m2.

2. APP Hospital Guillermo Kaelin: Nuevo Hospital III Villa María del Triunfo de la Red Asistencial Rebagliati, que incluye un centro ambulatorio y un hospital tipo III con las especialidades básicas, quirófanos y cuidados intensivos. Cuenta con un total de 209 camas.

Ambos hospitales fueron adjudicados bajo un régimen de APP a IBT Group, filial americana del Grupo Eurofinsa. Estos complejos hospitalarios se constituyeron bajo la modalidad de Bata Blanca (que incluye la construcción, equipamiento de infraestructuras y gestión asistencial completa), presentando en el año 2018 índices de satisfacción de los usuarios superiores al 80% en todos los servicios ofrecidos (Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional, 2019, p. 4).

Posteriormente, en el año 2019, la satisfacción de los usuarios se registró entre 80% a 85% en consulta externa, 90% en el servicio quirúrgico y la disponibilidad de medicamentos fue superior al 99%. Cabe señalar que, en ambos complejos de salud, las operadoras ofrecen atención a 250 mil asegurados, que en conjunto suman más de 500 camas hospitalarias y son responsables de cumplir con las metas contractuales en satisfacción, calidad y resultado durante los 30 años de operación (Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional, 2019, p. 6).

3. APP SALOG S.A.: Almacenamiento, Distribución y Entrega de Materiales en la Red de Almacenes y Farmacias de Lima de EsSalud, que abarca la construcción de un centro logístico y la contratación de una red de transporte para atender a los establecimientos de EsSalud en Lima.

A través de este proyecto, se ha logrado mejorar la gestión de inventarios de los medicamen-

tos que son distribuidos a los establecimientos de EsSalud, al pasar de un modelo en el que se tiene un nivel alto de inventarios para evitar contingencias a uno en el que se envían los productos únicamente según la demanda. Es decir, este modelo ha permitido calcular las existencias necesarias por producto que no deben faltar en los establecimientos con base en un cálculo de consumo optimizando los recursos y evitando -de esta manera- los altos niveles de medicamentos.

Un indicador de eficiencia que se observa, en el marco de esta APP, es la implementación del programa "Farmacia Vecina", mediante el cual se ha logrado que más de 200 mil pacientes crónicos puedan recibir sus medicamentos en alguna de las 200 farmacias privadas afiliadas que se encuentren cerca de su vivienda. Por otro lado, aquellos pacientes que no puedan movilizarse pueden recibir los medicamentos en sus viviendas a través del Programa de Atención Domiciliaria "PADOMI" (Gestión, 2019).

Estas medidas han resultado beneficiosas en la actual coyuntura de la pandemia, pues debido a las medidas de aislamiento social obligatorio dispuestas por el Gobierno, muchos establecimientos de EsSalud tuvieron que cerrar, lo cual permitió potenciar el programa "Farmacias Vecinas", pasando de 4 mil a 30 mil pacientes beneficiados. De igual manera, SALOG ha continuado dándole impulso al programa "PADOMI", entregando medicamentos a los asegurados en sus viviendas, pasando de 22 mil a 40 mil beneficiados (EsSalud, 2020).

4. APP Torre Trecca: El Centro de Especialidades Torre Trecca fue adjudicado en el 2010 al Consorcio Trecca, a fin de que este operador realice la rehabilitación de una estructura ya edificada y su transformación en un centro de atención de especialidades. Dicho proyecto pretende ser el más amplio y moderno centro de consultorios externos del país, pues se estima que estará en capacidad de realizar más de 6 millones de consultas y procedimientos a favor de los asegurados de EsSalud (Andina, 2010).

Finalmente, en el caso del Instituto Nacional de Salud del Niño San Borja (INSN-San Borja), este proyecto es una APP que combina servicios de bata gris (incluye servicios no asistenciales) y verde (además de los servicios no asistenciales, incluye otros de apoyo asistencial como laboratorio y diagnóstico por imagen). Este proyecto viene mostrando resultados interesantes vinculados al planteamiento de redes integradas de salud del MINSA, ya que es el primer proyecto que comprendió la licitación de los servicios de apoyo no clínico de un establecimiento nuevo que corresponde al Instituto del Niño de San Borja.

Como se puede apreciar, las experiencias antes descritas y los resultados obtenidos han sido óptimos en comparación a los índices de satisfacción de los usuarios respecto de los establecimientos de salud y hospitales del sector público. Ello, debido a que las APP se estructuran a partir de una prestación de servicios más eficiente en términos de precio y calidad, donde se busca utilizar las ventajas comparativas del sector privado, tales como innovación, mayores y mejores fuentes de financiamiento, tecnología más avanzada y una capacidad gerencial mejor desarrollada, a fin de atender las demandas de los consumidores, asociándose con el sector público para ofrecer mejores servicios.

En tal sentido, resulta necesario continuar promoviendo la inversión privada a través de las APP, pues ello permitirá asegurar no solo infraestructura y equipamiento adecuados, sino también la posibilidad de brindar un servicio de calidad que permita a los ciudadanos ejercer plenamente su derecho a la salud. En suma, consideramos que el Estado no debería olvidar las experiencias de éxito antes analizadas, pues estas respaldan la necesidad de continuar promoviendo las APP que -en otros términos- constituyen una cura para la dolencia que aqueja a nuestro actual sistema de salud.

VII. CONCLUSIONES

1. Si bien el concepto de las APP ha sido vastamente discutido en la literatura académica, sus ventajas y desventajas no son todavía tan ampliamente conocidas, razón por la cual diversos autores han formulado distintas posturas respecto de su promoción en la prestación de servicios públicos, concretamente en el sector salud. Por un lado, para algunos autores este modelo ofrece a la administración la ventaja de conseguir unos servicios públicos de gran calidad sin la necesidad de aportar inversiones iniciales y a un coste menor y planificado. Por otro lado, otros autores sostienen que el modelo de las APP puede ser

vista como una amenaza para la salud pública, puesto que el privado buscará maximizar los recursos en su propio beneficio, sin considerar las verdaderas necesidades de los pacientes de los hospitales.

2. A pesar de las críticas que se puedan plantear en contra de las APP, se debe tener en cuenta que el monitorear las dimensiones relacionadas con la atención de la salud no es tan fácil como en otros servicios públicos. Por tal motivo, con el objetivo de garantizar una adecuada explotación de este modelo, se ha identificado nueve factores de éxito en materia de atención médica: administración, coordinación, regulación, incentivos, capacidad para apoyar la asociación, monitoreo y evaluación, apoyo y aceptación de alto nivel, armonización y alineación e innovación.

3. En el caso peruano, los objetivos planteados por el Gobierno en materia de salud resultan insuficientes para afrontar el verdadero problema que presenta nuestro sistema: la precariedad de la infraestructura, el inoperativo e insuficiente equipamiento y la deficiente prestación del servicio. Esta situación se ha visto agravada a causa de la pandemia por el COVID- 19.

4. Las cifras expuestas demuestran que la infraestructura y equipamiento de salud en el sector público presenta altos índices de deficiencia. Por lo tanto, es necesario poner en funcionamiento nuevos establecimientos y hospitales que cumplan con dichos estándares para cubrir la demanda de los usuarios. Es más, en la actual coyuntura de crisis sanitaria que atraviesa nuestro país, el Estado debe preocuparse por fortalecer el sistema de salud y evitar su colapso.

5. Las APP constituyen una modalidad de promoción de la inversión privada eficiente en términos de precio y calidad, a fin de atender las demandas de los consumidores, asociándose con el sector público para ofrecer mejores servicios. Experiencias como las identificadas en los Complejos Hospitalarios Alberto Barton y Guillermo Kaelín, así como el sistema de logística de medicinas a cargo de SALOG S.A. evidencian los altos niveles de calidad que han sido alcanzados en la prestación del servicio.

Estando a ello, resulta necesario continuar promoviendo la inversión privada a través de las APP, pues ello permitirá asegurar no solo infraestructura y equipamiento adecuados, sino también la posibilidad de brindar un servicio de calidad que permita a los ciudadanos ejercer plenamente su derecho a la salud.

BIBLIOGRÁFICA

Andina (27 de agosto de 2010). Remozada torre Trecca será el más grande centro de consultorios del país. Link: https://andina.pe/agencia/noticia-essalud-remozada-torre-trecca-sera-mas-grande-centro- consultorios-del-pais-313962.aspx

Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (2019). ¿Sabías que...? Infraestructura Hospitalaria. 241. Link: http://www.afin.org.pe/pdfs/quincenario_afin_241.pdf

Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (2019). Economía: mejorar la eficiencia del sector salud. 254. Link: http://www.afin.org.pe/pdfs/Q254.pdf

Banco Interamericano de Desarrollo (2016). 10 años de Asociaciones Público - Privadas (APP) en salud en América Latina ¿Qué hemos aprendido? Nota 4 de la serie de notas técnicas sobre asociaciones público-privadas en el sector de la salud en América Latina. Link: https://publications.iadb.org/es/publicacion/15627/10-anos-de-asociaciones-publico-privadas-app-en-salud-en-america-latina-que-hemos

BBC News Mundo (25 de junio de 2020). Coronavirus en Perú: el tenso acuerdo entre las clínicas privadas y el gobierno sobre el precio por atender a pacientes de Covid-19. BBC News. Link: https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53185216

Bitrán, E. & Villena, M. (2010). El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional. Estudios Públicos. 117, 175-217.

Bovaird, T. (2004). Public-private partnerships: from contested concepts to prevalent practice [Las Aso-

ciaciones Público-Privadas: desde los conceptos controvertidos a la práctica prevalente]. International Review of Administrative Sciences, 70(2), 199-215.

Brinkerhoff, D. & Brinkerhoff, J. (2011). Public-private partnerships: perspectives on purposes, publicness, and good governance [Las Asociaciones Público-Privadas: perspectivas sobre propósitos, publicidad y buen gobierno]. Public Administration and Development, 31, 2-14.

Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades (2021). Boletín Epidemiológico del Perú 2021. Link: https://www.dge.gob.pe/epipublic/uploads/boletin/boletin_20218.pdf

Chirinos-Cáceres, J. (2020). La salud en el Perú en tiempos del coronavirus: A reflexionar. Revista de la Sociedad Peruana de Medicina Interna, 33(1), 10-11.

Contraloría General de la República (2018). Operativo de Control "Por una Salud de Calidad".Link: https://doc.contraloria.gob.pe/documentos/operativos/OPERATIVO_POR_UNA_SALUD_DE_CALIDAD.pdf

Contraloría General de la República (2018). Operativo de Control Simultáneo a los Establecimientos de Salud Públicos del Segundo y Tercer Nivel de Atención – "Por una salud de calidad 2019". Link: https://apps5.contraloria.gob.pe/sroc/doc/historicos/informe/2019-08.pdf

De la Rosa, A., Marín, M., & Tarazona, E. (2005). La experiencia del "Modelo Alzira" del Hospital de La Ribera a La Ribera-área 10 de la salud: la consolidación del modelo. Revista de administración sanitaria siglo XXI, 3(1), 83-98.

Domínguez, D. (2017). Concesiones Hospitalarias, como experiencia en salud pública en Chile. Caso: "Hospital El Carmen, Dr. Luis Valentín Ferrada". Revista Estado, Gobierno y Gestión Pública. 29, 83-123.

Engel, E., Fischer, R. & Galetovic, A. (2014). Economía de las asociaciones público-privadas. Una guía básica. Fondo de Cultura Económica USA.

EsSalud (16 de abril de 2020). EsSalud atenderá más de 300 mil recetas médicas de pacientes crónicos durante emergencia sanitaria. Link:
http://noticias.essalud.gob.pe/?inno-noticia=essalud-atendera-mas-de-300-mil-recetas-medicas-de-pacientes-cronicos-durante-emergencia-sanitaria

Ferreira, D. & Marques, R. (2021). Public-private partnerships in health care services: Do they outperform public hospitals regarding quality and access? Evidence from Portugal [Las Asociaciones Público-Privadas en los servicios de salud: ¿superan a los hospitales públicos en cuanto a calidad y acceso? Evidencia de Portugal]. Socio-Economic Planning Sciencies, 73, 1-15.

Gestión (5 de diciembre de 2019). La logística y los desafíos que enfrenta el mercado de medicamentos en Perú. Link:
https://gestion.pe/peru/la-logistica-y-los-desafios-que-enfrenta-el-mercado-de-medicamentos-en-peru- noticia/

Hellowell, M. (2012). The role of public-private partnerships in health systems is getting stronger [El rol de las Asociaciones Público-Privadas en los sistemas de salud se está fortaleciendo]. Commonwealth Health Partnerships, 71-73.

Kula, N. & Fryatt, R. (2014). Public-private interactions on health in South Africa: opportunities for scaling up [Las interacciones público-privadas sobre salud en Sudáfrica: oportunidades para ampliar]. Healh Policy and Planning, 29, 560-569.

Loo, M. (2015). Las asociaciones público-privadas en la Unión Europea: Elementos para un análisis sobre la concesión de obra pública en Chile. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLV, 313–337.

McQuaid, R. (2000). The theory of partnerships—why have partnerships [La teoría de las asociaciones – por qué tener asociaciones]. En Stephen P. Osborne, Public-Private Partnerships. Theory and Practice in International Perspective [Las Asociaciones Público-privadas and la práctica en la perspectiva internacional] (9-35). Routledge.

Ministerio de Salud (2016). Plan Estratégico Sectorial Multianual (PESEM). Link
https://www.minsa.gob.pe/Recursos/OTRANS/05PlanEstrategico/Archivos/2016/RM367-2016-MINSA.pdf

Ministerio de Salud (2019). Análisis de Situación de Salud del Perú. Consulta: 18 de agosto de 2021. Link: https://www.dge.gob.pe/portal/docs/asis/Asis_peru19.pdf

Ministerio de Salud (2021). Diagnóstico de Brechas de Infraestructura y Equipamiento del Sector Salud. Link: https://www.minsa.gob.pe/Recursos/OTRANS/08Proyectos/2021/DIAGNOSTICO-DE-BRECHAS.pdf

Organización Mundial de la Salud (2021). Tercer Foro Mundial sobre Recursos Humanos para la Salud. Link: https://www.who.int/workforcealliance/countries/per/es/

Sánchez-Moreno, F. (2013). La inequidad en salud afecta el desarrollo en el Perú. Revista Peruana de Medina Experimental y Salud Pública, 30(4), 676-82

Tapia, R. (2010). Concesiones en salud, un modelo válido para la reconstrucción y transformacióm de la red hospitalaria en Chile. Revista chilena de pediatría, 81(3), 201-203.



REGULACIÓN VIGENTE DE EXPLOSIVOS EN EL PERÚ Y PROPUESTAS DE MEJORA NORMATIVA

José Castillo Hernández

JOSE CASTILLO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con especialización en Derecho Minero, Derecho Ambiental y Derecho Administrativo. Miembro del Colegio de Abogados de Lima. Ha trabajado temas relacionados a regulación minera y actividades conexas, actividades energéticas, temas de procedimiento administrativo sancionador y fiscalización ambiental. Ha sido miembro del Consejo Directivo de la Asociación Civil Círculo de Derecho Administrativo de la mencionada casa de estudios.

Reflexiones sobre el Ecommerce desde la Óptica del Código de Protección y Defensa del Consumidor en el Marco del COVID-19 · Análisis del Caso Peruano.

SUMARIO

I. Introducción. II. Antecedentes normativos sobre explosivos. III. Aspectos relevantes de la regulación vigente sobre explosivos y propuestas de mejora normativa. III.1 Autorización de almacenamiento de EMR. III.2 Autorización de adquisición y uso de EMR. III.3 Autorización de traslado de EMR. IV. Conclusiones V. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Beirut, Líbano. El 4 de agosto del 2020 se produjo una serie de explosiones relacionadas con aproximadamente 2750 toneladas de nitrato de amonio que permanecían almacenadas en el puerto de Beirut, al haber sido confiscadas judicialmente a una embarcación en el 2014. Las explosiones, equivalentes a entre 1 y 2 kilotones de TNT, dejaron un total de 207 muertos, 6,500 heridos y 9 desaparecidos, generando conmoción a nivel internacional.

Si bien las causas de las explosiones aún siguen en investigación, fuentes de seguridad del gobierno del Líbano señalan que fue causada por un trabajo de soldadura en un agujero en el almacén de nitrato de amonio que se encontraba en el puerto, pese a que el gobierno libanés tenía conocimiento de la situación previa a las explosiones y pudo haber tomado acciones de oficio.
Esto nos lleva a preguntarnos si en el Perú contamos con una regulación vigente sobre el almacenamiento, adquisición, uso y traslado de explosivos; y, de existir, si esta regulación puede ser mejorada, en aras de evitar cualquier tipo de situación parecida a la descrita en los párrafos anteriores que pueda ser causada por privados o la negligencia del propio Estado.

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS SOBRE EXPLOSIVOS EN EL PERÚ

El 26 de agosto de 1971, se expidió el Decreto Supremo N° 019-71-IN que aprobó el Reglamento de Control de Explosivos de Uso Civil derogando el antiguo Reglamento de Explosivos aprobado por Decreto Supremo del 2 de diciembre de 1909.

La relevancia de este reglamento radica en que clasificó a los explosivos en distintas categorías, incluyendo a ciertos materiales relacionados dentro de dicho concepto, lo cual actualmente ha sido separado en la regulación vigente.

Por otro lado, otorgó distintas competencias al Ministerio de Industria (en la actualidad, Ministerio de la Producción), a la Dirección de Control de Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil – DICAMEC (hoy, Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil - SUCAMEC), Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas.

Cabe mencionar que, el citado reglamento detalló las medidas de seguridad, compatibilidad y distancias mínimas en la manipulación, traslado, uso o almacenamiento de explosivos; de manera similar a la regulación actual. Además, estableció la tipificación y sanción aplicables a los administrados .

Posteriormente, el 31 de agosto de 1992 se emitió el Decreto Ley N° 25707, mediante el cual se declaró en emergencia la utilización de explosivos de uso civil y conexos como parte de la estrategia antisubversiva contra el terrorismo en el país; para lo cual se estableció que los polvorines sean vigilados por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú.

Lo mencionado, se complementa en el Decreto Legislativo N° 846 que aprobó disposiciones referidas a la fabricación e importación de nitrato de amonio el 20 de setiembre de 1996, especificando que el nitrato de amonio en todas sus presentaciones y denominaciones (agrícola, técnico y grado ANFO) será comercializado a los usuarios exclusivamente por los fabricantes de explosivos debidamente autorizados; y por la Ley N° 28397 que otorgó amnistías a todo aquel que poseyera ilegalmente armas, municiones y explosivos.

Cabe destacar que, durante este tiempo se emitieron diversas normas sobre productos pirotécnicos, armas y municiones. Estas normas fueron derogadas por la Ley N° 30299 y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2017-IN (en adelante, el "Reglamento"), las cuales regulan actualmente el uso civil de armas de fuego, municiones, explosivos, productos pirotécnicos y materiales relacionados consolidando así en una sola norma – y optimizando, aunque de manera perfectible - la regulación previa anterior.

III. ASPECTOS RELEVANTES DE LA REGULACIÓN VIGENTE SOBRE EXPLOSIVOS Y PROPUESTAS DE MEJORA NORMATIVA

En la normativa vigente, se entiende por explosivo a aquella sustancia o mezcla sólida o líquida que por reacción química intrínseca tiene la capacidad para producir una explosión y bajo influencias externas son capaces de liberar rápidamente energía en forma

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del área de Recursos Naturales y Medio Ambiente en García Sayán Abogados. Contacto: jcastillo@gsalegal.pe
Clasificación contenida en el Anexo 6 del Reglamento y en la Directiva N° 02-2018-SUCAMEC "Clasificación y compatibilidad de explosivos y materiales relacionados".

de gases o calor. Por su parte, sus materiales relacionados implican aquellos que se vinculan o complementan los explosivos, y pueden integrarse a la masa o estructura de dichos bienes, o que se pueden complementar individualmente en la función de estos, incluyendo a los sistemas de iniciación integrados por productos manufacturados que se emplean para activación de explosivos.
Así, los explosivos y materiales relacionados (en adelante, "EMR") se clasifican de acuerdo con lo siguiente:

	Clasificación	Descripción
Explosivos	Explosivos primarios o iniciadores	Aquellos que, por su naturaleza altamente sensible al calor, al choque, a la fricción y otras fuentes primarias energéticas se utilizan para transmitir la detonación a los explosivos secundarios. Ejemplos: Acetiluros metálicos, azidas explosivas, fulminato de mercurio, entre otros.
	Explosivos secundarios o rompedores	Aquellos relativamente insensibles en comparación con los explosivos primarios, que por lo general se activan mediante estos últimos, reforzados o no por cargas multiplicadoras o suplementarias. Ejemplos: ANFO, carga hueca, dinamita, emulsión o hidrogel a granel sensibilizada, entre otros.
Materiales relacionados	Conexos o accesorios de voladura	Son sistemas que comprenden cargas que pueden ser de naturaleza explosiva como no explosiva, y son utilizados para iniciar o ayudar a iniciar la detonación de un explosivo. Ejemplos: cordón detonante, detonador eléctrico-electrónico, varillas de retardo, entre otros.
	Insumos	Aquellos que participan directamente en la fabricación de explosivos y son de naturaleza intrínseca no explosiva. Ejemplos: Nitrato de amonio que cuente hasta con 0.2% de sustancias combustibles, perclorato de amonio, aluminio en polvo, entre otros.

En Perú, la SUCAMEC es la entidad competente para otorgar autorizaciones respecto de EMR, las cuales son las siguientes:

En Perú, la SUCAMEC es la entidad competente para otorgar autorizaciones respecto de EMR, las cuales son las siguientes:

a. Autorización de fabricación de EMR.
b. Autorización de comercialización de EMR, que podrá ser otorgada exclusivamente a los fabricantes de los mismos.
c. Autorización de manipulación de EMR.
d. Autorización de importación, internamiento,
e. exportación o salida de EMR.
f. Autorización de almacenamiento de EMR.
g. Autorización de adquisición y uso de EMR.
h. Autorización de traslado de EMR.

Estas Autorizaciones son otorgadas previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley y el Reglamento. No obstante, pueden ser suspendidas cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para su emisión. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando pierde vigencia la póliza de seguros que se requiere para almacenar, trasladar o usar explosivos (requisito para su aprobación); en cuyo caso, SUCAMEC puede suspender como medida preventiva las autorizaciones hasta que el administrado cumpla con prorrogar la vigencia de su póliza de seguros.

En casos más graves, SUCAMEC puede disponer la cancelación de autorizaciones cuando cesa la actividad o la necesidad que generó el otorgamiento de la autorización, cuando se condene al titular de la autorización o a su representante legal por delito doloso vinculado con los explosivos de forma sobreviniente o posterior a la autorización, o cuando se verifique la adulteración o falsedad de los documentos presentados para su obtención, sin perjuicio de las acciones penales correspondientes.

Dicho esto, es importante mencionar que considerando el aislamiento social obligatorio dispuesto por el Gobierno como consecuencia de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 y la suspensión de procedimientos, SUCAMEC aprobó la Resolución N°121-2020-SUCAMEC, como una medida de reactivación económica.

De acuerdo a la citada Resolución, se prorrogó la vigencia de las autorizaciones emitidas por SUCAMEC en distintas materias (entre otras, sobre EMR), hasta "tanto dure el Estado de Emergencia Nacional y disposiciones de aislamiento social obligatorio, como medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del Coronavirus (COVID-19)".

Ello significa que, si el Estado de Emergencia Nacional se sigue prorrogando (como en la práctica está sucediendo a la fecha), las autorizaciones emitidas por la SUCAMEC, cuya vigencia haya culminado entre el 16 de marzo de 2020 (inicio del Estado de Emergencia Nacional) y el fin de este, se prorrogarán automáticamente, sin necesidad de que el titular tenga que iniciar algún procedimiento previo para ejercer dicha facultad.

Ahora bien, para efectos del presente artículo y atención a su mayor incidencia en actividades extractivas, nos centraremos únicamente en las siguientes autorizaciones en materia de EMR:

La norma no indica expresamente que se deba hacer una inspección física, por lo que se puede entender que la inspección virtual también es posible en el marco de la "Directiva que establece lineamientos para la ejecución física o virtual de las actividades de control y fiscalización de la SUCAMEC", aprobado por Resolución N° 269-2020-SUCAMEC. Lo importante será determinar si materialmente pueden realizarse inspecciones virtuales en lugares tales como polvorines subterráneos donde la cobertura de red es nula.

III.1 AUTORIZACIÓN DE ALMACENAMIENTO DE EMR.

En el Reglamento, se establece que toda persona natural o jurídica que desee comercializar, importar, exportar, adquirir o utilizar EMR, está obligada a obtener previamente autorización para el almacenamiento de dichos productos, a contratar los servicios de empresas autorizadas para el almacenamiento y que cuenten con un polvorín o almacén aprobados, o arrendar dichas instalaciones a terceros que cuenten con una.
Así, los EMR pueden ser almacenados, previa autorización de SUCAMEC, en locales o instalaciones denominados por la Ley y el Reglamento como "polvorines" o "almacenes". Dentro de los primeros, encontramos a los permanentes, (subterráneos o superficiales durante periodos prolongados, como en la actividad de explotación minera), provisionales (solo por jornadas, como en perforaciones petroleras), móviles y especiales (tanques, canchas o silos donde se almacena EMR a granel, en gel o emulsión). Dentro de los segundos, están los de tipo bidón o cisterna, de tránsito o permanentes.

Estas autorizaciones tienen una vigencia de entre 1 hasta 5 años como máximo, siendo que estos casos son excepcionales y se encuentran definidos en la Directiva a la que nos referiremos más adelante.

Dentro del procedimiento de aprobación de dicha autorización, SUCAMEC debe realizar una inspección física o virtual a las instalaciones a fin de verificar el cumplimiento de las medidas de seguridad requeridas, de manera previa al otorgamiento de la autorización.

No obstante, mención especial cabe realizar sobre el procedimiento de renovación de la autorización de almacenamiento de EMR, respecto del cual el Reglamento indica que SUCAMEC realizará una inspección de las instalaciones para verificar que se mantienen las condiciones y medidas de seguridad de la autorización inicial.

Sobre el particular, consideramos que la norma debe ser mejorada en este aspecto; toda vez que, al existir una inspección previa para la autorización que se renueva, bastaría que el administrado presente una Declaración Jurada o Informe Técnico en el cual se adjunte distintos medios probatorios como fotografías fechadas y con coordenadas UTM WGS 84 o videos de los polvorines, a fin de sustentar un adecuado cumplimiento de las medidas de seguridad y que se mantienen las características de las instalaciones.

Ello agilizaría los trámites de renovación de autorización de almacenamiento, considerando que, en muchos casos, el titular debe realizarlos cada año (generalmente, las autorizaciones tienen el plazo de 1 año) y la entidad posee una carga procedimental considerable.
Por dicha razón, opinamos que el numeral 222.2 del artículo 222° del Reglamento debería ser derogado y el literal e) de dicho artículo debería quedar redactado de la siguiente manera:

> "222.1. Para obtener la renovación de la autorización de almacenamiento de explosivos o materiales relacionados, el titular de la misma debe presentar, con un mínimo de quince (15) días calendario de anticipación con respecto al vencimiento de la autorización inicial o de su última renovación, los siguientes documentos:
> (...)
> e) Declaración jurada del solicitante, su representante legal o apoderado, de mantener las medidas de seguridad implementadas en la autorización inicial, en cada una de las instalaciones vinculadas con dicha autorización, tales como contar con resguardo en las instalaciones, contar con plan de contingencia y emergencia ante siniestros o accidentes, respetar la cantidad máxima de explosivos o materiales relacionados a ser almacenados en cada instalación y las distancias mínimas de seguridad a instalaciones de riesgo. Para tal efecto, el administrado deberá adjuntar videos, fotografías o cualquier otro medio probatorio que corrobore que las medidas de seguridad y condiciones autorizadas se mantienen."

Por otro lado, con relación a las obligaciones de los titulares de autorizaciones de almacenamiento de EMR, se encuentran principalmente las siguientes:

1. Llevar un registro de ingresos y egresos diarios de los EMR a sus polvorines o almacenes, la misma que debe presentarse a SUCAMEC dentro de los 10 días hábiles de cada mes.
2. Llevar un registro de inspecciones de los polvorines o almacenes de EMR, que debe ser presentado a SUCAMEC dentro de los 10 días hábiles de cada mes.
3. Las instalaciones deben ser acondicionadas y tener las características requeridas según el grado de peligrosidad, riesgo de explosión o reacción o compatibilidad de los EMR a almacenar. En esta última se debe tener en cuenta la Tabla de Compatibilidad de EMR aprobada por la Directiva N° 02-2018-SUCAMEC.

4. Designar al encargado de despacho y seguridad de las instalaciones de almacenamiento;

Adicionalmente, el 19 de mayo de 2021 se publicó la Resolución N° 453-2021-SUCAMEC que aprobó "Directiva que regula las condiciones, características y medidas de seguridad de las instalaciones de almacenamiento de explosivos y materiales relacionados", en la cual:

ix. Se precisaron los requisitos para la obtención de la autorización de almacenamiento (ya regulados de manera general en el Reglamento).

x. Se establecieron disposiciones técnicas específicas para construcción y operación de polvorines y almacenes.

xi. Se precisaron los casos en los que el plazo de la autorización podría hasta de 5 años calendario (polvorines o almacenes ubicados dentro de unidades mineras de mediana y gran minería, ubicados en una fábrica de EMR y en lotes petroleros).

xii. Se estableció el plazo para presentación de los registros de ingresos y egresos diarios de EMR, así como el de registro de inspecciones (dentro de los primeros 10 días hábiles de cada mes). Cabe mencionar que el Reglamento no había establecido dicho plazo, únicamente lo remitió a la Directiva correspondiente.

xiii. Se estableció que todo titular de autorización de almacenamiento adecue sus instalaciones a las condiciones, características y medidas de seguridad reguladas en la Directiva mencionada, en el plazo de 1 año y 6 meses calendario.

La citada Directiva reemplazó a una anterior que se había publicado el 19 de abril de 2020, la cual había establecido muchas de las mismas disposiciones y, en particular, la obligación de adecuación a las medidas técnicas y de seguridad contenidas en la misma, la cual fue dejada sin efecto meses después. Ello, dado que, a consecuencia de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 y que no existía una reglamentación al procedimiento de adecuación, los plazos establecidos devinieron insuficientes, sobre todo por la gran inversión que muchas empresas debían efectuar para su cumplimiento.

No obstante, conforme a lo mencionado, la adecuación se encuentra vigente a la fecha, pero esta vez siguiendo las condiciones y plazos establecidos en la Directiva aprobada por Resolución N° 453-2021-SUCAMEC, mencionada líneas atrás.

III.2 AUTORIZACIÓN DE ADQUISICIÓN Y USO DE EMR.

A diferencia de la autorización de almacenamiento, la de adquisición y uso de EMR no tiene una Directiva que desarrolle los alcances y precise condiciones técnicas y de seguridad; por lo que únicamente se regula por lo señalado en la Ley y el Reglamento.

Sobre el particular, la SUCAMEC otorga dicha autorización en 2 casos

(i) A las personas naturales o jurídicas que, por la naturaleza propia de sus actividades, requieran adquirir EMR para su exclusiva utilización en dichas actividades. Se incluye a los titulares de fabricación de explosivos con fines distintos a su comercialización.

(ii) A las personas jurídicas controladas por operadores autorizados para la exploración y explotación de hidrocarburos a fin de realizar trabajos especializados.

En ambos casos, es requisito indispensable que el solicitante acredite ante SUCAMEC la necesidad de adquirir y usar los EMR para sus actividades; lo cual implica que, si revisada la documentación, la SUCAMEC advierte que la actividad propia del administrado no requiere la adquisición y uso de EMR (piénsese en una persona jurídica dedicada a mantenimiento de equipos o una empresa de seguridad en instalaciones petroleras), se declarará improcedente la solicitud.

Asimismo, de lo anterior se desprende que únicamente pueden obtener este tipo de autorización los usuarios finales de EMR, facultad que se extiende también a los fabricantes en caso presten servicios de voladura, tronadura o similares; y que el titular de dicha autorización solo puede usar los EMR para los fines detallados en su solicitud y en la Resolución de Gerencia que la apruebe.

Esta autorización tiene un plazo máximo de 1 año calendario, renovable en la medida que se siga usando los EMR por la misma actividad.
Sin embargo, para obtener la aprobación de la

autorización, se requiere de la presentación de distintos documentos, dentro de los cuales se encuentra un requisito que merece la pena comentar, esto es, el referido a presentar "copia del documento emitido por la autoridad competente, a través del cual se apruebe la ejecución de las actividades que se van a desarrollar"; la cual deberá interpretarse de acuerdo a la actividad en la que se usarán los explosivos.
Con relación a las actividades extractivas, particularmente en minería, dicho documento está referido a la autorización de inicio de actividades de explotación emitido por el MINEM para actividades posteriores al 26 de julio de 2001. Las actividades de explotación anteriores a dicha fecha se denominan "actividades mineras continuas", de acuerdo al Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por el Decreto Supremo N° 024-2016-EM; en cuyo caso el requisito se cumplirá con la presentación del Plan de Minado aprobado por la Gerencia General de la empresa.

En hidrocarburos, el MINEM ha estado emitiendo opiniones favorables para la adquisición de explosivos durante los últimos años, con lo cual se verifica el cumplimiento del requisito antes mencionado. No obstante, mediante Resolución Ministerial N° 178-2020-MINEM/DM del 15 de julio de 2020, el MINEM eliminó distintos procedimientos administrativos de su TUPA, dentro de los que se encontraba la opinión favorable para la adquisición de explosivos. En tal sentido, SUCAMEC deberá tener por cumplido el requisito con otros documentos, tales como el contrato que se tenga con el operador del lote donde se verifique la actividad para la cual se usarán explosivos, declaraciones juradas del solicitante, comunicaciones de inicio de actividad petrolera al MINEM por parte del operador, entre otros.

Obtenida la autorización de adquisición y uso de EMR, el titular de esta deberá cumplir con las principales obligaciones:

1. Informar a la SUCAMEC sobre los saldos resultantes al vencimiento de la autorización, dentro de los 10 primeros días hábiles del mes siguiente a dicho vencimiento o cuando sean requeridos por la SUCAMEC.
2. Instruir permanentemente a su personal en el manejo y manipulación de los EMR, bajo condiciones de seguridad adecuadas.
3. Utilizar los EMR para los fines autorizados.

Por circunstancias sobrevinientes, es posible también que el titular requiera reponer o extornar saldos descontados de sus autorizaciones de adquisición y uso, y se da en los siguientes casos:

1. Cuando el usuario final deba devolver los EMR ya adquiridos a su proveedor. Esta situación suele ocurrir cuando el proveedor envía por error algún explosivo no solicitado por el titular de la autorización, generando que se descuente indebidamente el explosivo de la cantidad aprobada. En estos casos, el Reglamento señala que primero debe solicitarse la autorización de traslado de los EMR a devolver y luego solicitar el extorno de saldos a la autorización de adquisición y uso de EMR.
2. Cuando el usuario autorizado al traslado de EMR no realiza dicho traslado dentro del plazo otorgado.

En principio, si una empresa cuenta con una autorización de almacenamiento de EMR, también tendría que contar con la de adquisición y uso para dichos EMR almacenados en el polvorín o almacén. No obstante, el Reglamento no señala qué sucede con las empresas que tienen más de un polvorín o almacén, en el sentido de si se requiere obtener una autorización de adquisición y uso por cada Polvorín, o si es solo una a obtener de manera global por cada grupo de polvorines.

Esta disyuntiva se resuelve atendiendo al carácter integral de cada actividad, siendo que se debe obtener solo una autorización de adquisición y uso de EMR de manera global, lo cual sí fue precisado en el Decreto Ley N° 25707. Como mencionamos al inicio del presente artículo, si bien dicho Decreto se encuentra derogado, sirve para interpretar la normativa actual, junto con otras normas también derogadas.

III.3 AUTORIZACIÓN DE TRASLADO DE EXPLOSIVOS Y MATERIALES RELACIONADOS.

Los explosivos, por su naturaleza, están sujetos a un constante movimiento ya sea entre las instalaciones del proveedor (polvorines o fábricas de EMR) y el titular de una autorización de adquisición y uso, para traslados entre plantas del mismo fabricante, para el extorno de saldos, entre otros supuestos.

Dicho traslado se materializa a través de un documento emitido por la SUCAMEC denominado "Guía de Tránsito", donde se consigna el punto de

partida y destino de los EMR, los cuales no pueden ser modificados salvo causas de –en los términos del Reglamento - "fuerza mayor" debidamente justificadas y comunicadas a la SUCAMEC en un plazo no mayor a 48 horas. Sin dicho documento, el traslado de EMR en territorio nacional, se encuentra prohibido.

Como se advierte en el artículo 1315° del Código Civil, la fuerza mayor implica una herramienta que permite exceptuar del cumplimiento de determinadas obligaciones atendiendo a sucesos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles.

Sobre este punto, Asúa González señala que un evento "[…] tendrá la consideración de fuerza mayor si constituye un fenómeno externo a la conducta o al ámbito de actividad del eventual responsable o, en su caso, ajeno al ámbito de aplicación de una ley especial" (2002, P. 324). Felipe Osterling, por su parte, indica que la fuerza mayor se produce en función a la ocurrencia de un acontecimiento extraordinario, imprevisible e irresistible para el deudor, que resulta independiente de su voluntad (Osterling Parodi, 1988, p.199).

Ahora, si bien el artículo en mención alude al concepto de fuerza mayor (actos del Príncipe), este debe ser entendido también como caso fortuito (actos de Dios) o a hechos determinante de terceros, toda vez que el Reglamento y la Directiva N° 24-2017-SUCAMEC, señalan indistintamente los siguientes eventos:

1. Cuando el fabricante (proveedor de los EMR) no pueda realizar el despacho de los EMR al titular de la autorización de adquisición y uso de EMR, en el punto de partida originalmente autorizado. Esto podría ocurrir por distintos eventos imputables o no al proveedor, como el haber cambiado la ubicación del polvorín de manera posterior a la Resolución que aprueba el traslado, el establecimiento de cuarentenas por parte del Gobierno que afecten la provincia desde donde partiría el traslado, entre otras.

2. Por condiciones climáticas que imposibiliten el traslado desde el punto de partida hacia el punto de destino. Ejemplos: huaycos que hayan afectado las vías cercanas al punto de partida, derrumbes, entre otros.

3. Por causas originadas por conflictos sociales.

4. Otras causas que justifiquen la modificación.

El análisis de qué evento constituye una fuerza mayor deberá ser efectuado por la SUCAMEC con la documentación probatoria presentada por el administrado; y, como se ha mencionado, únicamente hará el examen de extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad, dejando de lado la diligencia o negligencia del que lo alega.

Particularmente, existen distintos tipos de Guías de Tránsito reguladas en el Reglamento en la Directiva antes mencionada:

- De internamiento y salida.
- Para traslado hacia zona primaria con autorización especial.
- Para tránsito internacional
- Vinculada con una autorización de adquisición y uso.
- De extorno de saldos.
- Para traslados entre Plantas del mismo fabricante y para traslados entre Plantas de distinto fabricante.

Si bien, todos los tipos de Guías de Tránsito revisten importancia, nos centraremos en únicamente las referidas a las vinculadas con una autorización de adquisición y uso, así como las de extorno de saldos; toda vez que, en la práctica diaria, encontramos que la normativa puede ser mejorada.

En cuanto a los primeros, la Directiva establece que no procede la emisión de este tipo de Guías de Tránsito cuando la autorización que la sustenta se encuentra en trámite, o ya no se encuentra vigente. El traslado de EMR con este tipo de Guía de Tránsito solo se realiza durante su vigencia y el de la autorización de adquisición y uso.

Es una realidad que existen circunstancias que nos hacen cuestionar el hecho de que únicamente se puedan tramitar estas Guías de Tránsito cuando la autorización de adquisición y uso de EMR se encuentren vigentes. Existen casos en los que la autorización pierde vigencia en paralelo al término de la vigencia de los contratos entre titulares mineros y las empresas especializadas en el almacenamiento y uso de EMR, y se requiere movilizar el saldo remanente en la unidad minera, para devolverlo al proveedor y recuperar así el precio pagado por el mismo.

En otros casos, con la autorización de adquisición

y uso vencida, y en el marco de suspensión de operaciones petroleras o mineras, se requiere movilizar los explosivos hacia otro polvorín a fin de que sean resguardados hasta que se retomen las actividades del titular minero u operador del lote petrolero, y el titular de los EMR pueda eliminar el riesgo de cualquier contingencia con los mismos.

Actualmente, SUCAMEC ha otorgado de manera excepcional autorizaciones de traslado en supuestos extraordinarios; y no podría resolverlo negativamente, toda vez que impedir la movilización de los explosivos únicamente basado en el hecho de no mantener vigente una autorización con la que ya contaba la empresa, supondría una restricción ilegal a su derecho de propiedad, protegido por el artículo 70° de la Constitución Política del Perú.

Por tales motivos, consideramos que la norma debe ser mejorada en el sentido de permitir que, de manera excepcional y atendiendo al principio de razonabilidad, puedan otorgarse Guías de Tránsito en casos específicos como los antes descritos, toda vez que la realidad ha superado a la norma, la cual no establece actualmente excepción alguna sobre el particular.
Por otro lado, la autorización de traslado para extorno de saldos se sustenta en una Guía de Tránsito vinculada con una autorización de adquisición y uso de EMR, permitiendo al administrado la devolución total o parcial de los EMR autorizados en dicha Guía de Tránsito.

Es importante destacar que la Directiva señala que, a través de este tipo de Guía de Tránsito, no se realiza la devolución de los saldos de EMR a la respectiva autorización de adquisición y uso de EMR. Para ejecutar dicha devolución, deberá solicitarse el respectivo extorno, en los casos mencionados en el acápite correspondiente a la autorización de adquisición y uso de EMR.

Así, se advierte que se deben seguir 2 procedimientos consecutivos; el primero, para solicitar el traslado de EMR y, el segundo, para solicitar el extorno o devolución de las cantidades descontadas de la autorización de adquisición y uso de EMR.

Sin embargo, consideramos que no existe razón para duplicar procedimientos estrechamente vinculados entre sí. Deben agilizarse y uniformizar dichos procedimientos en uno solo, esto es, al momento de solicitar la obtención de Guía de Tránsito para el extorno de saldos, siendo que SUCAMEC procedería a, en un solo acto, aprobar la Guía de Tránsito y disponer el extorno de saldos. En este último caso, se podría regular que, en un plazo, el administrado remita a SUCAMEC la documentación señalada en la Directiva, bajo apercibimiento de dejar sin efecto el extorno de saldos aprobado.

También debemos hacer alusión a la custodia en el traslado de EMR. En estos casos, el Reglamento establece que, como regla, dicho traslado debe ser custodiado por miembros de la Policía Nacional del Perú o por empresas especializadas en seguridad privada debidamente autorizadas; y, de manera excepcional, puede disponer el traslado de EMR sin la respectiva custodia.

En este último caso, la Directiva sobre el particular obliga al que requiera un traslado de EMR sin custodia, primero, que lo solicite a la SUCAMEC con la documentación para que, una vez exonerada la custodia, realice un nuevo procedimiento para la autorización del traslado, adjuntando los requisitos señalados en el Reglamento.

Al igual que en el caso de extorno de saldos, no advertimos necesidad alguna para seguir dos procedimientos estrechamente vinculados y ante la misma entidad; por lo que consideramos que debería uniformizar en un solo procedimiento, generando predictibilidad en los administrados; es decir, en la solicitud para obtener la Guía de Tránsito, el administrado no solo presentaría los requisitos del Reglamento, sino también, de considerarlo pertinente, la documentación que sustente una exoneración de custodia para dicho caso en particular. Por tanto, obtendría una decisión célere y en un solo acto administrativo donde también se resuelva el pedido de exoneración.

Adicionalmente, es importante mencionar que el numeral 244.3 del artículo 244° del Reglamento señala que se aprobará una Directiva que detalle el tipo de EMR que requiera ser trasladado bajo custodia, en función al grado de peligrosidad que represente, la cantidad a ser trasladada, la ruta a utilizarse, entre otras características, así como la cantidad de custodios y los materiales que no requieren ser trasladados bajo custodia.

No obstante, a la fecha, dicha Directiva no se ha aprobado y la misma suerte han corrido otras Directivas pendientes de aprobación que el Reglamento menciona, tales como la referida a los parámetros para determinar actividades que constituyen

fabricación de EMR (art. 168° del Reglamento), la que establezca las características, condiciones y medidas de seguridad para cada tipo de traslado (art. 238° del Reglamento), la que establezca el procedimiento de destrucción (numeral 251.3 del artículo 251° del Reglamento), entre otras.

IV. CONCLUSIONES

El tratamiento de los explosivos, en tanto materiales peligrosos contenidos en el Libro Naranja de las Naciones Unidas, ha sido recogido en la normativa nacional a lo largo del siglo pasado y el actual, estableciendo las autorizaciones y las respectivas obligaciones que deben seguir los administrados que deseen operar con ellos.

En este caso, hemos visto cómo se ha definido y clasificado a los explosivos y sus materiales relacionados en la Ley y el Reglamento vigentes, y se han especificado las obligaciones que todo titular de autorizaciones de almacenamiento, adquisición y uso de explosivos debe seguir, sobre todo considerando que son las más utilizadas por empresas dedicadas a sectores extractivos como minería o hidrocarburos.

Si bien la normativa detalla de manera integral las condiciones, plazos y especificaciones técnicas del tratamiento de explosivos, ello no impide que pueda ser mejorada a fin de recoger la casuística que se genera a partir de su aplicación o con la finalidad de simplificar procedimientos administrativos y generar mayor predictibilidad y confianza legítima en la actuación de la Administración Pública.

Por dichos motivos, el presente trabajo no se ha circunscrito a definir o analizar el contenido de la regulación actual sobre la materia, sino que va más allá y realiza propuestas de mejora normativa en función a casos prácticos que suceden en la realidad y superan lo establecido por el legislador. Todo ello para coadyuvar en una mejor regulación nacional sobre este tema y se eviten requisitos y procedimientos innecesarios para el control de los explosivos.

V. BIBLIOGRAFÍA

Asúa González, C. (2002). Tratado de Responsabilidad Civil. Navarra: Arazandi.

Osterling Parodi, F. (1988) Las obligaciones. Volumen VI. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú





LAS PARTICULARIDADES DE LOS TRABAJADORES DE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA, A PROPÓSITO DE RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

Oxal Víctor Ávalos Jara
y Dayana Calero Spelucin

I. PRESENTACIÓN:

El tratamiento respecto a los trabajadores a los que nuestra normativa denomina de dirección y de confianza, ha generado mucha controversia en los últimos años, y ello en razón de que las normas que regulan este particular no son del todo precisas, lo que ha dado lugar a que distintos pronunciamientos judiciales y jurisdiccionales se hayan encargado de hacer las precisiones correspondientes, llegando a la fecha a tenerse un panorama más claro, pero constituido a partir de la jurisprudencia laboral.

II. SOBRE EL PERSONAL DE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA:

La calificación de un puesto como de dirección o de confianza, no obedece al arbitrio o a la discrecionalidad del empleador; sino que ha sido la Ley la que expresamente señala que condiciones jurídicas se deben ostentar a fin de establecer cuando corresponde esta calificación.

De conformidad con lo establecido en el primer párrafo del artículo 43 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR, el trabajador de dirección es:

"[…] aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquéllas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial […]".

De esta manera, a partir de la norma antes señalada es posible extraer tres características a analizar para la determinación de un cargo de dirección:

1. La posición del cargo ocupado por el trabajador dentro de la estructura organizacional de la empresa: El trabajador de dirección ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o terceros, o lo sustituyen, ostentando poderes o facultades propias del empleador.

2. Las facultades adicionales con las que cuenta el trabajador: El trabajador de dirección comparte las funciones de administración y control del empleador, de manera que se constituye como una autoridad en la organización.

3. La injerencia de las opiniones del trabajador en las decisiones empresariales: En el caso del trabajador de dirección, de sus labores depende el resultado de la actividad empresarial o parte de ella, pero con impacto en la organización.

Así, todo aquel trabajador que cumpla de manera conjunta con estas tres características mencionadas líneas arriba podrá ser calificado como "trabajador de dirección", y encontrarse sujetos a las disposiciones normativas y criterios jurisprudenciales aplicables a esta categoría de trabajadores.

Por otro lado, de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 43 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, los trabajadores de confianza son:

"Aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales".

De la misma manera que en los trabajadores de dirección, podemos señalar que deben de cumplirse tres requisitos o características para la determinación de un cargo de confianza:

a. La posición del cargo ocupado por el trabajador dentro de la estructura organizacional de la empresa: El trabajador de confianza labora en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, es decir, que orgánicamente haya una dependencia inmediata y que fácticamente haya una relación sin intermediarios.

b. El tipo de información que tiene a cargo el trabajador: Su posición le permite acceder a información privilegiada, a la que otros trabajadores no pueden conocer.

c. La injerencia de las opiniones del trabajador en las decisiones empresariales: Sus opiniones o informes, son compartidos o presentados directamente al personal de dirección, quienes a partir de estos toman decisiones. No se trata de seguir la opinión o informe, sino simplemente de conocerlo, de allí la norma hace referencia a que esta es una contribución.

De esta manera, todo aquel trabajador que cumpla de manera conjunta con los tres requisitos mencionados podrá ser calificado como "trabajador de confianza".

Es importante resaltar que el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 03391-2014 PA/TC, ha establecido una serie de diferencias entre los trabajadores de dirección y de confianza respecto a aquellos que no lo son, y que denomina "trabajadores comunes", tales como:

a. La confianza depositada en él, por parte del empleador: La relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales se acomodan al ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe, como fundamento de esta relación laboral especia

b. l. Representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones: Las que lo ligan con el destino de la institución pública, de la empresa o de intereses particulares de quien lo contrata, de tal forma que sus actos merezcan plena garantía y seguridad.

c. Dirección y dependencia: Es decir, que puede ejercer funciones directivas o administrativas en nombre del empleador, hacerla partícipe de sus secretos o dejar que ejecute actos de dirección, administración o fiscalización de la misma manera que el sujeto principal.

d. No es la persona la que determina que un cargo sea considerado de confianza: La naturaleza misma de la función es lo que determina la condición laboral del trabajador.

e. La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo: A diferencia de los despidos por causa grave en los que se analiza la conducta o la capacidad, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva, y no es un despido, sino una modalidad de cese. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección.

Asimismo, conviene precisar que, a raíz del criterio contemplado en la sentencia recaída en el Expediente N° 3501-2006-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha determinado una subclasificación dentro del personal de dirección o de confianza, a raíz de la estabilidad laboral que ostentan. Así, frente a un despido justificado (no estamos haciendo referencia a la pérdida de la confianza) se debe tener en consideración lo siguiente:

a. Exclusivo o puro: Es cuando el trabajador de dirección o de confianza haya tenido dicha calificación desde el inicio de su relación laboral, es decir, que no accedió desde un puesto que no tenía tal calificación.

b. Mixto: Es cuando el trabajador de dirección o de confianza haya obtenido posteriormente dicha calificación.

No obstante, como explicaremos más adelante, en caso el empleador alegue la pérdida de la confianza, se deberá tener en cuenta esta clasificación, pero

las consecuencias son distintas, pues en el caso del trabajador de dirección o de confianza exclusivo o puro no tienen derecho a la reposición ni a la indemnización; mientras que en el caso de aquellos que accedieron a un puesto con tal calificación tienen derecho a la reposición al puesto anterior o al pago de la indemnización, pero no pueden permanecer bajo ninguna circunstancia en el cargo de dirección o de confianza.

III. FORMALIDADES: LA NECESIDAD DE COMUNICAR AL TRABAJADOR SOBRE SU CALIDAD DE PERSONAL DE DIRECCIÓN O DE CONFIANZA

El artículo 59 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR, señala que el empleador debe seguir el procedimiento que describimos a continuación para calificar los puestos de trabajo como de dirección o confianza:

a. Identificar y determinar los puestos que puedan ser calificados como tales.
b. Comunicar por escrito dicha calificación a los trabajadores que ocupan tales puestos.
c. Consignar en el libro de planillas y las boletas de pago la calificación correspondiente.

En adición, el artículo 60 del citado Reglamento, precisa que:

> La calificación de los puestos de dirección o de confianza, es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita".

Lo establecido en la norma citada deja claro entonces que, si bien es cierto existe una formalidad en la calificación de los cargos de confianza o de dirección, serán los hechos los que primen para determinar la calificación del puesto correspondiente.

Ello ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 1042-2007-PA/TC, en la que establece lo siguiente:

> "Asimismo, el artículo 60 del mencionado reglamento prescribe que la calificación de los puestos de confianza 'es una formalidad que debe observar el empleador'; sin embargo 'su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada se acredita', debido a que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la denominación que se le dé al puesto […]".

Es decir, el cumplimiento de la formalidad no es determinante, pues en aplicación del principio de primacía de la realidad, si el empleador puede acreditar que en el plano fáctico el trabajador reunía las condiciones de uno de dirección o de confianza, se le considerará como tal.

Esta misma postura la podemos encontrar en la sentencia del Expediente N° 03501-2006-PA/TC, mediante la cual se llegó a afirmar lo siguiente:

> "De la misma manera la calificación de dirección o de confianza es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no genera dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita. Por lo que, si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que implique tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo, de lo contrario solo cabría la indemnización o el retiro de la confianza depositada en él, tal como viene resolviendo este Colegiado".

De esta manera, partiendo de lo establecido en el artículo 60 del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, el Tribunal Constitucional establece que la calificación de cargo de confianza se trata de una condición material que se determinará en función a la real naturaleza de las funciones que desarrolle el trabajador y no, de una mera formalidad, lo cual puede, de la misma manera, utilizarse para los cargos de dirección.

Sin embargo, es altamente recomendable que se cumpla con la clasificación del personal conforme a ley, cumpliendo con la obligación taxativa impuesta por la norma antes mencionada y también para poner en conocimiento al trabajador de sus obligaciones y derechos, ya que ello genera convicción para las partes.

En dicho sentido es importante considerar lo regulado mediante el artículo 61 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, el que ha establecido un plazo de caducidad para cuestionar las calificaciones como puesto de confianza o dirección:

"Artículo 61.- Los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados como de dirección o de confianza, podrán recurrir ante la Autoridad Judicial, para que deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los treinta (30) días naturales siguientes a la comunicación respectiva".

Como se puede apreciar, si luego de 30 días naturales el trabajador no cuestiona la calificación que realice el empleador, entonces su derecho habrá caducado, con lo cual no podrá impugnar la calificación realizada por el empleador en un posible proceso judicial de reposición o indemnización por despido arbitrario.

Evidentemente esto solo aplicará en la medida que se hayan cumplido con las formalidades y el trabajador haya conocido con certeza de su calificación.

IV. DE LOS EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DEL PERSONAL COMO DE CONFIANZA O DE DIRECCIÓN:

En virtud de la revisión del marco legal sobre el particular, se puede establecer que los puestos calificados como de dirección y de confianza generan una serie de consecuencias en la relación laborales, como las que pasamos a describir:

a. Se encuentran sujetos a un mayor periodo de prueba: Según las disposiciones del artículo 10 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, los trabajadores de confianza pueden estar sujetos a un periodo de prueba de hasta seis meses, mientras que los trabajadores de dirección pueden estar sujetos a un periodo de prueba de hasta un año.

b. No pueden integrar una organización sindical: A menos que el estatuto del gremio sindical lo permita expresamente, conforme al literal b) del artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, estos trabajadores no pueden integrar estas organizaciones.

c. No se les aplican los convenios colectivos de trabajo: Pese a que puedan afiliarse a una organización sindical en tanto el estatuto de ésta lo permita, no gozan de uno de los principales beneficios de dicha afiliación, como es la aplicación de los convenios colectivos que su sindicato celebre con el empleador, conforme lo prevé el artículo 42 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR. Tampoco se les aplicaría los convenios que celebren sindicatos que tales trabajadores no integran pero que, por ser mayoritarios (afiliar a la mitad más uno cuando menos de trabajadores de la categoría ocupacional), podrían aplicarse a los no sindicalizados.

d. No pueden convocar a una huelga: Según el artículo 77 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, no puede ejercer este derecho en razón de la vinculación directa con el empleador.

e. No están sujetos a la jornada máxima legal u ordinaria en la empresa (normalmente 8 horas diarias o 48 semanales): en tanto sean trabajadores de dirección o de confianza no sujetos a fiscalización inmediata, en virtud del artículo 5 del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, el literal c) del artículo 10 del Decreto Supremo N° 008-2002-TR, y el artículo 1 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, pueden sobrepasar la jornada máxima de trabajo y no tienen derecho a pago por sobretiempo. Cabe recalcar que los trabajadores de confianza sujetos a fiscalización inmediata, sí están sujetos a la jornada máxima legal u ordinaria en la empresa, y, por lo tanto, si hacen sobretiempo, tienen derecho al pago de las horas extras.

f. Los trabajadores de dirección no gozan del descanso semanal obligatorio: (normalmente en domingo), conforme al artículo 5 del Reglamento de la Ley de Descansos Remunerados, aprobado por el Decreto Supremo N° 012-92-TR.

g. Los trabajadores de dirección que deciden autónomamente el momento de goce de sus vacaciones no tienen derecho a indemnización por falta de descanso vacacional: En caso no disfruten oportunamente del mismo por decisión propia, según el artículo 24 del Reglamento de la Ley de Descansos Remunerados, aprobado por el Decreto Supremo N° 012-92-TR. Por lo tanto, si no tienen ese poder para decidir por

ellos mismos el momento de descanso vacacional, sí tienen derecho al pago de la indemnización vacacional. Entonces, todo se circunscribe a la verificación de la facultad de decir de forma autónoma el momento para el goce del derecho a vacaciones.

h. No cuentan con estabilidad laboral absoluta: La diferencia entre la estabilidad laboral absoluta y relativa es que, en la primera, un trabajador al ser despedido arbitrariamente puede solicitar reposición o indemnización; mientras que, según los criterios del Tribunal Constitucional, en el segundo supuesto el trabajador de dirección o de confianza sólo podrá requerir una indemnización y en determinados casos. Si bien no existe disposición normativa expresa respecto a la regulación sobre la estabilidad laboral del personal de confianza y dirección, esta ha venido siendo delimitada por pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional e incluso por la propia Corte Suprema de Justicia de la República.

i. Representan al empleador en los Comités de Seguridad y Salud en el Trabajo, y en el Comité de Intervención frente al Hostigamiento Sexual: La Ley N° 29783 y su norma reglamentaria, han establecido que los trabajadores de dirección o de confianza, representan al empleador en este comité paritario. En el mismo sentido, el Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP prevé que el empleador nombre a un representante de la Oficina de Recursos Humanos o quien haga sus veces y a otro que decida designar, que normalmente será uno de dirección o de confianza.

V. SOBRE LAS CONCLUSIONES DEL VII PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL Y OTROS PRONUNCIAMIENTOS

El día 1 de septiembre de 2018 fueron publicadas en el diario oficial El Peruano las cuatro conclusiones arribadas en el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, siendo que el mismo implicó un cambio de la postura jurisprudencial asumida tanto por el Tribunal Constitucional como por la propia Corte Suprema de la República, siendo importante para el presente informe resaltar lo acordado en el cuarto punto:

> "En el caso de trabajadores de dirección o de confianza de empresas y/o instituciones del sector privado:
>
> – Aquellos trabajadores que ingresaron directamente a un cargo de confianza o de dirección, no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les retire la confianza.
>
> –Aquellos trabajadores que ingresaron inicialmente a un cargo en el que realizaban funciones comunes u ordinarias, y que accedieron con posterioridad a un cargo de confianza o dirección dentro de la misma empresa o institución privada, les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo luego de retirada la confianza; o cuando el propio trabajador opte por no reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo"

Como se puede apreciar, según la conclusión arribada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de la República, existirían dos reglas a tener en consideración al momento de cesar a un trabajador de confianza o de dirección al invocar la pérdida de la confianza:

a. A los trabajadores que iniciaron sus labores como trabajadores de confianza o dirección (exclusivos o puros), no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario ni mucho menos la reposición cuando el empleador les retira la confianza.

b. A los trabajadores que fueron promovidos a un puesto de confianza o dirección y que inicialmente realizaban labores o funciones comunes (mixtos), sólo les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario cuando el empleador no les permita "retornar" a su puesto original (el que no tenía la calificación de confianza o de dirección), o cuando el trabajador voluntariamente solicite el pago de la indemnización por despido arbitrario.

Es claro que la postura asumida por el Pleno es sustancialmente distinta a la instaurada hace muchos años por el Tribunal Constitucional, y que incluso fue seguida por la propia Corte Suprema de Justicia de la República en muchos pronunciamientos en su debido momento; sin embargo, no es menos importante apuntar que la referida Corte Suprema ya

en el año 2016 había dado algunas aproximaciones del Pleno bajo análisis, tal como queda demostrado de lo afirmado en el numeral 4.11 de la Casación Laboral N° 18450-2015-Lima

> "[…] admitir que todo trabajador de confianza a quien se le retira la confianza tenga derecho a la indemnización por el despido… es un absurdo, pues si así fuera todo aquel que contrata a un trabajador de confianza sabrá que al retirarle la confianza le tiene que indemnizar, es decir, el trabajador de confianza estaría en mejor posición que el trabajador común, a quien para indemnizarle se tiene que probar que el despido fue arbitrario, en el caso del de confianza, bajo dicha interpretación, no sería necesario. Dicho de otra forma, en los contratos de trabajadores de confianza habría una cláusula tácita de pago de indemnización por despido arbitrario, por cuanto todo retiro de confianza tendría como consecuencia dicho pago. Tal interpretación no resiste análisis alguno en el marco constitucional y legal actual […]".

Este criterio se ha vuelto reiterado y es el que se viene aplicando de forma unánime en la judicatura laboral nacional. Incluso, en la Casación N° 16378-2016-Lima del 28 de noviembre de 2018 y en otras posteriores, como las Casaciones N° 9916-2017-Lambayeque, N° 13704-2017-Lima y N° 25643-2017-Arequipa, se ha confirmado este criterio, quedando claramente establecido que la pérdida de la confianza importa la extinción de la relación laboral. Incluso, la propia Autoridad Administrativa de Trabajo comparte esta visión, tal como lo ha manifestado en el Informe 145-2019-MTPE/2/14.1 de fecha 6 de diciembre de 2019.

En consecuencia, en cuanto a la estabilidad laboral, hay que tener presente que la pérdida de la confianza invocada como tal es diferente a un despido injustificado en el que no se invoca esta situación.

La pérdida de confianza es una causa de extinción de la relación laboral creada jurisprudencialmente, y no se asimila a un despido, pues no se analiza la conducta ni la capacidad, sino que se sustenta en la desaparición del elemento confianza que cimentó en su momento la relación laboral.

Entonces, frente a una debida calificación del puesto como de dirección o de confianza, la pérdida de aquella no puede generar la existencia de un despido arbitrario, pues sí hay expresión de causa y esta puede demostrarse en juicio; asimismo, no podría calificarse como un despido incausado ni como uno fraudulento, pues la pérdida de la confianza es la razón de la extinción del vínculo, y, además, ello no encuentra identidad en ninguno de los supuestos contemplados como causales del despido fraudulento.

Tampoco calificaría como un despido nulo en la medida que existe una expresión de causa, y, al mismo tiempo, y una habilitación legal para extinguir el vínculo laboral. Este parecer es compartido por la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 14758-2017-Lambayeque.

Ahora bien, un punto importante que ha sido materia de discusión se cierne sobre la siguiente pregunta: En los casos de trabajadores de dirección o de confianza mixtos, al perderles la confianza, ¿Debe seguir percibiendo la remuneración del cargo que deja o la que corresponde a su puesto original?

Este asunto ha sido tratado con acierto y desacierto en varias oportunidades, pero un pronunciamiento llamativo es el emitido por la Sala Laboral Permanente de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín en el Expediente N° 00729-2017-0-1501-JR-LA-03, que estableció que correspondía que el trabajador sujeto a pérdida de confianza y que retorna al puesto anterior, debía mantener la remuneración del puesto calificado. Ha habido otros pronunciamientos excéntricos, como el recaído en el Expediente N° 03569-2012-0-1501-JR-LA-02, pero respecto al caso de los trabajadores de dirección y de confianza, este llama la atención por lo expresado en la fundamentación.

Sin embargo, este tipo de pronunciamientos errados han sido aclarados. Así, el 25 y 26 de marzo de 2021 se llevó a cabo el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2021, el cual contó con la participación de los Jueces Especializados de diversas Cortes Superiores de Justicia del Perú, y se planteó la siguiente interrogante: ¿El trabajador de confianza que retorna a su puesto ordinario de labores tiene derecho a continuar percibiendo su remuneración habitual?

Se llegó a la siguiente conclusión: El trabajador de confianza que retorna a su puesto ordinario no tiene derecho a seguir percibiendo la remuneración del cargo de confianza, sino la de su puesto original.

Se trata de una respuesta razonable, pues ello se

basa en el hecho de que hay una "recomposición" del vínculo, y ello no podría acarrear que subsistan condiciones propias de una situación jurídica que ya es inexistente.

I. CONCLUSIONES

Sólo podemos considerar como trabajadores de confianza o dirección, a aquellos trabajadores que cumplen con todas y cada una de las características legales. En esa medida, la falta de calificación formal como trabajadores de confianza y dirección no enerva la facultad del empleador de cesar a estos trabajadores mediante el retiro de la confianza, siempre y cuando pueda acreditar que fácticamente concurren las condiciones previstas en la Ley.

Los trabajadores de confianza o dirección tienen distintos derechos con relación a los trabajadores ordinarios, tal como se han descrito en el presente artículo, y ello se basa en el elemento subjetivo de la confianza en sentido lato, producto del mayor grado de responsabilidad, dirección, representación, independencia y cercanía con el empleador.

La pérdida de la confianza es una decisión del empleador, de naturaleza subjetiva, que conlleva a la desaparición de la "confianza" que ha sostenido el vínculo con los trabajadores de dirección y de confianza, de modo que su invocación hace expresa la imposibilidad de que continúe la relación laboral en esos términos, produciéndose la extinción de la relación laboral y, excepcionalmente, la permanencia del trabajador pero en un puesto distinto, de menor responsabilidad, sin poder directivo y representativo, y sin tener una vinculación directa con el empleador u otros trabajadores de dirección.

Sobre la base de lo afirmado en el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y en diversas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la República, los trabajadores que iniciaron su relación laboral como trabajadores de confianza o dirección, no tendrán derecho ni la reposición ni al pago de la indemnización por despido arbitrario cuando el empleador los cese por el retiro de la confianza.

No obstante, en el caso de los trabajadores que iniciaron su relación laboral y luego fueron promovidos a un cargo de confianza o dirección, podrán ser reubicados a su anterior puesto de trabajo cuando se les retire la confianza, o se les podrá pagar la indemnización por despido arbitrario, dando por extinguida definitivamente la relación laboral.
Si esto último llega a ocurrir, el trabajador retorna a su puesto anterior con la remuneración que corresponde a ese puesto, no manteniendo en ningún caso la remuneración del cargo de dirección o de confianza.

BIBLIOGRAFÍA

Congreso de la República del Perú. (26 de julio de 2011). Ley de seguridad y salud en el trabajo [Ley N° 29783]. Recuperado de: https://web.ins.gob.pe/sites/default/files/Archivos/Ley%2029783%20SEGURIDAD%20SALUD%20EN%20EL%20TRABAJO.pdf

Corte Suprema de Justicia de la República. (2017). VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional. Recuperado de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/09/VII-Pleno-Jurisdiccional-Supremo-en-material-Laboral-y-Previsional-Legis.pe_.pdf

Corte Superior de Justicia de Junín. (2012). Resolución. Expediente N.°03569-2012-0-1501-JR-LA-02 JUNIN. Recuperado de: http://heinerantonioriverarodriguez.blogspot.com/2012/12/expediente-03569-2012-0-1501-jr-la-02.html

Corte Superior de Justicia de Junín. (2017). Resolución. Expediente N.° 04209-2017-0-1501-JR-LA-02. Recuperado de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/08/Expediente-4209-2017-0-1501-JR-LA-02-Legis.pe_.pdf

Gutierrez, J. (2019) Opinión técnica sobre la procedencia del pago de indemnización por despido arbitrario en virtud del retiro de confianza (Informe nro. 145-2019-MTPE/2/14.1) Recuperado de: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/10/Inf-145-2019-MTPE-indemnizacion-retiro-confianza-LP.pdf

Presidencia de la República del Perú. (21 de marzo de 1997). Ley de Productividad y Competitividad Laboral, [Decreto Legislativo N° 728]. Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_dl728.pdf

Presidencia de la República del Perú. (14 de diciembre de 2001). Ley de Fomento de Empleo. [Decreto Legislativo N° 728]. Recuperado de: https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/clproley2001.nsf/pley/3463DCD1BC0EC32A05256D25005D9F94?opendocument

Reglamento del texto único ordenado de la Ley de fomento del empleo. [Decreto Supremo nº 001-96-tr]. Recuperado de: https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0010/10-reglamento-del-texto-unico-ordenado-del-decreto-legislativo-728-ley-de-fomento-del-empleo-1.pdf

Reglamento del Decreto Legislativo Nº 713 sobre los descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada [DECRETO SUPREMO N° 012-92-TR]. Recuperado de: https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/0D48067F03F11D1405257E-23005CE18D/$FILE/2_DECRETO_SUPREMO_012_03_12_92.pdf

Reglamento de la Ley N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual. (22 de julio de 2019). Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo. [Decreto Supremo Nº 014-2019-MIMP]. Recuperado de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/343449/ds_014_2019_mimp.pdf

Segunda sala de derecho constitucional y social transitoria. (2016). Casación laboral n° 16378-2016-Lima. Corte Suprema de Justicia. Recuperado de: https://lpderecho.pe/gerentes-no-tienen-derecho-indemnizacion-despido-arbitrario-cas-lab-16378-2016-lima/

Segunda sala de derecho constitucional y social transitoria. (2017). Casación laboral n° 14758-2017. Corte Suprema de Justicia. Recuperado de: https://lpderecho.pe/retiro-confianza-trabajadora-embarazada-no-configura-despido-nulo-cas-lab-14758-2017-lambayeque/

Segunda sala de derecho constitucional y social transitoria. Casación laboral n° 18450-2015. Lima. Corte suprema de justicia de la república (2015) Recuperadode:https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e76662004475608796b5de01a4a5d4c4/Resolucion_18450-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e76662004475608796b5de01a4a5d4c4

Texto único ordenado de la Ley de relaciones colectivas de trabajo. (5 de octubre de 2003) [Decreto Supremo N° 010-2003-TR]. Recuperado de: https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0066/ley-relaciones-colectivas-trabajo.pdf

Tribunal Constitucional (TC). (2006). Resolución. Expediente N.° 03501-2006-PA/TC. Recuperado de: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03501-2006-AA.html

Tribunal Constitucional (TC). (2014). Resolución. Expediente N° 03391-2014 PA/TC Recuperado de: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/03/Expediente-03391-2014-PA-TC-LP.pdf

Tribunal Constitucional (TC). (2007). Resolución. Expediente N.° I042-2007-PA/TC. Recuperado de: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01042-2007-AA.pdf



LA EXPERIENCIA DE LOS PUNTOS NACIONALES DE CONTACTO Y SU IMPORTANCIA COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES.

Por LLM. José Manuel Angulo Jugo

JOSÉ MANUEL ANGULO JUGO

Abogado (LLB, LLM) experto en Derecho Internacional y Comparado del Trabajo, con una amplia experiencia en el sector privado y público nacional y con organizaciones internacionales como OEA y OIT. Magister (LLM) en Derecho Internacional del Trabajo por la Universidad van Tilburg – Holanda. Con especialización en temas de derecho del trabajo en la Katholieke Universiteit Leuven – Bélgica, en el HQ de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) – Suiza, en el V.V. Giri National Labour Institute – India y en la Universidad de Sevilla – España. Docente del curso Derecho Procesal Laboral en la Universidad Científica del Sur, autor de diversas publicaciones en revistas especializadas sobre temas laborales y referente frecuente en medios.

LAS PARTICULARIDADES DE LOS TRABAJADORES DE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA, A PROPÓSITO DE RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

SUMARIO:

I. Los Puntos Nacionales de Contacto (NCP) y el OECD y sus lineamientos para empresas multinacionales. II. Impacto de los NCP y los Lineamientos en el escenario laboral internacional. III. A modo de conclusión.

LOS PUNTOS NACIONALES DE CONTACTO Y EL OECD Y SUS LINEAMIENTOS PARA EMPRESAS MULTINACIONALES (MNE GUIDELINES)

El 30 de septiembre de 1961 nació el Organismo para el Comercio y el Desarrollo Económico (OECD), compuesto por 37 países miembros que representan a las más grandes economías industrializadas del mundo. Adicionalmente, los acompaña un grupo selecto de 12 países emergentes dentro de los cuales destaca el Perú, que fue admitido en el año 2008 como país asociado y no miembro completo.

El OECD tiene como objetivo promover el desarrollo económico y la expansión comercial en la economía mundial, buscando lograr un crecimiento económico sostenible y elevar el nivel de vida en los países miembros a través del análisis continuo de las estadísticas de los temas sociales y económicos[1].

El presente organismo se describe a sí mismo como una "organización que ayuda a los gobiernos a abordar los desafíos económicos, sociales y de gobernanza de una economía globalizada"[2], con el único propósito de impulsar la prosperidad en los países que forman parte de un mundo cada vez más globalizado, proporcionándoles una red de políticas y prácticas compatibles con ellos.

La OECD publica documentos de trabajo sobre temas económicos, produciendo informes periódicos sobre cada uno de los países miembros y funcionando como un foro para que dichos Estados discutan cuestiones de política económica, así como preocupaciones ambientales, agrícolas, de empleo y energéticas. Una de las publicaciones más importantes (y relevantes para el presente trabajo) son los "Lineamientos para Empresas Multinacionales" (OECD Guidelines for Multinational Entreprises), los mismos que establecen un código de conducta internacional convencional.

Promulgados (los lineamientos) en 1976, estos fueron una respuesta de la presencia de las empresas multinacionales como el MNE y los grupos de empresa internacional. La descentralización productiva conlleva a la división de subprocesos – como parte de la cadena de producción - a una escala internacional. Los modelos toyotistas y bridgetone terminaron por consolidar el efecto de las empresas sobrepasando las limitaciones territoriales de los países que los albergan y su soberanía.

Todo país tiene el derecho de establecer las condiciones en las cuales las empresas o MNEs operan dentro de su jurisdicción o territorio. Sin embargo, permanece el escenario internacional, que en buena parte se complementa con las normas de derecho internacional laboral (tratados OIT, convenios bilaterales o multilaterales con cláusulas laborales, entre otros), pero que no deja una regulación completa y detallada en la conducta que estas empresas o grupo de empresas deben mostrar. Es aquí donde los lineamientos entran a tallar.

Los lineamientos son recomendaciones de los gobiernos dirigidas a las empresas multinacionales que operan en sus territorios, un softlaw consensuado que opera internacionalmente dentro de los países socios y asociados. El objetivo de los lineamientos es garantizar que las actividades de esas empresas se desarrollen en armonía con las políticas públicas, fortaleciendo las bases de confianza mutua entre las empresas y las sociedades en las que desarrollan su actividad, contribuir a mejorar el clima para la inversión extranjera y potenciar el aporte de las empresas multinacionales al desarrollo sostenible[3].

De esta manera, los lineamientos enuncian principios y normas voluntarias para una conducta empresarial responsable compatible con las legislaciones aplicables y las normas reconocidas internacionalmente. Sin embargo, los países que se adhieren a las Directrices contraen el compromiso vinculante de implementarlas de acuerdo con la Decisión del Consejo relativa a las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Además, los temas que se abordan en las Directrices también pueden estar sujetos a leyes nacionales y a compromisos internacionales[4].

La primera obligación de las empresas es respetar

1. BLANPAIN, Roger and Michele, COLUCCI. "THE GLOBALIZATION OF LABOUR STANDARDS". En Bulletin of Comparative Labour Relations N° 52. Kluwer Law International. Países Bajos. 2004. Pag Nº 9.
2. Recuperado de: http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/92719.stm
3. Recuperado de: oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf
4. OCDE. "LINEAS DIRECTRICES DE LA OCDE PARA EMPRESA MULTINACIONALES. REVISIÓN 2011". OECD Publishing. 2013. Pág. 15

las leyes nacionales; por consiguiente, los lineamientos no sustituyen ninguna legislación o reglamento nacional ni deberán considerarse para prevalecer sobre ellos. El principal objetivo de los lineamientos es impartir prácticas recomendables para todas las empresas; en consecuencia, se espera que las empresas multinacionales y nacionales tengan la misma conducta en todos los casos en los que sean aplicables.

Los gobiernos que han suscrito los lineamientos implementarán y promoverán su uso, para lo cual establecerán Puntos Nacionales de Contacto (NCP) con la misión de promover el presente código de conducta y actuar como un foro de discusión para todos los asuntos relacionados con el mismo. Adicionalmente, los gobiernos adheridos participarán en los procedimientos adecuados de examen y consulta para las cuestiones relativas a los lineamientos.

Los lineamientos, en específico, contienen diversos capítulos "regulando" la conducta de las MNEs, de los cuales (a efectos del presente) nos centraremos en el capítulo de Empleo y Relaciones Industriales. Este capítulo se encuentra separado, a su vez, en párrafos dispuestos de la siguiente manera:

a. Libertad de asociación
b. Trabajo infantil
c. Trabajo forzoso
d. Igualdad de oportunidades y no discriminación
e. Negociación colectiva
f. Promover consultas y cooperación entre las empresas y los trabajadores
g. Seguridad y Salud en el Trabajo
h. Observancia de los Estándares de Trabajo
i. Capacitación del personal
j. Notificación razonable de cambios significativos
k. Acceso a toma de decisiones

Los lineamientos han sido revisados en el año 2011 (la 6ta revisión que se ha dado desde su emisión). En esta revisión, el capítulo de empleo se ha reforzado incluyendo los principios y estándares internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (ILO).

Por su parte, los puntos nacionales de contacto (NCP) pueden ser definidos como el órgano que maneja las consultas sobre los lineamientos, actuando como mediador e institución de resolución de conflictos para instancias específicas[1].

El NCP puede ser una oficina gubernamental o un grupo de trabajo interministerial responsable de fomentar el cumplimiento de las Directrices en un contexto nacional.

Los NCP tienen 4 actividades claves: [2]

a. Promoción e información: Emprender actividades de promoción para informar a las partes interesadas sobre los Lineamientos, pudiendo requerir de i) otros NCP; ii) la comunidad empresarial, la organización de empleados y otras ONG y iii) gobiernos de los países no adherentes[3].

b. Arreglos institucionales: De acuerdo con el objetivo de equivalencia funcional, los países adherentes tienen flexibilidad para organizar sus NCP, buscar el apoyo activo de interlocutores sociales, incluida la comunidad empresarial, etc.

c. Implementación en instancias específicas: El NCP contribuirá a la resolución de problemas que surjan relacionados con la implementación de las directrices en instancias específicas. Además de promover las Directrices, es trabajo de los NCP considerar las acusaciones de que el comportamiento de una empresa multinacional es incompatible con las Directrices. Cuando el NCP asume un caso, buscará mediar en un acuerdo entre las partes y, cuando esto no sea posible, examinará las acusaciones en detalle y determinará si la empresa multinacional ha actuado de manera incompatible con las Directrices[4].

d. Informes: Durante el transcurso del año,

1. Loc. Cit. BLANPAIN, Roger and Michele, COLUCCI. "THE GLOBALIZATION… Pág. 60
2. OECD – Implementation Procedures of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises - May 2011 review.
3. Loc. Cit. BLANPAIN, Roger and Michele, COLUCCI. "THE GLOBALIZATION… Pág. 60
4. United Kingdom Gov. "THE UK NATIONAL CONTACT POINT FOR THE OECD GUIDELINES FOR MULTINATIONAL ENTERPRISES". In the electronic resource: http://www.bis.gov.uk/nationalcontactpoint

el NCP informará periódicamente al Comité de Inversiones. Los puntos de contacto nacionales tienen un papel importante en la mejora del perfil y la eficacia de las Directrices. Si bien son las empresas las responsables de observar las Directrices en su comportamiento diario, son los gobiernos los que pueden contribuir a mejorar la eficacia de los procedimientos de implementación. Con este fin, han acordado que se justifica una mejor orientación para la conducta, incluso mediante reuniones anuales y la supervisión del Comité[5].

De esta manera, los NCP tienen la función, entre otras, de garantizar el cumplimiento de los lineamientos de la OCDE. Tal y como lo hemos señalado, una de las más importantes funciones es la resolución de problemas o conflictos laborales que surjan relacionados con la implementación de las directrices en instancias específicas.

3. EL IMPACTO DE LOS NCP Y LOS LINEAMIENTOS EN EL ESCENARIO LABORAL INTERNACIONAL

Hablar del impacto de los Lineamientos en el escenario laboral internacional implica una revisión de la efectividad de sus casos y el resultado de los mismos, qué tan eficaz es este método alternativo de solución de conflictos basado en el softlaw internacional.
Para ello, es necesario revisar los casos más importantes que han resuelto los NCP hasta el momento.

3.1 CASO UNILEVER – PAKISTÁN

Esta Instancia Específica comenzó el 27 de octubre de 2008, cuando el sindicato internacional "International Union of Food, Agricultural, Hotel, Restaurant, Catering, Tobacco and Allied Workers Associations" (IUF) presentó una queja al NCP del Reino Unido en nombre de una de sus afiliadas: la "Federación Nacional de Trabajadores de la Alimentación, Bebidas y Tabaco de Pakistán" y el "Comité de Acción para los Trabajadores Despedidos de Unilever - Fábrica Rahim Yar Khan"[6].

Cabe resaltar que este caso se abrió en el NCP del Reino Unido debido a que "Unilever Pakistán Ltd" es una empresa subsidiaria de la compañía registrada en el Reino Unido, "Unilever PLC". [7]

La base de la acusación presentada por la IUF fue que Unilever había rescindido los contratos de 292 empleados temporales que buscaban la condición de empleados permanentes, en un contexto de intimidación y con el objetivo directo de impedir la afiliación sindical. La UIF también alegó que los empleados fueron despedidos y reemplazados por trabajadores intermediados en términos y condiciones inferiores a las previas, haciendo que el empleo en la fábrica sea precario[8].
Las acusaciones de la IUF alegaban que existía una vulneración directa de los capítulos primero y cuarto de los Lineamientos (antes de la revisión del 2011)[9].

Por su parte, la defensa de Unilever señaló que la terminación de los contratos de trabajo se debió a una reestructuración organizacional de Unilever Pakistán para poder generar una eficiencia operacional y costos competitivos, siendo que no existe causalidad para señalar que se trate de una medida antisindical.

Adicionalmente, indicó que la decisión de contratar a la empresa de intermediación Rahim Yar Khan fue producto de la necesidad de apoyar a la comunidad local y que reconocían a la Federación de trabajadores de Unilever Pakistán para la negociación colectiva.

Este caso fue admitido para Instancia Específica y el 15 de diciembre de dicho año (2008) el Punto Nacional de Contacto del Reino Unido publicó su Evaluación Inicial y llamó a la conciliación entre las partes.

El 03 de marzo de 2009 se iniciaron las reuniones de conciliación, en este caso el NCP pidió el apoyo del "Advisory, Conciliation and Arbitration Service (ACAS)" para que se desempeña como mediador[10]. Cabe resaltar que en diciembre del 2008,

5. OECD Publishing. "THE OECD GUIDELINES FOR MULTINATIONAL ENTERPRISES". Paris - Francia. Junio 2008. Pág 56.
6. UK National Contact Point. "Final Statement on the Complaint from the International Union of Food, Agricultural, Hotel, Restaurant, Catering, Tobacco and Allied Workers' Associations against Unilever plc on Pakistan's Rahim Yar Khan factory" London – England. 2009. Par. 5
7. Idem
8. IBID Par. 7.
9. IBID Par. 6.
10. UK National Contact Point. "Final Statement on the Complaint from the International Union of Food, Agricultural, Hotel, Restaurant, Catering, Tobacco and Allied Workers' Associations against Unilever plc on Pakistan's Rahim Yar Khan factory" London

Se llevaron a cabo reuniones el 29 de abril, 26 de mayo y 24 de junio, fecha en la que las partes llegaron a un acuerdo y se emitió un Informe Final[1].

El presente acuerdo determina que Unilever establecerá 120 puestos permanentes de trabajo en la Fábrica Rahim Yar Kahn. Además, los trabajadores tendrán una beca de estudios técnicos equivalente al monto del sueldo anual[2]. Para los trabajadores despedidos en octubre 2007, la compañía pagará adicionalmente 50,000 Rupias condicionadas al desistimiento de los procesos judiciales iniciados con motivo del despido[3].

De esta manera, es importante observar el efecto del presente procedimiento en el punto nacional de contacto, el mismo que si consideramos la fecha de presentación del pedido de instancia específica (27 de octubre de 2008) hasta su resolución (24 de junio de 2009), son solamente ocho meses para poder obtener un resultado, sin descontar los dos meses de suspensión que requirieron.

3.2 CASO G-STAR – NCP PAÍSES BAJOS

La empresa Jeans Knit Pvt. Ltd. (JKPL) - Bangalore - es una compañía que tiene como principal accionista a la empresa Fibre & Fabrics International (FFI). Su proceso productivo está dividido en 5 unidades, tres de ellas son efectuadas directamente por FFI, y las otras dos por JKPL[4].

Los trabajadores de la unidad de lavado señalaban que sufrían de abusos y hostilidad de parte de sus supervisores; un promedio de 100 trabajadores eran reportados enfermos de manera mensual[5].

En febrero y marzo de 2006, el sindicato "Garment and Textile Workers Union" (GATWU) intentó concretar el trato directo con la empresa, pero no recibió ninguna respuesta[6]. Por ello, GATWU acudió a organizaciones de derechos humanos y activistas sociales. Las ONGs "Civil Initiatives for Development and Peace", "Clean Clothes Campaign International Secretariat", "Indian Committee of the Netherlands" y "Schone Kleren Campgne", junto con la GATWU, presentaron su pedido de instancia específica en la NCP de Países Bajos[7].

Esta es una medida muy importante en el desarrollo de los Lineamientos, puesto que la misma no se dio en India, sino en Países Bajos, en vista de que involucró directamente a la empresa G-Star (empresa de ropa y accesorios deportivos). La razón es que esta tenía relación contractual directa con la FFI y JKPL, al ser ambas sus proveedoras.

La acusación se basó en la violación de la libertad de asociación, negociación colectiva, pago menor al mínimo vital, discriminación, abusos y hostigamiento laboral, trabajo en sobretiempo e incumplimiento en temas de seguridad y salud en el trabajo[8].

La instancia específica se inició el mes de noviembre de 2006, en el cual el NCP de Países Bajos estableció que existía un vínculo entre la empresa holandesa (G-Star) y las empresas indias[9]. G-Star rechazó el presente e, inicialmente, se negó a participar. En junio de 2007, el NCP organizó una primera reunión informal con todas las partes, incluida G-Star[10].

Durante dicho tiempo, es importante resaltar que algunos tribunales indios habían aceptado las denuncias por difamación contra las ONGs antes mencionadas. En febrero de 2007, un juzgado civil de Bangalore estableció una orden de restricción a 5 organizaciones laborales indias[11].

La NCP requirió el apoyo del gobierno en el presente caso, por lo que el Ministro de Economía

1. IBID. Par 13.
2. "Agreement between Unilever and the International Union of Food, Agricultural, Hotel, Restaurant, Catering, Tobacco and Allied Workers' Associations (IUF) relating to Rahim Yar Khan Factory, Pakistan." London – England. 2009. Par. 1 and 2.
3. IBID. Par. 8 and 9
4. DUTCH NCP. "Fact Finding Report of Violation of the Rights of Workers at Washing Unit of Fibre & Fabrics International Pvt. Ltd. (FFI), Peenya Industrial Area, Bangalore. 2006. Page 1
5. IBID. Page 2
6. Idem.
7. Recuperado de: http://oecdwatch.org/cases/Case_109/view?set_language=en
8. Idem
9. Idem.
10. Idem.
11. Idem.

de Países Bajos designó al ex primer ministro holandes Ruud Lubbers como mediador del conflicto.

En enero de 2008, se alcanzó un acuerdo entre las partes, logrando que se estableciera un "Ombudsman" para resolver todo conflicto laboral que pudiera darse en FFI y JKPL. De esta manera, se señaló para este cargo a V.S. Mali Math, ex jefe de Justicia de las cortes superiores de Karnataka y Kerala y ex miembro de la comisión nacional india de derechos humanos. El ombudsman, además de resolver los conflictos laborales internamente, reportará regularmente sobre los casos.

Por su parte, los trabajadores aceptaron desistir de los procesos judiciales laborales iniciados y buscar la solución de los conflictos directamente con el ombudsman[12].

Este caso es emblemático porque rompe toda restricción; al no encontrar una solución en India, se pudo llevar el conflicto contra uno de sus principales clientes internacionales. Dicho punto nacional de contacto logró obtener una mediación exitosa debido a la trascendencia del mediador designado, un ex primer ministro, llegando a una solución novedosa, una suerte de etapa jurisdiccional interna.

Debido a las limitaciones de extensión de este trabajo, se me complica dar mayores detalles de otros casos emblemáticos que han sido resueltos por los NCP de distintos países. Sin perjuicio de ello y en modo breve, quisiera resaltar importantes casos de éxito como:

a. Caso G4S en el NCP de Reino Unido (2006-2008): En este caso se revisó los reclamos de pago por trabajo en sobretiempo y en días feriados. Además, se señalaba que no se le brindaba licencias o permiso para temas médicos. En este caso se logró una mediación satisfactoria en marzo del 2008.
b. Caso First Quantum Mining en el NCP de Canadá (2001): Este caso fue promovido e iniciado por Oxfam Canadá, versando sobre las condiciones de trabajo y las comunidades indígenas en las zonas mineras de First Quantum en el país de Zambia. En este caso sí se llegó a un acuerdo.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tal y como se ha podido evidenciar en el presente trabajo, los lineamientos de la OECD establecen una solución alternativa pragmática y no limitada a la soberanía o territorio de un estado específico.

En los últimos años se pueden observar distintos casos de éxito, en donde se constata la rapidez de resolución (en comparación a un proceso judicial), así como las soluciones alternativas y novedosas (como la asignación de un ombudsman interno). También se percibe el involucramiento de los clientes de las empresas acusadas como mecanismo de fomento del diálogo y de la propia sociedad civil (como organizaciones no gubernamentales o ex jefes de estado), entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

"Agreement Between Unilever And The International Union Of Food, Agricultural, Hotel, Restaurant, Catering, Tobacco And Allied Workers' Associations (Iuf) Relating To Rahim Yar Khan Factory, Pakistan." London – England. 2009.

Blanpain, Roger And Michele, Colucci. "The Globalization Of Labour Standards". En Bulletin Of Comparative Labour Relations N° 52. Kluwer Law International. Países Bajos. 2004.

BLANPAIN, Roger and Michele, COLUCCI. "THE GLOBALIZATION.

OECD – Implementation Procedures of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises - May 2011 review.

Dutch Ncp. "Fact Finding Report Of Violation Of The Rights Of Workers At Washing Unit Of Fibre & Fabrics International Pvt. Ltd. (Ffi), Peenya Industrial Area, Bangalore. 2006.

Ocde. "Líneas Directrices De La Ocde Para Empresa Multinacionales. Revisión 2011". Oecd Publishing. 2013.

OECD – Implementation Procedures of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises - May 2011 review.

12. Recuperado de: http://oecdwatch.org/cases/Case_109/view?set_language=en

OECD Publishing. "THE OECD GUIDELINES FOR MULTINATIONAL ENTERPRISES". Paris - Francia. Junio 2008.

United Kingdom Gov. "THE UK NATIONAL CONTACT POINT FOR THE OECD GUIDELINES FOR MULTINATIONAL ENTERPRISES". In the electronic resource: http://www.bis.gov.uk/nationalcontactpoint

Uk National Contact Point. "Final Statement On The Complaint From The International Union Of Food, Agricultural, Hotel, Restaurant, Catering, Tobacco And Allied Workers' Associations Against Unilever Plc On Pakistan's Rahim Yar Khan Factory" London – England. 2009.



APUNTES SOBRE LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES

Erick Cuba Meneses

ERICK CUBA MENESES

Abogado y Magíster en Derecho con mención en Derecho de la Empresa por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con estudios del Máster Level Degree en Derecho Administrativo por la Universidad Paris 2 - Pantheon Assas (Francia) y de la Maestría en Regulación de Servicios Públicos y Gestión de Infraestructuras en la Universidad del Pacífico. Profesor de Derecho Administrativo en el Programa de Especialización en Derecho Administrativo de la Escuela de Postgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Miembro de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación – ASIER y de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo – APDA. Árbitro y Consultor en Derecho Administrativo, Contratación Pública, Gestión Pública, Regulación y Arbitraje.

Adaptación de Orden Societario en Tiempos de COVID-19: Las Juntas Generales y Asambleas Virtuales

RESUMEN:

Es usual la lectura de que los árbitros carecen de coertio, pese a que constitucionalmente el arbitraje es reconocido como jurisdicción. En este trabajo, el autor expone los detalles de la ejecución de laudos arbitrales en sede judicial y en sede arbitral haciendo énfasis en las relaciones entre los árbitros ejecutores y los jueces que llevarán adelante el auxilio judicial sin requerir el inicio de otro proceso.

I. INTRODUCCIÓN:

USO DE LA COERTIO POR LOS ÁRBITROS Y MONOPOLIO DE LA FUERZA POR EL ESTADO:

De acuerdo a doctrina autorizada, existe una contradicción en la Constitución Política de 1993 en cuanto adopta la tesis jurisdiccional del arbitraje, pero no le otorga el poder de coerción como jurisdicción estatal[1], lo que hace juego con la idea de que los árbitros, al no ser identificados como jueces del Estado carecen, por ello, de coertio jurisdiccional.

Históricamente, los mecanismos de solución de controversias privados basados en la competencia de un tercero otorgada por pacto entre individuos, surge antes que el monopolio de la justicia por el Estado. Este monopolio, de formación progresiva, se configuró gracias a la relevancia que la solución de controversias representa para la sociedad y la consecuente necesidad de control de este tópico por el

1. Arrarte Arisnabarreta, A. M. (2003). Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficacia a propósito de la intervención judicial. IUS ET VERITAS, 13(27), 23-36. Recuperado a partir de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16260; p. 25; Bullard González, Alfredo. (2011). Artículo 67. Ejecución arbitral. En Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, Carlos Soto Coáguila & Alfredo Bullard González (Dir.), Instituto Peruano de Arbitraje - IPA, 744-763; p. 745.

poder político territorialmente organizado[2].

Los terceros privados (árbitros) tenían la potestad de hacer cumplir sus decisiones, siempre que ella hubiera derivado de una voluntad común previa. Fue así como en la época imperial romana y especialmente en el periodo de Justiniano se establecieron penas y sanciones para las partes que no quisieran cumplir con las obligaciones ordenadas por del árbitro[3].
No fue sino hasta la década de 1920 en Estados Unidos que se empezó a dictar una serie de normativas para la revisión y ejecución judicial de laudos arbitrales. Previamente a ello, el mismo mecanismo tenía sus técnicas para asegurar el cumplimiento de lo decidido por los árbitros y muchas veces el gremio de comercio o el mercado imponía presión al cumplimiento[4].

Es así que en Derecho contemporáneo se requiere de una intervención complementaria entre la jurisdicción arbitral y la judicial[5].
Ello hace despertar la duda por el término del arbitraje, esto es, cuándo, en qué o con qué acto específico culminan las competencias de los árbitros. El arbitraje se agota con la emisión del laudo, sustenta en comentarios de Fazzalari y de Caivano, aunque cabe afirmar que se extiende hasta la emisión de la resolución que resuelve la solicitud de rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo[6]. A falta de disposición legal expresa y/o mandatoria del alcance de la jurisdicción de los árbitros, debe regirse por lo que disponga la voluntad de las partes[7].

II. VÍAS DE EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

1. EJECUCIÓN JUDICIAL

La ejecución de laudos arbitrales en sede judicial se rige, principalmente, por las reglas establecidas en el artículo 68 del Decreto Legislativo 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje) y por las reglas del proceso único de ejecución regulado en el Título V del Código Procesal Civil (en adelante, CPC).
En ese sentido, debemos señalar que todo laudo arbitral produce efectos de cosa juzgada conforme al art. 59.2 de la Ley de Arbitraje y que todo laudo arbitral de condena[8], constituye un título ejecutivo de naturaleza extrajudicial , conforme al art. 68.1 de la Ley de Arbitraje y el art. 688.2 del CPC.
La eficacia del laudo y su virtual ejecutividad permanecen incluso cuando la parte interesada o perdedora hubiese interpuesto recurso de anulación, a menos que medie solicitud de suspensión y está ¨ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la demora en la ejecución¨[9]. Esta suspensión se levantará al desestimarse el recurso de anulación y el ejecutante estará habilitado para solicitar daños y perjuicios por la demora provocada por las acciones del virtual ejecutado[10].

A. COMPETENCIA PARA LA EJECUCIÓN

Conforme al art. 8.3 de la Ley de Arbitraje, la competencia para la ejecución forzosa de los laudos arbitrales recae en el juez de la subespecialidad comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil. Por ello, jamás podrán ser competentes un juez de paz o de paz letrado: el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia. Prestemos atención a que el citado dispositivo no discurre sobre el lugar de emisión del laudo, sino del lugar de arbitraje o donde el laudo produce su eficacia. En el Derecho Arbitral, se tiene muy presente que el lugar o sede del arbitraje no coincide necesariamente con el lugar en el donde se llevan adelante las actuaciones arbitrales. Es decir, cuando la Ley de Arbitraje, a los fines de la ejecución del laudo, refiere al lugar del arbitraje no se refiere a un lugar físico, sino jurídico: siendo el lugar en cual las partes hubieran pactado[11]. Al ser una regla de competencia territorial no es apreciable de oficio.

2. Arrarte Arisnabarreta, A. M. (2003). Op. cit., p. 24-25.
3. Ibídem.
4. Bullard González, Alfredo. (2011). Op. cit., p. 745.
5. Arrarte Arisnabarreta, A. M. (2003). Op. cit., p. 24-25.
6. Ibídem.
7. Ibídem, p. 26.
8. Chipana Catalán, Jhoel. Comentarios a la Ley de Arbitraje (Vol. 2). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 1042; Vergel, Alessandro. (2017). Problemática de la ejecución de laudo en sede arbitral: entre las limitaciones normativas y su desarrollo práctico. Diálogo con la Jurisprudencia (221) pp. 123-134; p. 124.
9. Vidal Ramos, Roger. (2017). Alcances de la ejecución del laudo arbitral. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (11), 84-98; p. 88.
10. Ibídem.
11. Artículo 35 del Decreto Legislativo 1071, que regula el arbitraje. - Lugar del arbitraje.

regla procesal especial deroga a la contenida en el art. 690-B CPC[1].

B. OPOSICIÓN DEL EJECUTADO

En cuanto a la contradicción (oposición) del ejecutado, subsiste una aparente contradicción y es aparente porque en materia de títulos no hay sustancias o naturalezas que deban guardar coherencia con la regulación. El legislador simplemente denomina título ejecutivo a cualquier documento que represente o contenga un derecho de crédito que aquel valore por encima de otros y le otorga al titular del crédito, tutela ejecutiva expeditiva.

El art. 690-D CPC define el alcance de la oposición del ejecutado según se ejecute un título judicial o extrajudicial. En el primer caso, el ejecutado solo puede oponer el cumplimiento de la obligación o la extinción de la misma que se acredite con prueba instrumental, es decir, solo puede deducir hechos extintivos, no impeditivos o modificativos y el plazo para la oposición es de tres días. En el segundo, el ejecutado puede oponer la inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título, la nulidad formal o falsedad del título y la extinción de la obligación cuya duración es de cinco días.

Por su parte, el art. 68.3 de la Ley de Arbitraje establece ¨la parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución¨ y dentro de un plazo de cinco días. Es decir, enumera causales que el CPC atribuye a títulos judiciales y otorga un plazo que le correspondería a títulos extrajudiciales. Por tanto, prevalece la regulación especial.

C. PRESUPUESTOS PARA LA EJECUCIÓN

Conforme al art. 689 CPC ¨procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible. Cuando la obligación es de dar suma de dinero, debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética¨. Entonces, para que un laudo como título extrajudicial sea ejecutable, en principio, debería contener una obligación cierta, expresa, exigible y líquida o liquidable. Sin embargo, de acuerdo al art. 66.1 de la Ley de Arbitraje, el recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable.

Con lo cual no es necesario que el laudo sea firme para poder iniciar un proceso de ejecución del laudo. Tampoco es necesario que el laudo contenga una obligación líquida ni que, incluso, el laudo sea fidedigno o de causales no consideradas en la lista de causas de oposición del art. 68.3 de la Ley de Arbitraje. Recordemos que el ejecutado solo puede oponerse si ha cumplido la obligación o se suspendió la ejecución, no si la obligación es ilíquida o si el laudo es falso. Lo primero trae serios inconvenientes porque es común que los árbitros deleguen en las partes el cálculo de los intereses a ser pagados por estas[2], tratándose de obligaciones dinerarias, lo que en otros términos implica la posibilidad de ejecutar obligaciones ilíquidas. Lo segundo igualmente trae problemas porque coloca al ejecutado en una posición donde no puede cuestionar siquiera la falsedad del laudo.

2. EJECUCIÓN POR ÁRBITROS

Aun cuando los árbitros no ostenten coertio, las partes pueden acordar que los árbitros tengan la potestad de emitir mandatos u órdenes para el cumplimiento de una decisión oficiando al Poder Judicial, sin el necesario requerimiento de un nuevo arbitraje[3].

La ex Ley General de Arbitraje al igual que la Ley de arbitraje actual prescribía que las partes podían pactar que los árbitros tuvieran la potestad de oficiar al Poder Judicial el cumplimiento de un mandato de ejecución en contra de la parte renuente, en cuyo caso no será necesario el inicio de un proceso judicial[4]. La regulación vigente aclara el panorama anterior a ella y establece que los árbitros son competentes para proceder a la ejecución de sus decisiones hasta el punto en que deban recurrir a la fuerza pública, escenario en donde deberán acudir al Poder Judicial para proceder con el ejercicio de la executio, sin necesidad de iniciar todo un proceso de ejecución[5].

1. Artículo 690-B del Código Procesal Civil. - Competencia
2. Asocación Pro Iure. [JahoTV]. (23 de noviembre de 2012). Eugenia Ariano Deho - Problemática en la Ejecución del Laudo Arbitral - Pro Iure. https://www.youtube.com/watch?v=Wlg212H3JTQ&t=2521s; Bullard González, Alfredo. (2011). Op. cit.
3. Arrarte Arisnabarreta, A. M. (2003). Op. cit., p. 34.
4. Ibídem, pp. 33-34.
5. Vergel, Alessandro. (2017). Op. cit., p. 124.

Hoy se tiene, además, muy en claro la posibilidad de pactar arbitrajes en los que los árbitros tengan exclusiva o principalmente competencia para ejecutar, por ejemplo, las garantías o títulos valores. Por ello, debe diferenciarse entre dichos arbitrajes y aquellos en que se pacta la ejecución del laudo[6].

Esa fase de ejecución, aun en sede judicial, al momento de emitir el mandato de ejecución de orden dictada por el árbitro, no implica una revisión de lo actuado, decidido ni sobre los fundamentos y las alegaciones de las partes, así como tampoco sobre la actividad probatoria[7].

Antes de culminar con esta sección, debemos destacar que a los jueces a quienes se le solicita auxilio judicial no pueden entrar a tallar sobre los hechos y el valor de las pruebas que fundamentan la decisión arbitral contenida en el laudo, salvo ostensibles y evidentes violaciones al orden público o arbitramento sobre materias indisponibles[8].

A. TIPOS O CLASES DE EJECUCIÓN POR ÁRBITROS

1. Ejecución por el mismo tribunal que dicta el laudo. En este caso, el ejecutor es el mismo árbitro o tribunal que dicta el laudo.

2. Arbitraje de ejecución. En este caso, estamos frente a un arbitraje especialmente destinado a la ejecución del laudo. Pueden encontrarse distintos escenarios., entre ellos, el nombramiento de árbitros especializados en ejecución que harán efectiva la decisión de otros árbitros, la creación de un tribunal destinado a ejecución por parte de la institución administradora y el nombramiento de un tribunal arbitral que se aboque a la ejecución sin ninguna competencia para entrar al fondo de la controversia decidida en el laudo.

El autor ahonda en el poco uso de esta figura y concluye que el motivo de su ineficacia es por tiempo que tomaría designar árbitros y el riesgo de que el virtual ejecutado oculte sus bienes una vez notificado con la solicitud de arbitraje que no impediría su obstaculización en las actuaciones con recusaciones y oposiciones. En tal sentido, el autor recomienda que el arbitraje de ejecución se estructure como un arbitraje institucional con un procedimiento espacialmente estructurado para la eficacia de la ejecución, el cual incluye reglas expeditivas de recusación y en el que la institución designe directamente al árbitro único.

En sentido contrario, Vergel, A. (2017) afirma que la Ley de Arbitraje ha otorgado a las partes la libertad de pactar al tribunal competente desde el inicio, pero no para designar a otro tribunal encargado de la ejecución de un laudo dictado por el primero. Así pues, podemos desligar en la lectura un sustento en la eficiencia de que el mismo tribunal que dicta el laudo sea quien lleve a cabo la ejecución. Para sostener su postura el autor alega tres razones. La primera alegación es que la Ley de Arbitraje (cuya función es trasladar el contenido de la Ley Modelo Uncitral) no regula o incorpora un proceso arbitral de ejecución […], en el cual un árbitro, sin un previo proceso de cognición, pueda administrar un proceso en el cual se ejecute una determinada obligación en virtud de un título ejecutivo. Igualmente, la existencia de un proceso de ejecución no precedida de cognición por el mismo juzgador refiere a que la normativa global sobre arbitraje ha sido pensada para resolver controversias con ventajas tales como la especialidad, la celeridad o la confidencialidad y no así para ejecutar obligaciones. Siendo para el autor que los procesos arbitrales solo estarían concebidos por el derecho positivo como procesos de cognición, mas no como de ejecución[9]. .

B. LÍMITES DE LA EJECUCIÓN ARBITRAL

Hay dos límites a la ejecución por los árbitros: el uso de la coertio y las afectaciones a terceros respecto del convenio arbitral durante la fase de ejecución[10]. En el primer caso, el árbitro deberá remitir los actuados al Poder Judicial. En el segundo, dado que es un aspecto que atañe al alcance subjetivo del convenio y, por tanto, a su competencia, el árbitro deberá declararse incompetente para pronunciarse sobre derechos de terceros, salvo aplicación del art. 14 de la Ley de Arbitraje[11].

Los árbitros pueden dimitir de manera discrecional su facultad para ejecutar si se considera necesario el uso de la fuerza pública. En este caso,

6. Bullard González, Alfredo. (2011). Op. cit., p. 753; Vergel, Alessandro. (2017). Op. cit., p. 124.
7. Arrarte Arisnabarreta, A. M. (2003). Op. cit., p. 34.
8. Ibídem.
9. Ibídem, p. 28
10. Bullard González, Alfredo. (2011). Op. cit.; pp. 748-749.
11. Ibídem.

la ejecución del laudo. En cuanto a los honorarios recibidos por adelantado por el árbitro que dimite de su facultad de ejecución, estos solo deberían ser devueltos en una cantidad proporcional a lo entregado-. De lo contrario, si no es razonable la ejecución continúa en la vía judicial[1]. Sin embargo, no todos los casos en que se requiera la fuerza pública implicarán una dimisión de la facultad del árbitro, puesto que este puede requerir el auxilio judicial para una determinada actividad de ejecución y continuar con la fase o el arbitraje de ejecución[2].

C. PACTO DE EJECUCIÓN

Para que los árbitros puedan proceder a la ejecución se requiere del pacto entre las partes para conferir al árbitro la potestad de ejecutar sus decisiones. También debe atenderse al reglamento pactado por las partes que se considera integrado al convenio, si este dispone la potestad de ejecutar laudos a cargo de los árbitros. Esta potestad es salvo la discreción del árbitro determine que se requiere de la fuerza pública para ejecutar su decisión[3].

El pacto de ejecución puede constar en la misma cláusula arbitral que indica la relación jurídica en materia de arbitraje y además, la voluntad de otorgarle potestad para ejecutar a los árbitros debe ser expresa y clara. También puede constar en un documento distinto o posterior al que contiene el convenio arbitral. En estos dos casos, el pacto de ejecución es parte de un convenio arbitral o es un convenio arbitral en sí mismo. Si una parte solicita la ejecución del laudo y no media oposición de la otra, se entiende esto último como una aceptación y tendría los mismos efectos que el intercambio de una demanda y una contestación, de acuerdo al art. 13.5 de la Ley de Arbitraje.

Existen limitaciones objetivas y subjetivas al objeto de la actividad ejecutiva de los árbitros. En cuanto a las primeras, solo se ejecuta lo prescrito por la voluntad común de las partes. Respecto a las segundas, puede crearse interferencias debido a la existencia de terceros. El convenio arbitral, en tanto contrato, es vinculante solo a las partes, por lo que cualquier ejecución que afecte derechos o intereses de terceros les legitima a interferir en el arbitraje para detener la ejecución del laudo. En sentido contrario, las partes están legitimadas para oponerse a la ejecución iniciada por un tercero con ocasión del conflicto resuelto en el laudo. Ambas observaciones se fundamentan en los principios de pacta sunt servanda, protegido por principios como el de inevitabilidad del arbitraje, separabilidad del convenio y el de kompetenz-kompetenz[4]. Con lo cual, habría una doble función del principio de relatividad de los contratos en el sentido de que este produce efectos entre las partes, pero también, en referencia al convenio arbitral, permite ejecutar afectando derechos de aquellas únicamente.

III. EJECUCIÓN PARCIAL DE LAUDOS

Por último, agregamos que es posible ejecutar una parte del laudo, ello dependerá del objeto de un eventual recurso de anulación, es decir, de la calidad de los vicios a que este apunte. Si se trata de materia no sometida a arbitraje o no arbitrable, es posible que tal vicio se ubique en una parte del laudo y no en su totalidad[5].

IV. CONCLUSIONES

Históricamente, la idea de un tercero que dirime y resuelve un conflicto entre particulares preexiste al Estado y, por tanto, a la jurisdicción. Antes del monopolio de la fuerza y de la función/potestad de resolver conflictos por el Estado, las asociaciones gremiales medievales y hasta la regulación justinianea regulaban la capacidad de imponer sanciones ante el incumplimiento de las obligaciones dispuestas por el árbitro. Aunque no siempre eranecesario recurrir a las sanciones, puesto que, el impacto reputacional en el mercado jugaba un papel importante.

1. Ibídem, p. 761.
2 Ibídem.
3. Bullard González, Alfredo. (2011). Op. cit., p. 747.
4. Ibídem, p. 757; En la misma línea, SABROSO MINAYA, Rita. (2012). La oposición por parte de terceros a la ejecución judicial de un laudo arbitral. Diálogo con la Jurisprudencia, (161), p. 33.
5. Arrarte Arisnabarreta, A. M. (2003). Op. cit., p. 34.

BIBLIOGRAFÍA

Arrarte, A. (2003). Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficacia a propósito de la intervención judicial. IUS ET VERITAS, 13(27), 23-36.
Recuperado de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16260

JahoTV. (23 de noviembre de 2012). Eugenia Ariano Deho - Problemática en la Ejecución del Laudo Arbitral - Pro Iure. [Archivo de video]. Recuperado de
https://www.youtube.com/watch?v=Wlg212H-3JTQ&t=2521s

Bullard, A. (2011). Artículo 67. Ejecución arbitral. En C. Soto & A. Bullard (Cord.), Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje (pp. 744 – 763). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones – IPA

Vergel, A. (2017). Problemática de la ejecución de laudo en sede arbitral: entre las limitaciones normativas y su desarrollo práctico. Diálogo con la Jurisprudencia, 22 (221), 123-134

Entrevistas





Entrevistas



Entrevista a : ALFREDO F. SORIA AGUILAR

Profesor en las facultades de derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), y Universidad del Pacífico (UP).
Árbitro integrante del Registro de Árbitros del Centro de Arbitraje de la PUCP, Cámara de Comercio de Lima y de la Nómina de Árbitros del OSCE.

EL IMPACTO DEL COVID-19 EN CONTRATO CIVILES Y COMERCIALES

1. ¿Considera usted que el Código Civil Peruano cuenta con las soluciones contractuales necesarias para hacer frente a los problemas generados por el COVID-19?

El Código Civil Peruano está pensado para un escenario de normalidad y no para afrontar este tipo de situaciones que incluyeron restricciones impuestas por normas de obligatorio cumplimiento y otras restricciones sanitarias que fueron aplicadas a nivel mundial. Si bien el Código Civil Peruano contiene figuras que pueden resultar aplicables para situaciones excepcionales, desde mi perspectiva, ninguna de ellas brinda una respuesta efectiva para una situación donde los contratos – o casi la mayoría de los mismos – han tenido que afrontar una serie de dificultades para su cumplimiento.

Si bien los operadores jurídicos han tratado de encontrar diversas soluciones aplicando algunas figuras específicas del Código Civil, la realidad ha demostrado que las respuestas que puede brindar dicho cuerpo normativo son limitadas y no necesariamente orientadas a la mejor solución ante los distintos retos y problemas en la ejecución contractual, originados por esta circunstancia extremadamente excepcional.

2. ¿En qué situaciones contractuales usted considera al COVID-19 como un evento de fuerza mayor?

En primer lugar, resulta necesario distinguir entre dos supuestos que pueden ser materia de análisis: la pandemia del COVID-19 y el aislamiento social obligatorio.

Respecto de la pandemia – en efecto, ha implicado eventualmente un obstáculo para el cumplimiento de algunas prestaciones contractuales – y cabría analizar si se trata de una circunstancia que pueda catalogarse como caso fortuito o fuerza mayor. Para dichos efectos, corresponde analizar si dicho evento cumple con las tres características establecidas en el artículo 1315 de nuestro Código Civil, es decir, si se trata de un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, lo cual se cumple en el supuesto de la pandemia, no obstante, además, en cada caso concreto, también debe verificarse si dicho evento impidió o afectó el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

No todas prestaciones fueron afectadas por la pandemia. Por ejemplo, quien tenía que cumplir con el pago de una obligación de dar suma de dinero podía cumplir dicha prestación utilizando aplicativos o la banca por internet, ya existente en las diversas empresas del sistema financiero. No basta simplemente con calificar a la pandemia del COVID 19 como un evento extraordinario, imprevisible e irresistible para considerarla automáticamente como un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, sino que adicionalmente, resulta indispensable que dicho evento haya impedido la ejecución de la prestación o haya determinado su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, como lo exige expresamente el artículo 1315 del Código Civil.

Únicamente cuando dicho evento haya afectado el cumplimiento de la prestación y cumpla con ser extraordinario, imprevisible e irresistible, podrá catalogarse como caso fortuito o fuerza mayor. Por ende, es innegable la relevancia del análisis de la incidencia del evento en el cumplimiento de la prestación.

Asimismo, respecto del aislamiento social obligatorio, ordenado mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y sus respectivas prórrogas, puede afirmarse que cumple con constituir un evento extraordinario, imprevisible e irresistible. Sin embargo, no resultaron aplicables para algunas actividades como la adquisición, producción y comercialización de alimentos o de productos farmacéuticos, o la prestación de servicios esenciales (agua, electricidad, combustible, limpieza, telecomunicaciones, entre otros). Dichas actividades, dado que estaban permitidas, podían continuar prestándose pese a las normas de aislamiento social obligatorio.
Por ende, no basta simplemente que exista el evento extraordinario, imprevisible e irresistible, sino que resulta indispensable que dicho evento haya impedido el cumplimiento o que haya motivado la ejecución parcial, tardía o defectuosa de la prestación.

3. Y por otro lado nuestro Código Civil regula la figura de excesiva onerosidad, la cual faculta a una de las partes perjudicadas a solicitar al juez la revisión del contrato ante un hecho extraordinario e imprevisible que deviene en excesiva onerosidad de la prestación a su cargo, para que la reduzca o aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad y se restablezca el equilibrio contractual. ¿Usted considera que esta figura se debería aplicar en situaciones donde los contratos se han visto afectados por el COVID-19 y la posterior cuarentena?

La excesiva onerosidad de la prestación es un supuesto de alteración de las circunstancias excepcional. No basta un simple cambio de las circunstancias para que resulte aplicable, ni basta una dificultad o diferencia entre las prestaciones para que resulte aplicable.

El contrato es un asignador de riesgos. Si las partes deciden diferir sus prestaciones, asumen los riesgos de dicha decisión. En nuestro país, salvo pacto en contrario, las partes no asumen una deuda de valor, es decir, no asumen obligaciones que deban actualizarse ante el cambio de circunstancias. Así, por ejemplo, el artículo 1234 del Código Civil establece que "El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado".

En síntesis, lo pactado es obligatorio para las partes. Si las partes pactaron un monto, el mismo se respeta hasta el momento del cumplimiento. No obstante, nuestra legislación admite que, en supuestos excepcionales, cuando con posterioridad a la celebración del contrato, surge un evento extraordinario e imprevisible que implique que las prestaciones se conviertan en excesivamente onerosas, cabe la posibilidad de aplicar la figura de la excesiva onerosidad de la prestación.

La pandemia del COVID 19 puede ser considerada como un acontecimiento extraordinario e imprevisible, sin embargo, adicionalmente resultará necesario analizar si la prestación ha llegado a convertirse en excesivamente por tal circunstancia para que resulte aplicable la excesiva onerosidad de la prestación prevista en el artículo 1440 del Código Civil.

La excesiva onerosidad de la prestación permite solicitar al juez o al árbitro, la reducción o aumento de la contraprestación - inclusive la resolución del contrato- pero únicamente en el supuesto que la prestación llegue a ser excesivamente onerosa. Esto último es muy relevante, no basta que la prestación sea más onerosa, sino que llegue a ser excesivamente onerosa. No aplica ante una simple variación entre las prestaciones, aunque pueda considerarse como importante o significativa. La figura de la excesiva onerosidad de la prestación surgió como un supuesto excepcional para escenarios en los que la prestación llega a ser extremadamente onerosa, es decir, cuando existe un desequilibrio enorme entre las prestaciones, no un simple desequilibrio entre estas.

La norma no establece un porcentaje a partir del cual se pueda considerar que existe una excesiva onerosidad de la prestación. Son los jueces – o los tribunales arbitrales – quienes, en el caso concreto, tendrán que determinar si resulta aplicable o no dicha figura. Por cierto, en nuestro país, los Tribunales no suelen declarar fundadas las pretensiones de excesiva onerosidad de la prestación, pues es considerada una figura de aplicación sumamente excepcional.

En el caso concreto de esta pandemia no ha habido un cambio en la economía, han existido dificultades en los cumplimientos contractuales, pero ello no implica, necesariamente, que la prestación haya llegado a ser excesivamente onerosa.

4. ¿Cuál es su opinión respecto al Proyecto de Ley N.° 5004/2020-CR, el cual faculta a los arrendatarios a suspender el pago de la renta, los intereses legales y aplicación de penalidades, eventualmente, siempre y cuando sean arrendatarios en situación de vulnerabilidad económica ¿Qué otra solución usted propondría para no perjudicar al arrendador ni al arrendatario? Aunque pueda existir la mejor intención en quienes presentaron dicho proyecto, lo cierto es que dicha propuesta solamente abarca una parte del problema.

El proyecto centra su atención en los arrendatarios que no tienen las posibilidades de hacer frente a sus obligaciones y que se encuentran en una situación de vulnerabilidad económica. Sin embargo, el proyecto

olvida a los arrendadores. Hay muchas personas que viven de las rentas que perciben de los contratos de arrendamiento y no me refiero a las grandes empresas, sino a los jubilados o aquellas familias cuyo principal sustento son los alquileres que perciben de sus arrendatarios. Muchos de los jubilados o familias que viven de sus rentas, también pueden encontrarse en situación de vulnerabilidad. Si sus arrendatarios no pagan, no tendrán sustento.

Considero que, pese a las buenas intenciones de quienes realizaron la propuesta legislativa, debe realizarse una propuesta más técnica. La norma no solamente debe enfocarse en una de las partes del contrato de arrendamiento.

En otros países se han aplicado medidas gubernamentales que tienen en cuenta la situación de ambas partes contractuales. Sin desamparar a ninguna de ellas.

Sin duda se trata de un tema altamente complejo, que requiere un análisis no solamente legal sino multidisciplinario. En otros términos, es necesario analizar de manera técnica un tema tan sensible como el presentado, pues la propuesta normativa en cuestión puede generar más daño que beneficio.

5. Bajo esta premisa ¿qué acciones debe desempeñar el sector público para mitigar los efectos del estado de emergencia y la inmovilización social en el ámbito contractual?

Si bien el Estado puso su atención en los asuntos más urgentes - la implementación de hospitales, las vacunas, entre otros – considero que se han podido tomar otras medidas sobre otros aspectos necesarios para que la economía no sufra el enorme impacto que esta situación de pandemia ha generado.

En otros países, se pudo brindar una respuesta normativa más consistente para aliviar los efectos económicos de la pandemia. Sin embargo, entiendo que, en nuestro país, puede resultar complejo arribar a alternativas similares debido al alto índice de informalidad: ¿cómo se puede implementar un plan de rescate para las empresas si es que no se conoce de la existencia de muchas de ellas porque son informales? ¿Cómo se puede generar un subsidio a los arrendatarios que no pueden pagar, cuándo ni siquiera se conoce quiénes son arrendadores o arrendatarios dado que la mayoría de la población no inscribe los contratos de arrendamiento y tampoco tributa por los mismos?

El Estado tiene un gran reto. Nuestra realidad suele ser distinta a la de otros países y eso implica que no pueden importarse supuestas soluciones sin antes realizar un estudio técnico serio acerca de su viabilidad, no solamente jurídico sino multidisciplinario. Las buenas ideas deben validarse técnicamente antes de su aplicación. De lo contrario, no lograrán concretar los objetivos o solamente implicarán gasto público. No se puede fallar en este esfuerzo. El Perú necesita seguir creciendo económicamente para que el bienestar alcance a todos y cada uno de sus ciudadanos.

Entrevista realizada por Luanna Castañeda Pomacino, alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y asociada de Corpus Iuris.



Entrevista a :
LUIS PAREDES MORALES

Vocal Alterno del Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL, Subdirector de Asuntos Administrativos Arbitrales del OSCE, MBA por la UPC y Doctorando en Derecho por la USMP, Docente de la UPC, ESAN, UNP y la ENAP, exdirector General de Corpus Iuris (2007), exdirector de Edición Corpus Iuris (2005-2006) y miembro fundador de Corpus Iuris.

ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO Y GESTIÓN PÚBLICA

Hace 16 años, tú y unos compañeros de la facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas decidieron aventurarse y crear la primera Asociación de Estudiantes de Derecho, después de tantos años, ¿imaginaste que la Asociación Corpus Iuris continuará o cuáles eran sus expectativas?

En aquel tiempo en la facultad de Derecho, dos compañeras me propusieron ser parte de este proyecto. En principio, buscábamos una representación de los estudiantes de Derecho en la UPC, es decir, formar una asociación para generar espacios en donde podamos articular voluntades, plantear nuestras opiniones en temas importantes o acontecimientos históricos, incluso interactuar con estudiantes de otras universidades.
Todos los fundadores teníamos la expectativa de que la asociación trascienda incluso luego de que los fundadores egresemos, es decir, se creó una asociación con vocación de permanencia.

1. De manera amplia, ¿cómo ha afectado el COVID-19, el estado de emergencia y la inmovilización social al arbitraje en las contrataciones con el estado y la gestión pública?

La gestión pública ha sido impactada por el estado de emergencia de distintas maneras. Las capacidades humanas y tecnológicas que tenía el Estado y la administración pública tuvo un reto inmenso para enfrentar la pandemia. Uno de los más grandes desafíos, si hablamos de recursos, fue tener la infraestructura tecnológica para hacer frente a la pandemia. No solo me refiero a tener, por ejemplo, grandes servidores sino también tener un software contratado para tener las reuniones no presenciales. Y vinculándolo al derecho administrativo, se tuvo que invertir en una de mesa de partes digital para la notificación de los actos administrativos, la cual tiene formalidades determinadas.

2. ¿Considera que las políticas públicas implementadas durante este contexto fueron otra demostración de lo poco preparado que se encontraba el Estado para enfrentar la nueva normalidad o es posible rescatar algunas?

Definitivamente. Uno de los grandes problemas del gobierno ante esta pandemia ha sido al momento de adecuarse a esta situación. En mi opinión, el poder ejecutivo tuvo las herramientas para poder manejar la situación en materia de gestión pública y de Derecho administrativo. Por ejemplo, cuando el gobierno de Vizcarra dictó algunos Decretos de Urgencia y Decretos Supremos, suspendiendo los plazos de tramitación dentro de la gestión pública, se tuvo que sacar varios Decretos de Urgencia y luego un Decreto Supremo para autorizar que se vayan ampliando las cosas. y eso es una locura, porque ninguna ley te autoriza hacer una cosa así. El Decreto de Urgencia tiene que ser por una razón y tiempo determinado. Y aún así, estos decretos se siguen aplicando.

3.Se sabe que el OSCE ya ha reconocido al Estado de Emergencia como un evento de fuerza mayor. Al respecto, ¿cuál cree que sea la implicancia más importante de este reconocimiento en los procesos de arbitraje con el Estado para los casos de contratos vigentes y celebrados durante este contexto?
Considero que estas situaciones son hechos jurídicos, y por tanto se deben de revisar, es decir, las consecuencias que éstas traigan al plano contractual. En mi opinión, el evento de fuerza mayor aplicaría para situaciones contractuales que se iniciaron antes de conocerse la gravedad del COVID-19 y la eventual pandemia. Por lo que, para los contratos que se iniciaron durante la pandemia no aplicaría esta figura jurídica, ya que estos fueron suscritos teniendo plena conciencia de la situación actual y los riesgos que conlleva la situación contractual dentro de la pandemia.

4.Debido al escenario post COVID-19, el Decreto Legislativo Nº 1486 reconoce (i) la ampliación de plazos en los contratos con el estado, (ii) los mayores costos producto del COVID-19; y, (iii) el pago de adelantos. Lo anterior genera situaciones en donde el contratista, con un acuerdo pactado antes del COVID-19, que no está de acuerdo con los costos reconocidos en el contrato anterior, puede activar la vía arbitral para reclamar la diferencia, pero sin paralizar la obra ¿Considera que el Decreto antes mencionado es un riesgo desde el punto de vista del Estado y del contratista?

En primer lugar, desde el punto de vista del Estado no veo un riesgo inmediato, salvo que nos refiramos al riesgo de perder el arbitraje; sin embargo, esta situación es sumamente factible en todos los casos de licitación porque el contrato firmado entre la entidad estatal y el contratista podría terminar en

algún arbitraje, lo cual es un riesgo que forma parte del sistema de contratación con el Estado. Ahora, es necesario tener en cuenta ciertas situaciones que se han dado y se dan en relación con el riesgo de que no se ejecute la obra a pesar de la existencia de este decreto legislativo; al respecto me refiero a los contratos realizados con "empresas de fachada" o contratistas con poca experiencia, en estos casos el riesgo de inejecución es bastante inminente porque la empresa podría llegar a desaparecer.

En segundo lugar, desde el punto de vista del contratista sí puedo visualizar un riesgo porque él es el encargado de continuar con la obra en el escenario post COVID-19, pero no necesariamente la entidad va a asumir el pago adicional. Esto es así porque, en el caso de que se hubiera iniciado un proceso de arbitraje, el tribunal podría decidir que en realidad no le corresponde ese adicional reclamado; es decir, se quedaría sin satisfacer lo que él creía le correspondía. Por lo tanto, se daría el siguiente escenario: ya se ha ejecutado la obra y el costo de financiamiento es diferente al que se tenía previsto antes de la pandemia debido a que la ejecución fue posible gracias al incremento del capital de los accionistas o de la línea de crédito de algún banco.

5.Para finalizar, en relación con la necesidad de implementar tecnología a la Gestión pública surgida por la cuarentena ¿Qué aspectos podríamos resaltar y en cuáles aún nos falta mejorar a nivel estatal?

Con respecto a los aspectos positivos, por un lado considero relevante mencionar las capacidades que ha generado la pandemia para reaccionar ante situaciones propias de una entidad del Estado, las cuales deberían mantenerse; por ejemplo, si ya se contrató e implementó el servicio de respuesta automática, que ocupó el lugar de la atención presencial, esta capacidad instalada debería quedarse para la organización. Ello es importante porque está relacionado con la capacidad operacional, la cual forma parte del trípode del modelo de Mark Moore para la generación de valor público en el Estado. Por otro lado, en relación con la gestión pública, al haberse implementado tecnologías de información, los ciudadanos perciben que el Estado está generando valor público y por ende existe una mayor satisfacción.

Sobre los aspectos que aún nos falta mejorar, todo lo mencionado anteriormente ha sido aplicado en algunas organizaciones públicas principales cuya sede está en Lima; sin embargo, desde mi experiencia, muy pocos gobiernos regionales y locales han logrado implementar tecnologías a este mismo nivel, lo cual supone que la eficiencia con la que se recepcionan y atienden los procedimientos administrativos en estos lugares aún se mantiene por debajo de lo requerido durante la pandemia. Lo mencionado es una realidad a la que hemos sido ajenos y subestimamos ya que no se aprovechó la oportunidad dentro del contexto de la pandemia para expandir la capacidad operacional al resto del país, tampoco se dio la debida importancia a reformar el marco jurídico de la gestión pública para que llegara a ser más comprensivo y abarcara las distintas necesidades descentralizadas.

Personalmente opino que era comprensible que los gestores públicos no supieran qué hacer ante esta situación de incertidumbre, sin embargo, en el país existen casi 35 millones de peruanos que esperan que esas autoridades tengan la capacidad para reaccionar ante diversas circunstancias.

Entrevista realizada por Andres Martinez Contreras, alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y asociado de Corpus Iuris.

DESCERRAJE

EL ACCESO A INTERNET COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL PERÚ

Con motivo de celebrar nuestros más fecundos logros y mostrando una actitud de entrega a nuestros objetivos, estamos contentos de resurgir – en nuestra Décima Edición de la Revista Corpus Iuris – una sección cuyo estímulo de rebrote nos hará conocer más a fondo los juicios valorativos de diversos compañeros. De esta manera, la Asociación busca en el "Descerraje" fomentar la participación de los miembros de nuestra comunidad mediante el planteamiento de un tema relevante en la actualidad.

Durante la pandemia del COVID-19, a raíz de las medidas de bioseguridad tomadas por los gobiernos para evitar los contagios, la humanidad experimentó el traslado de muchas de sus actividades cotidianas hacia la virtualidad. A pesar de que muchas familias no presentaron dificultades para efectuar este cambio, una gran parte de la población se vio impedida de virar al nuevo mundo; quedándose sin acceso a las nuevas plataformas cibernéticas de educación, trabajo, telemedicina, etc. En consecuencia, los últimos meses han despojado a un centenar de rostros el acceso a sus derechos básicos, colocando en las mesas diplomáticas una cuestión trascendental: determinar la naturaleza del derecho al acceso a internet.
Si bien en nuestra región el Congreso ha propuesto una modificación constitucional para que el acceso a internet sea reconocido como derecho fundamental, se espera que esta decisión sea aprobada en la siguiente legislatura ordinaria, para concretar la modificación del artículo 2°, inciso 4 y el artículo 14° de la Constitución Política del Perú.

A pesar de ello, aún no se evidencia la ejecución de políticas u otras medidas que concuerden con esta propuesta para permitir la propagación del acceso a internet a la población, siendo que, según la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (AFIN), solo el 40,1% de los hogares peruanos cuenta con el mismo. Indudablemente, la falta de actuación organizada por parte del Estado frente a la brecha informática genera efectos perjudiciales para la población de más escasos recursos, situación de suma urgencia en nuestro país. Preguntemos a nuestros asociados sus opiniones relacionadas al tema.

Mariana Apaza Calderon

Si bien solamente queda una segunda votación para hacer efectivo el reconocimiento constitucional del derecho al acceso al internet en el Perú, este aún no se ha materializado en la realidad. De este modo, si se ratificara su reconocimiento, es probable que continúe siendo letra muerta en nuestro país. De ahí que resulte fundamental que el Estado Peruano adopte las medidas necesarias para alcanzar el ejercicio real y efectivo del derecho al acceso al internet. En este sentido, desde mi punto de vista, el acceso universal a la internet ha de ser la meta prioritaria del Estado.

Luanna Castañeda Pomacino

El derecho al acceso a internet implica una obligación por parte del Estado para garantizar la satisfacción de esta necesidad, sobre todo en estos tiempos donde se ha evidenciado la desigualdad de acceso a las plataformas digitales, por ejemplo, para la educación virtual en las zonas rurales. Sin embargo, el próximo reconocimiento de este derecho no solo debe ser textual en nuestra Constitución, sino que debe ir acompañado de la implementación de infraestructura, instalaciones y un adecuado marco legal para que se pueda hacer efectivo y eficiente en nuestro país.

Pamela Kaori Angeles Alacha

Considero que si bien ya estamos en camino a que se reconozca el acceso al internet como un derecho fundamental, es momento de que se plasme en la práctica y que, sobre todo, su uso llegue a todo el territorio peruano. A partir de la posible incorporación de este derecho fundamental se ha tomado en cuenta uno de los problemas más notorios en el Perú, pues desde hace mucho tiempo el país

no logra su objetivo en el avance de la educación, salud y ciencia. Sin embargo, es momento de que las autoridades no solo plasmen dicho derecho en documentos, sino que se traslade a cada rincón del país donde el internet sea un gran avance e impulso para las nuevas generaciones. Todo ello se logrará con la debida coordinación que se espera por parte de las autoridades encargadas de materializar este derecho y con ello, se beneficiará a toda la población peruana.

Luz Gabriela Huilca Chipana

De ratificarse su incorporación en la Constitución, el derecho de acceso al Internet podría considerarse como un reconocimiento bastante particular, dado que obedece a las necesidades generadas por la cuarentena debido a la pandemia del COVID-19. Hoy en día, incluso puede sopesarse que la conexión a una red de Internet es la base para acceder a otros derechos reconocidos por la Constitución, como el derecho a la educación y trabajo. Sin embargo, positivizar una situación imperante en la sociedad actual, de forma que legalmente se consolide como parte de los derechos fundamentales de la persona, no necesariamente implica su materialización para todo ciudadano. Ello es así porque si bien la intención reflejada en el resultado de esta primera votación puede considerarse oportuna, no va a ocasionar directamente que las tarifas, la calidad y cantidad de ofertantes se modifique en beneficio de los ciudadanos. Por ende, es necesario tener en cuenta el papel que tiene la regulación de servicios públicos en este contexto, cuyo objetivo fundamental es corregir las fallas de mercado para que el servicio esencial, en este caso el Internet, sea más accesible (por ejemplo, regulando las tarifas con las que se oferta el servicio de forma que sean tanto competitivas como accesibles), que es lo que finalmente se busca con su positivización como derecho. Particularmente considero que parte de la solución de este problema social es establecer al Internet como un servicio público.

Valeria Morote

A mi parecer, el acceso a internet debería ser considerado un derecho fundamental, puesto que es esencial en la coyuntura que estamos viviendo debido a la crisis sanitaria, y que de cualquier modo íbamos a vivir porque cada año la tecnología va avanzando de la mano del internet. En consecuencia, el gobierno en conjunto con el Congreso deberían establecer un plan de acción para que todos los ciudadanos podamos gozar de un derecho fundamental como lo es en estos tiempos el internet.

Antonella Zavaleta Soto

Desde mi punto de vista, en estos últimos años el Internet se ha convertido en una red primordial. A partir de la pandemia del Covid-19, en el sector educación efectivamente se ha producido un giro trascendental por la enseñanza virtual de manera constante. Asimismo, reafirmo mi postura respecto al internet como un "derecho fundamental", referida a que este medio siempre estuvo ampliamente regulado. El hecho de convertir al acceso al internet en un "derecho" no quiere decir que llegue a más personas. Hago énfasis en lo mencionado porque es importante darnos cuenta de que esta posible modificación solo busca que el Estado regule el internet, siendo una excusa para que logre una perpetuación en el poder. Dicho esto, creo firmemente que el Internet no debe ser considerado un "derecho fundamental", más aún cuando en realidad este medio busca que prevalezca la libertad de expresión, puesto que encontrándose en manos del Estado se convierte en un mecanismo de control del derecho de poder expresarnos, tipificado también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por todo lo expuesto, considero que como ciudadanos peruanos debemos estar vigilantes a la aplicación del art. 2º que el Estado realice sobre el internet, de ratificarse esta modificación en una segunda votación.

Ariana Carrasco Zamora

Considero que fue algo positivo que se apruebe en primera votación el acceso al internet como un derecho fundamental porque vivimos en un mundo cada vez más globalizado y en el cual la tecnología cada día avanza más rápido. Entonces, si bien es un gran paso como sociedad la postura que se ha adoptado, ya que el internet es un medio para poder ejercer otros derechos como a la información y/o a la libre expresión, pienso que aún nos falta mucho por mejorar. La razón es que en la práctica no todos los ciudadanos tienen un buen internet o simplemente no lo tienen, ya sea porque viven muy lejos o por motivos de otra índole. Por ello, si se lograra incorporar este derecho, también se debería ofrecer la infraestructura y las herramientas para que los peruanos no se vean limitados en su ejercicio. Asimismo, es necesario reconocer que su aplicación se daría de manera progresiva, por lo que todos debemos estar comprometidos para mejorar y lograr un verdadero cambio positivo.

Alvaro José Huamaní Reyes

En cuanto a lo relatado, me gustaría comentar el gran adelanto a la región que tomó Perú al aprobar en primera votación la iniciativa de reconocer el acceso al internet como derecho. Sin embargo, es necesario recordar que la Constitución no es un libro de deseos en la cual lo que se redacta se vuelve realidad. Hay que reconocer la poca visibilidad que tiene la posibilidad del reconocimiento de dicho derecho; por ello, es necesario centrar la agenda política y pública diaria de manera tal que se formulen métodos en los cuales se fomente el acceso general al internet, logrando que las barreras sociales no sean impedimento para gestionar las actividades diarias. Fuera de lo antes mencionado en el ámbito local, tenemos que recalcar lo existente a nivel global, dado que el acceso al internet es una herramienta indispensable para múltiples países globalizados. Esto lo menciono con la intención de que el Perú se sume y avance en la globalización, de manera tal que el acceso al internet sea una herramienta homogénea. Para finalizar, hay que reconocer el avance de la sociedad actual, en la cual el internet ya no es solo una herramienta, sino una necesidad, la cual debe contar con respuesta oportuna de los países del globo, siempre en pos del bien general.

Nayeli Secia Kettlin Salazar Gómez

En la actualidad el Estado, a pesar de que ha planteado el acceso a internet como un derecho, no apuesta totalmente por el desarrollo de la educación, sino que prioriza ámbitos ajenos a la enseñanza. Es evidente que la pandemia no solo ha traído como consecuencia las muertes de miles de personas, sino también una disminución mayor del nivel de educación a comparación de años anteriores, es decir, no se trata sólo de una emergencia sanitaria, ya que a su vez hay una emergencia educativa que se viene acarreando desde mucho antes, lo cual queda evidenciado en el gran porcentaje de menores que no pueden continuar adecuadamente con su educación por carecer de internet y recursos digitales.

Mercedes Abigail Gamarra Llanos

Considero de gran relevancia que como estudiantes de Derecho seamos capaces de aterrizar las normas a la realidad en la que nos encontramos. Es decir, debemos ampliar la visión de la población que tenemos, implementar mecanismos que nos ayuden a visibilizar todos los contextos, logrando de esta manera menguar las consecuencias de situaciones tan perjudiciales como aún sigue siendo esta pandemia. Finalmente, más allá de reconocer el acceso al Internet como un Derecho, será determinante que se ejecuten acciones concretas para que funcionen en la realidad, siendo esencial que estas se ajusten a las necesidades de cada uno de los ciudadanos.

Camila Alexandra Zevallos García

Es indispensable reconocer que la falta de acceso a internet no solamente priva a las personas de interactuar en la nueva sociedad digital y de ejercer plenamente su derecho a la libertad de información, sino que, especialmente en un contexto como el de la actual crisis sanitaria, impide a los ciudadanos trabajar y generar ingresos para su subsistencia, continuar con sus estudios, comprar y vender productos y servicios fácilmente, entre otros. Si bien considero que el planteamiento de la incorporación del derecho al acceso a internet en la Constitución es un avance significativo, es decepcionante que esta decisión haya sido tomada como resultado de los perjuicios sufridos por los estudiantes de las comunidades rurales a raíz de la pandemia del Covid-19, quienes debían caminar durante horas para sintonizar radios locales y recibir educación a distancia. Si el posible reconocimiento de este derecho se hubiera efectuado previamente, promoviéndose las medidas adecuadas para garantizarlo, probablemente la situación hubiera sido distinta. De cualquier modo, el Estado debe canalizar sus esfuerzos hacia la materialización del acceso universal al internet, enfocándose en su disponibilidad, accesibilidad y asequibilidad para todos los ciudadanos de nuestro país.

Camila Salazar Cuaresma

La pandemia COVID-19 ha revelado la precariedad del Estado Peruano respecto a la inversión necesaria en favor del uso de herramientas digitales y del acceso al internet, a pesar de que este último es un derecho conditio sine quanon para el disfrute y ejercicio de otros derechos fundamentales (Exp. N.° 02-2001-AI/TC).

En ese sentido, la falta de voluntad del Gobierno de poder plantear y ejecutar alternativas de mejora al acceso del internet, es injustificable, pues realmente es invariable la necesidad de su uso para todos los ciudadanos. Estimo que, en vez de enfocarse en la producción de programas televisivos con contenido educativo (que no es malo), primero se debería evaluar si al menos todos los niños o adolescentes tienen un televisor del cual puedan aprender de dichos programas. Aplica el mismo criterio para el internet, pues de qué sirve que se creen páginas web con

contenido educativo para todos las edades (aprendo en casa), si es que persiste la existencia de estudiantes sin al menos un equipo tecnológico (celular, laptop, etc) y sin acceso a internet. Si bien sería muy complicado que el Estado subvencione el costo del acceso al internet para todos los ciudadanos, lo que sí puede hacer es activar proyectos de mejora en la infraestructura que permita a las empresas que brindan este servicio llegar a las zonas más lejanas. Termino esta reflexión, considerando que es deplorable que en la actualidad si un niño de 10 años no tiene ninguna posibilidad de acceder a internet, ello se reduce al hecho de que no podrá estudiar, a pesar de ser su legítimo derecho fundamental y que el Estado tenga la obligación de garantizarlo.

Priscilla Mercedes Del Villar Canchari

Ante la problemática planteada, considero que es de suma importancia comenzar un plan de acción que asegure a las zonas vulnerables y rurales de nuestro Perú el acceso a internet. Esto debido a que, si bien se mencionó que existe una iniciativa para reconocerlo como derecho, en la realidad no se visualiza ni un porcentaje considerable de población que posea acceso a internet, ni acciones concretas para revertir la situación actual.

Alondra Daneri Cárdenas
Siento indignación ante la problemática descrita, ya que el Estado puede brindar soluciones para las personas de escasos recursos, sobre todo para aquel gran grupo de niños que necesitan estudiar presencialmente debido a que no cuentan con recursos económicos para comprar un artefacto tecnológico.

Alejandra Daniela Morales Vizcarra

A raíz de la pandemia, los problemas que antes eran ignorados o minimizados en el Perú han cobrado mayor relevancia y notoriedad en el contexto social, político, económico y ambiental de nuestro país. Así, por ejemplo, tenemos el del acceso al internet, que ha sido visibilizado por la implementación de la educación a distancia, la cual tuvo que emplearse como medida de emergencia ante el COVID-19. La problemática de la falta de acceso a internet ha ocasionado que muchos niños, especialmente aquellos que viven en lugares remotos, se vean imposibilitados de seguir con sus estudios al no contar con esta herramienta tan importante en la actualidad. En consecuencia, el gobierno peruano no solo debe dejar en teoría o en un papel este derecho fundamental si se consolida su reconocimiento en la Constitución, sino que debe buscar y emplear soluciones a corto y largo plazo para que ese 40% de personas que cuentan con este beneficio se incremente, y así todos los peruanos puedan gozar de este derecho y herramienta.

Corpus Iuris

Edición X

2021

