



Revista

Derecho Público Económico

Año 2, n.º 3 | enero-junio 2022 | ISSN en línea: 2955-8603

Revista

Derecho Público Económico

Revista Derecho Público Económico

Año 2, n.º 3 | enero-junio 2022

ISSN en línea: 2955-8603

Edición: mayo 2023

Consejo Editorial

Director general

Mg. Christian Guzmán Napurí, Universidad Continental, Perú

Miembros del Consejo Editorial

Mg. Nuria Esparch Fernández, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Mg. Juan José Martínez Ortiz, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Mg. Fabiola Paulet Monteagudo, Universidad de San Martín de Porres, Perú

Mg. Jaime Sobrados Tapia, Universidad San Ignacio de Loyola, Perú

Derecho Público Económico es una revista de publicación semestral de la Maestría de Derecho Administrativo Económico, Escuela de Posgrado de la Universidad Continental.

© Universidad Continental S. A. C.

Escuela de Posgrado

Calle Junín 355, Miraflores, Lima - Perú

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2022-10258

Disponible a texto completo en <http://journals.continental.edu.pe/>

Cuidado de edición

Jullisa del Pilar Falla Aguirre

Diseño y diagramación

Yesenia Mandujano Gonzales

Corrección de estilo

Jorge Coáguila Quispe

Traducción

Bárbara Ramos Arce

El contenido de la revista es responsabilidad exclusiva de sus autores. No refleja necesariamente la opinión de la Universidad Continental. La obra ha sido sometida al proceso de arbitraje o revisión de pares antes de su divulgación.



La revista *Derecho Público Económico* se publica bajo la Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Perú. Compartir bajo la misma licencia. Se autoriza su reproducción, siempre que se cite la fuente y sin ánimo de lucro.

CONTENIDO

Editorial	7
Propuesta para la innovación de la fiscalización administrativa Proposal for the Innovation of Administrative Control	11
Alvaro Anicama González, Gloria Panduro Martínez, Francisco Revilla Loaiza, Silvia Sotelo Ramírez	
El control descontrolado. Los procedimientos de la Contraloría General de la República para el descargo de desviaciones o irregularidades en la gestión pública y su alejamiento de los derechos humanos Uncontrolled control. The Procedures of the Comptroller General of the Republic for the Discharge of Deviations or Irregularities in Public Management and their Distancing from human Rights	33
Arturo Delgado Vizcarra	
Las infracciones en materia de contratación administrativa Violations in the Matter of Administrative Contracting	47
Christian Guzmán Napuí	
Cuna Más: una oportunidad potente del estado para igualar y una primera reflexión para la universalización del servicio Cuna Más: A Powerful Opportunity for the State to Equalize and a First Reflection for the Universalization of the Service	67
Francisco Tarquino Sandoval	

La consulta previa a los pueblos indígenas u originarios como política pública en el Perú Prior Consultation of Indigenous or Native Peoples as a Public Policy in Peru Nadia Palomino Fernández	73
Mercados de carbono: alcances y desafíos para afrontar el cambio climático Carbon Markets: Scope and Challenges to Face Climate Change Nathaly Torres López	89
Constitución y ambiente: una aproximación Constitution and Environment: an Approach Pierre Foy Valencia	103
El régimen legal de las sociedades de propósito exclusivo en materia de proyectos de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos en el Perú The Legal Regime of Exclusive Purpose Companies in Terms of Public Works Infrastructure and Public Services Projects in Peru Richard Martin Tirado	117
El procedimiento administrativo sancionador del Tribunal de Contrataciones y la gran ausencia del órgano instructor y de otras garantías menos favorables que las establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General The Sanctioning Administrative Procedure of the Procurement Tribunal and the Great Absence of the Instructing Body and Other Less Favorable Guarantees than Those in Established the General Administrative Procedure Law Victoria Raquel Pérez Aguilar	149
Normas para los autores	159

EDITORIAL

Con mucha satisfacción presentamos el Tercer Número de la Revista de Derecho Público Económico, que constituye un importante esfuerzo académico de la Escuela de Posgrado de la Universidad Continental para divulgar las diversas materias que componen esta importante área del derecho. La finalidad no solo es dar a conocer estas materias, sino también generar un relevante debate que permita conocer más a fondo las implicancias de la intervención de la Administración Pública en la economía.

En este orden de ideas, notamos la necesidad de un conocimiento más profundo de esta materia donde aún existe muchas deficiencias tanto en el Estado como en el sector privado e incluso en círculos académicos. Una muestra de ello es la subsistente propuesta —que afortunadamente es minoritaria— de la aprobación de una nueva Constitución, la cual tiene como objetivo, sobre todo, reformar el Título III de la norma, referido al Régimen Económico.

Más allá del empleo del derecho constitucional para llevarnos a la conclusión que dicha aprobación es inconsistente, desde el punto de vista del derecho público económico y de la ciencia económica dicho título, no obstante ser perfectible, permite una adecuada tutela a las libertades económicas, la cual a su vez permite el crecimiento económico y la consiguiente reducción de la pobreza y la desigualdad, como ya lo hemos señalado anteriormente.

Pero para ello —como bien sabemos— es necesario, además, que exista una adecuada gestión pública, que permita una eficiente inversión en salud, educación, infraestructura, vivienda entre otras importantes materias de importancia social. Ello requiere una profunda reforma del funcionamiento del Estado, a fin de que genere resultados que favorezcan al interés general.

Contenido del tercer número de la revista

Así, en este tercer número de la Revista Derecho Público Económico, encontraremos artículos sobre diversos temas que componen dicha materia. En particular, existe un énfasis en la materia ambiental, que forma parte del derecho público económico pero que también muestra una especial autonomía respecto de las demás ramas del derecho.

En primer lugar, tenemos el trabajo de Arturo Delgado: “El control descontrolado. Los procedimientos de la Contraloría General de la República para el descargo de desviaciones o irregularidades en la gestión pública y su alejamiento de los derechos humanos”. Como lo señala el propio autor “Este artículo busca expliarse sobre los procedimientos de la Contraloría General de la República para el descargo de desviaciones o irregularidades en la gestión pública y su alejamiento de los derechos humanos.”

Asimismo, se incluye el artículo de Alvaro Anicama González, Gloria Panduro Martínez, Francisco Revilla Loaiza y Silvia Sotelo Ramírez: “Propuesta para la innovación de la fiscalización administrativa”. Los autores señalan que “se busca proponer un nuevo método para la innovación de la fiscalización administrativa, lo cual significaría un cambio en el modelo basado en un marco estrictamente legal o procedimental dominada por la disciplina jurídica, la búsqueda del orden público, entre otros mecanismos”.

Seguidamente, la revista contiene el texto de Christian Guzmán Napurí, “Las infracciones en materia de contratación administrativa”, en el cual el autor “busca explorar cómo, en el contexto de un proceso administrativo sancionador, se pretende primero una previsión especial, frente al administrado que comete la infracción; así como una previsión general, respecto del resto de administrados, para que ellos no cometan estas infracciones, pero enfocados en la satisfacción de necesidades públicas a través de la contratación administrativa”.

Luego tenemos el texto de Francisco Tarquino: “Cuna Más: una oportunidad potente del Estado para igualar y una primera reflexión para la universalización del servicio”. El autor señala lo siguiente: “Todos somos iguales ante el Estado y los servicios que este brinda, y sus actividades no discriminan a quien a él acude. El presente artículo busca analizar el programa

Cuna Más y cómo es un mecanismo para combatir la desigualdad.”

Además, dentro del grupo de artículos enfocados en materia ambiental, la revista contiene el trabajo de Nadia Palomino: “La consulta previa a los pueblos indígenas u originarios como política pública en el Perú”, donde analiza cómo en el Perú se viene reconociendo y ejecutando el derecho a la consulta previa en comunidades indígenas u originarias con especial énfasis en las comunidades amazónicas de Ucayali.

Por otro lado, se incluye el artículo de Nathaly Torres: “Mercados de carbono: alcances y desafíos para afrontar el cambio climático”, en el cual desarrolla los alcances teóricos y de evolución que ha tenido a nivel internacional el mecanismo de mercados de carbono; además expone los tratados y compromisos internacionales referidos al cambio climático y adoptados por los Estados parte. Asimismo analiza los avances y retos que afrontan tres países en la consolidación del mecanismo de mercados de carbono.

Asimismo, tenemos el texto de Pierre Foy: “Constitución y ambiente: una aproximación”, en el cual desarrolla un marco general de la relación entre Constitución y ambiente, sus antecedentes, sus procesos de constitucionalización ambiental, los apartados constitucionales y la constitución ambiental, la Constitución, los derechos humanos y el derecho al ambiente, los

derechos complementarios al ambiente y el desarrollo infraconstitucional.”

Seguidamente, la revista incluye el artículo de Richard Martin Tirado: “El régimen legal de las sociedades de propósito exclusivo en materia de proyectos de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos en el Perú”. El autor señala lo siguiente:

A diferencia de la contratación pública tradicional, referida a las adquisiciones de bienes y a la contratación de obras y servicios, las operaciones en las que se exige la constitución de una provisión de servicios públicos (SPE), se configuran para proyectos de largo plazo, en las cuales es indispensable contar en calidad de contraparte contractual del Estado, a una organización empresarial debidamente constituida con las reglas previstas en la Ley General de Sociedades (LGS).

Finalmente, la revista contiene el artículo de Victoria Raquel Pérez Aguilar: “El Procedimiento Administrativo Sancionador del Tribunal de Contrataciones y la gran ausencia del órgano instructor y de otras garantías menos favorables que las establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General”. Tenemos acá entonces otro trabajo enfocado en el relevante tema del procedimiento administrativo sancionador en materia de contratación administrativa.

La autora señala sobre el particular lo siguiente:

El presente trabajo busca analizar la importancia del órgano instructor y de otras garantías en el procedimiento administrativo sancionador a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado desde un punto de vista administrativo y constitucional, según la Ley del Procedimiento Administrativo General y los criterios de diversas resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional.

Propuesta para la innovación de la fiscalización administrativa

Proposal for the Innovation of Administrative Control

Alvaro Anicama González

Universidad Femenina del Sagrado Corazón -
Unifé

Gloria Panduro Martínez

Universidad ESAN

Francisco Revilla Loaiza

Universidad Científica del Sur

Silvia Sotelo Ramírez

Universidad Peruana Cayetano Heredia

Fecha de recepción:
1/4/2023

Fecha de aprobación:
17/5/2023

RESUMEN

La fiscalización administrativa se entiende usualmente como una potestad pública otorgada a los órganos de la administración para supervisar, controlar, vigilar e inspeccionar las actividades realizadas por los administrados, así como para verificar su adecuación a la regulación vigente. Es decir, comprobar el cumplimiento normativo. Si bien hoy esta norma aún se encuentra redactada de la misma manera en la actual Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), hay una diferencia desde diciembre de 2016 con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1272, que establece un marco conceptual y de regulación para la potestad fiscalizadora, aplicable de manera general y obligatoria a todos los niveles del Estado y sujetos involucrados. El presente artículo busca proponer un nuevo método para la innovación de la fiscalización administrativa, lo cual significaría un cambio en el modelo basado en un marco estrictamente legal o procedimental dominada por la disciplina jurídica, la búsqueda del orden público, entre otros mecanismos.

Palabras clave: fiscalización administrativa, control administrativo

ABSTRACT

Administrative auditing is usually understood as a public authority granted to the administration bodies to supervise, control, monitor and inspect the activities carried out by the companies, as well as to verify their adequacy to current regulations or, in other words, Check regulatory compliance. Although today this norm is still written in the same way in the current LPAG, there is a difference since December 2016 with the entry into force of Legislative Decree N.º 1272 that establishes a conceptual and regulatory framework for the supervisory authority, generally applicable and manda-

tory at all levels of the State and subjects involved. This article seeks to propose a new method for the innovation of administrative control, which would mean a change in the model based on a strictly legal or procedural framework dominated by legal discipline, the search for public order, among other mechanisms.

Keywords: administrative inspection, administrative control

1. INTRODUCCIÓN

La fiscalización administrativa, en adelante FiAd, ha sido entendida con frecuencia como una potestad pública otorgada a los órganos de la administración para supervisar, controlar, vigilar e inspeccionar las actividades realizadas por los administrados, para verificar su adecuación a la regulación vigente. Es decir, comprobar el cumplimiento normativo.

Su finalidad ha estado muy relacionada con la sanción, cuyo objetivo es identificar infracciones, verificar el cumplimiento normativo y desincentivar conductas ilegales. Incluso, se ha asociado a la infracción, no tanto para conseguir el orden o cumplimiento de normas, sino para imponer las multas para lograr el financiamiento de las actividades públicas.

La FiAd ha sido asociada a dos teorías:

- La teoría de la motivación, conocida también como de la zanahoria y el garrote, considera que las personas son motivadas por el deseo de obtener placer o recompensas y evitar el dolor o castigo. En el escenario mostrado, la FiAd es asociada al garrote.
- La teoría de comando y control se sustenta en el ejercicio de jerarquías, mando y autoridad hacia la persona o grupo de personas, para desplegar e imponer fuerzas para enfrentar y resolver problemas y cumplir una misión. En el escenario mostrado, vertical y unidireccional, la FiAd sería la fuerza

aplicable a otros para lograr objetivos mediante la aplicación de fuerzas.

Hasta antes de diciembre de 2016, la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), promulgada en 2001, y otras posteriores que fueron desarrollando la FiAd y la capacidad sancionadora en distintos niveles del Estado, la vinculan con la potestad sancionadora.

Un ejemplo es la regulación del principio de privilegio de controles posteriores regulado por la LPAG de 2001, en que claramente muestra la asociación de la fiscalización a la potestad sancionadora, cuando señala que esta se hará para comprobar la veracidad de la información presentada y de la normatividad sustantiva. En caso de no estar conforme, aplicar las sanciones pertinentes.

Si bien hoy esta norma aún se encuentra redactada de la misma manera en la actual LPAG, hay una diferencia desde diciembre de 2016 con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1272, que establece un marco conceptual y de regulación para la potestad fiscalizadora, aplicable de manera general y obligatoria a todos los niveles del Estado y sujetos involucrados.

El Decreto Legislativo 1272 genera una modificación importante en la LPAG y en todo el sistema legal al diferenciar la potestad fiscalizadora (regulada del artículo 239 al 246) de la potestad sancionadora (regulada principalmente del artículo 247 al 260). El Decreto

Legislativo 1272 define la fiscalización, y entre otros aspectos, cómo ésta concluye, como la certificación o constancia de conformidad, recomendación de mejoras o correcciones, advertencia de la existencia de incumplimientos, medidas correctivas, entre otras formas reguladas por ley especial.

Nótese que el Decreto Legislativo 1272 regula que la FiAd no necesariamente concluye en la determinación de responsabilidad orientada a una sanción. El cambio normativo es fundamental y no se trata solo de un cambio jurídico, sino de, principalmente, un cambio de forma y fondo de cómo se debe gestionar la FiAd e invita a proponer un nuevo modelo para hacerlo.

Para gestionar la potestad sancionadora, se aplicarán siempre las reglas de un procedimiento que regula la ley, en que prima la teoría, principios, conceptos y conocimientos de la disciplina jurídica, considerándose un campo de desarrollo de los profesionales del derecho en la especialidad del derecho administrativo. Sin embargo, a la FiAd, con respecto del marco jurídico habilitante en el Decreto Legislativo 1272 y otras normas especiales, se le podrá aplicar los principios, conceptos, conocimientos, herramientas y técnicas de la gestión pública moderna y/o otras disciplinas, entre ellas el *management*. El nuevo marco de entendimiento para la FiAd es una de las primeras innovaciones que debemos considerar.

Un tema importante es entender que la innovación no solo es un tema aplicable al sector privado o al tecnológico. Hoy se reconoce que la innovación se puede producir en el sector

público. Pont (2017) la define como «un proceso diferente a la invención y consiste en la aplicación o adaptación de nuevos conocimientos» (p. 54). Resalta: «La innovación es la introducción de nuevos elementos en un servicio público en la forma de nuevos conocimientos, una nueva organización, una nueva gestión o habilidades procesuales». Para que exista innovación, es importante la presencia de tres elementos «[l]os actores (innovadores), el proceso (innovación) y los resultados (innovaciones)». Asimismo, señala que lo que diferencia a la innovación del cambio incremental «[e]s el impacto del proceso de cambio en la discontinuidad con el paradigma predominante de organización, producto/servicio o mercado» (Pont, 2017: 54-55).

También la actual política de modernización de la gestión pública define la innovación pública como «un proceso inclusivo e iterativo para definir problemas públicos, cocrear, prototipar e implementar soluciones viables, que modernicen al Estado y agreguen valor a las personas»¹.

Mientras que el marco habilitante legal de la FiAd la define como una actividad (conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad según la RAE²), el marco habilitante de la gestión pública moderna la define como un servicio (intervención a través de los cuales las entidades públicas, en el marco de sus competencias, promueven, producen o generan condiciones para obtener un cambio en la sociedad³). Ambos conceptos son complementarios e importantes para entender la FiAd e implementarla, desde la perspectiva jurídica y de gestión.

1 Política de modernización de la gestión pública al 2030. Decreto Supremo 103-2022-PCM. Cuadro 1. Conceptos claves.

2 Diccionario de la Real Academia Española.

3 Política de modernización de la gestión pública al 2030. Decreto Supremo 103-2022-PCM. Cuadro 1. Conceptos claves.

El nuevo marco de entendimiento aplica a no menos de 1900 instituciones a nivel nacional en los tres niveles de gobierno⁴, en todo el territorio nacional, e interviene en actividades que se realizan en espacios públicos y privados. Su impacto se relaciona con lo económico, social, ambiental, cultural, recursos naturales, deberes y derechos de las personas, entre otras materias, en que se deban desarrollar actividades de control, supervisión, inspección e investigación.

Por su alcance y nuevo contenido, debe ser considerada como uno de los principales servicios públicos de todo el Estado y una oportunidad de implementar un mejor gobierno capaz de contribuir a dar respuesta a las expectativas y necesidades de las personas y a la creación de valor público, así como al desarrollo sostenido y equilibrado entre lo económico, social, ambiental y cultural de las personas en un territorio⁵, de la sociedad y/o del país.

La FiAd comprende las actividades de control, supervisión, inspección e investigación⁶ tal como lo dispone el Decreto Legislativo 1272⁷, el cual incorporó un nuevo capítulo a la LPAG. Por primera vez en el sistema legal peruano se regula de manera general y obligatoria para todas las instituciones y entidades la potestad de fiscalizar⁸, y se distingue claramente de la de sancionar⁹.

Como consecuencia de esta nueva regulación, de otras vinculadas a la modernización del Estado y de recientes políticas públicas, es correcto afirmar que la FiAd es un actividad que tiene la naturaleza de un servicio que una institución, de manera directa o través de terceros habilitados por ley, presta a los ciudadanos, y, como tal, genera diferentes resultados y conclusiones según del objetivo que se busque alcanzar y del público objetivo a quien se le ejecuta, para generar valor público e impacto favorable en ellos, así como en su entorno inmediato y mediano¹⁰.

Sin embargo, el paradigma sobre el que se ha construido y continúa vigente la considera como parte de la potestad sancionadora, sigue limitando su alcance y aporte, y, ante lo expuesto surge una pregunta: ¿Cómo explicar que la FiAd es favorable al público si su finalidad es sancionar?

Bajo el paradigma antes mencionado, resulta contradictorio decir que el impacto de la FiAd favorece a quien lo recibe, cuando siempre se ha considerado que el beneficio es para quien la impone (institución), y/o para otros ciudadanos (los que no incumplen), y/o al entorno inmediato, y/o incluso para la sociedad en conjunto.

4 Entre no menos de 30 entidades de gobierno central, organismos autónomos constitucionales, 25 gobiernos regionales, 196 municipalidades provinciales y 1678 municipalidades distritales.

5 Considerar el enfoque de territorio. Según el Decreto Supremo 095-2022-PCM, Plan Estratégico de Desarrollo Nacional al 2050, se entiende como una unidad, tanto para la observación y la actuación como para la gestión y la planificación estatal. El enfoque plantea una mirada multidimensional del desarrollo que incluye el desarrollo humano, el desarrollo social e institucional, el desarrollo ambiental y el desarrollo económico, incluido el acceso al entorno digital.

6 Las definiciones de estas actividades se dan en la guía práctica sobre la actividad administrativa de fiscalización, aprobada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos mediante Resolución Ministerial 002-2017-JUS/DGDNCR, el 10 de agosto de 2017.

7 Promulgado el 21 de diciembre de 2016.

8 Desde el artículo 239 hasta el artículo 246.

9 Desde el artículo 247 hasta el artículo 260.

10 El impacto inmediato se da en la persona o personas a quienes se le ejecuta la actividad de fiscalización, pero también hay un efecto mediano que favorece el entorno social de la persona o personas.

Pero lo mencionado ha cambiado, pues lo ha hecho también el paradigma que sustenta la FiAd. Afirmar que la FiAd es un servicio que genera diferentes resultados, valor público e impactos favorables y beneficios a los ciudadanos y ciudadanas, incluso que puede contribuir a lograr beneficios y a la competitividad se sustenta en la tesis «Propuesta de innovación de la actividad administrativa de fiscalización orientada a mejorar la competitividad del país. El caso del Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (Osinfor)»¹¹.

Por ello, el presente artículo tomando como base la tesis propone un cambio de paradigma que origina un nuevo modelo de gestión, el cual se sustenta en cuatro componentes: 1) La utilización de diversos enfoques y una metodología para la aplicación conjunta y complementaria con el fin de lograr una mejor y oportuna solución a los problemas o asuntos, así como de una mejora gestión de las condiciones identificadas. 2) La clasificación de diversos públicos objetivos que origina la generación de estrategias diferenciadas, así como nuevas actividades con nuevos servicios e impactos finales. 3) La existencia de nuevos y diferentes niveles de participación y colaboración para la implementación de la FiAd.

Si bien la propuesta de tesis se hizo para ser aplicada en una entidad que desarrolla funciones y actividades específicas y pertenece a un sector de desarrollo determinado, consideramos que se puede adaptar y aplicar a cualquier entidad o unidad en una organización en cualquier sector, nivel de gobierno o territorio, pues su esencia sienta las bases para innovar la

FiAd orientada a los fines y objetivos que se busque lograr según las funciones y competencias de cada institución.

Lo propuesta de innovación de la FiAd significa un cambio en el modelo basado en un marco estrictamente legal o procedimental dominada por la disciplina jurídica, la búsqueda del orden público definido por quienes gobiernan, o la aplicación de jerarquías para la aplicación de fuerzas; y transita hacia una gestión integral, con aplicación de diversas disciplinas, orientado por la gobernanza¹² y con aplicación de conocimientos multidisciplinarios bajo los principios, conceptos, teorías y orientaciones de la modernización gestión pública, complementada, por lo menos, con las disciplinas del *management* o administración, la economía del comportamiento, el derecho, la sociología, la ciencia de las comunicación, y las materias técnicas especializadas propias de la misión, competencia y función de cada institución que ejerce el control, la supervisión, la inspección y/o la investigación.

2. CAMBIOS DE PARADIGMAS EN LA FIAD

2.1 El cambio de paradigma, modelo y marco de gestión de la FiAd

En la actualidad, el paradigma predominante es el de «lucha contra lo ilegal»¹³ que nos orienta, desde el enfoque legal-sancionador, a que la FiAd debe realizarse en un marco legal y procedimental, bajo orientación de principios y fuentes normativas (principalmente leyes y reglamentos), para evidenciar si hay incumpli-

11 Tesis que sustentó el grado de magíster en Gestión Pública en la Universidad ESAN, Lima, cuyos autores son los mismos del presente artículo.

12 Según la política de modernización de la gestión pública al 2030, se entiende como la forma de gobierno con participación de gobierno y gobernados para que conjuntamente puedan cocrear bienes, servicios y regulaciones que respondan mejor a los que las personas necesitan.

13 También podría denominarse «lucha contra incumplimiento normativo».

miento normativo o de obligaciones. Es decir, tiene como objetivo la identificación de infracciones activar la sanción y/o disponer medidas restrictivas de derechos. En caso no exista infracción, archivar el caso sin mayor actividad posterior de gobierno.

El paradigma «lucha contra lo ilegal» aún se mantiene vigente en las entidades de diferentes sectores o niveles de gobierno. Al presente marco se le denomina Fiscalización 1.0. (Tabla 1).

La Fiscalización 1.0 aplica un solo enfoque: el sancionador. Un reflejo de que estamos ante una entidad o área de la entidad bajo el paradigma anterior es que en su planificación se centre en actividades para actuar ante la ocurrencia de infracciones, o no incluye actividades preventivas, o sus metas de éxito se basan en medir el incremento de los procedimientos sancionados, de las sanciones impuestas o de las multas cobradas.

Frente a este paradigma dominante, surge la propuesta de un nuevo paradigma, al que denominaremos «contribuir a la mejora de la competitividad», que supone que la FiAd se rige por un modelo de gestión que se sustenta en un nuevo marco de gestión en que interactúan cuatro componentes, de los cuales se originan la identificación y aplicación conjunta de diversos enfoques, la clasificación diferenciada del público objetivo, y los niveles de participación y cooperación para realizar la actividad.

El nuevo paradigma busca optimizar o innovar prácticas que permitan entregar o realizar mejores servicios en favor del ciudadano, así como en favor de la sociedad en su conjunto, sea para un momento actual o proyectado para un futuro deseado.

El nuevo modelo puede generar diversos impactos según la manera en que esta se realice y concluya, en el cual se ejerce solo la potestad de fiscalización.

En el modelo desarrollado (Figura 1), la única asociación que se genera entre la potestad fiscalizadora y sancionadora se da cuando la primera identifica y recomienda el inicio de un procedimiento para que, en una etapa posterior, se determinen las responsabilidades administrativas que correspondan¹⁴.

El modelo fortalece toda planificación, desarrollo de estrategias y planes sobre la evidencia de lo que ocurre en la realidad o se proyecta a suceder como amenaza y oportunidad, los datos e información, estudios y conocimientos técnicos, y las fuentes de derecho; así como el desarrollo de los conocimientos y habilidades de quienes realizarán la actividad o servicio de fiscalización.

Dentro del modelo, el marco de gestión comprende:

- La identificación de un contexto donde se implementará. No se focaliza en lo ilegal o informal, sino en la orientación a la generación de un beneficio al ciudadano, ciudadana o sociedad, sea presente o futuro;
- Aplicación simultánea y ordenada de principios y disposiciones de la política de modernización de la gestión pública y otras políticas aplicables al desarrollo de cada institución;
- La aplicación de diversas fuentes de derecho generales y específicas; y,
- Respeto, garantía y fomento del ejercicio de los derechos humanos.

Los componentes del marco de gestión se muestran en la Tabla 2 (página 19).

14 Artículo 245, numeral 4, de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Tabla 1. Fiscalización 1.0

Componentes	Fiscalización 1.0	Objetivo principal/ Paradigma
Contexto	Se enfoca en la alta ilegalidad o informalidad. Predomina la orientación a la lucha y así se contribuye a la sostenibilidad de un contexto deseado, principalmente establecido por la norma. Predomina la potestad sancionadora como solución.	
Políticas públicas	Limitada referenciación a políticas públicas y aplicación de sus orientaciones	Lucha contra lo ilegal
Fuentes de derecho orientadoras	Predomina la aplicación de las normas con rango de ley y reglamentarias, en especial la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y las normas vinculadas a infracciones	

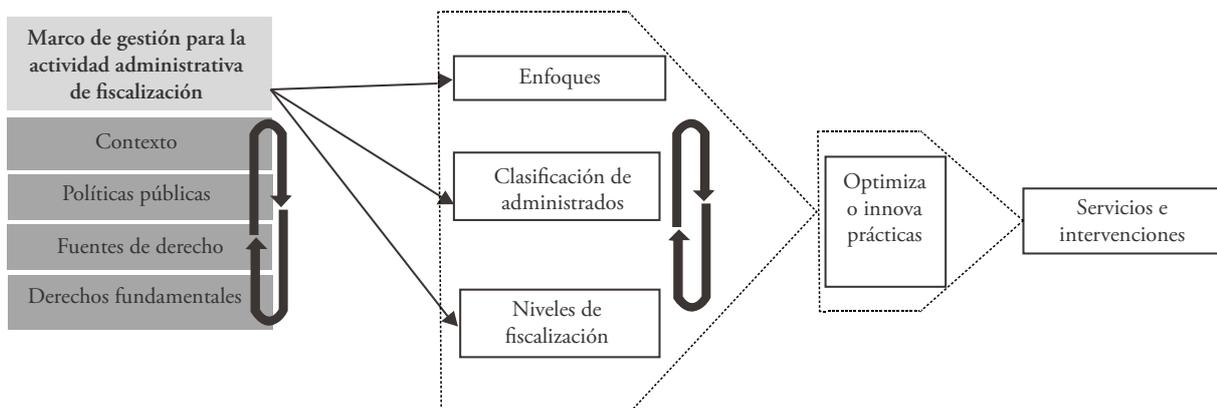
Elaboración: Propia

Tabla 2. Componentes del marco de gestión

Componentes	Marco de gestión para la innovación de la FiAd	Objetivo principal/ paradigma
Contexto	Existencia de una baja competitividad o existencia de hechos que impiden el desarrollo de mejora continua en lo económico, social, ambiental y/o cultural.	
Políticas públicas	Toma en cuenta las políticas de Estado (Acuerdo Nacional, 2002) y diversas políticas públicas (de gobierno, nacionales, regionales o locales) aplicables a la institución que tiene la potestad de fiscalización.	Contribuir a la mejora de competitividad o mejora continua en favor del ciudadano y ciudadana.
Fuentes de derecho	Constitución Política, las normas generales o específicas aplicables, la Agenda 2030 ODS-ONU (2015) y otros convenios o acuerdos internacionales aplicables, las normas que regulan el gobierno digital, sentencias del Tribunal Constitucional que genera jurisprudencia relevante, decisiones judiciales que sean vinculantes, doctrinas y costumbres.	
Derechos fundamentales	Desde la primera hasta las de cuarta generación.	

Elaboración: Propia

Figura 1. Representación del nuevo modelo de gestión de la propuesta de innovación de la FiAd



Elaboración: Propia

Por lo tanto, debemos entender que, al cambiar el paradigma de la FiAd, cambia el modelo de gestión. Se está transitando del campo estrictamente legal y sancionador al campo de la gestión pública moderna y de la gobernanza complementada por otras disciplinas mencionadas, que serán determinantes para identificar y comprender el contexto, aplicar enfoques, diferenciar al público objetivo, establecer niveles de participación y colaboración, lograr diferentes resultados e implementar la actividad con diferentes dinámicas y enfoques, desde la prevención, la reacción o consolidación.

2.2. Sobre la contribución de una entidad de fiscalización a la mejora de la competitividad o a la mejora continua en favor del ciudadano y ciudadana o del administrado

Es importante entender hoy en día cuál es la finalidad la potestad fiscalizadora, porque así se podrá entender su contribución hacia la competitividad o la mejora continua en favor del ciudadano y ciudadana o del administrado.

La finalidad es la prevención, la corrección y la orientación. Así lo señala la *Guía práctica sobre la actividad administrativa de fiscalización* cuando señala:

Sin perjuicio de expresarse a través de actuaciones materiales o técnicas (supervisión, inspección, control, vigilancia y otras modalidades similares), debe cumplir una finalidad preventiva orientada al cumplimiento normativo, una finalidad correctiva orientada al restablecimiento de la legalidad alterada, a fin de garantizar la protección de los bienes jurídicos (seguridad, salud, medio ambiente, cultura, servicios públicos y derechos económicos y sociales diversos), así como el propio interés público; así como una finalidad de orientación a los administrados. (Minjus, 2017: 6)

Este nuevo entendimiento de la potestad fiscalizadora lo aleja de ser punitiva cuando la guía

mencionada señala:

La potestad de fiscalización, en cambio, no tiene una finalidad punitiva, aun cuando tenga su origen en la constatación de una transgresión al ordenamiento jurídico. Si bien en este caso la fiscalización sirve de instrumento para la detección de la conducta ilícita, preparando el camino para el ulterior ejercicio de la potestad sancionadora, su rol no se agota ahí. (Minjus, 2017: 54)

Es importante entender que, al ingresar la potestad fiscalizadora al campo de la gestión pública moderna, genera servicios con características preventivas, correctivas y orientadoras que contribuyen al desarrollo de actividades y de conductas. Por lo tanto, su aporte puede estar vinculado a algunos factores de productividad y, como consecuencia, a la competitividad o a la mejora de condiciones en favor del ciudadano y ciudadana o administrado.

Para entender esta relación, es importante identificar qué se entiende como «competitividad» asociada a la gestión pública de un Estado. Para ello, el Centro de Competitividad Mundial (IMD) indica:

[H]oy, la definición de ‘competitividad’ ha comenzado a cambiar, y algunos la han vuelto a etiquetar como ‘capitalismo inclusivo’ o ‘prosperidad inclusiva’. Para nosotros, esto no es nuevo. El futuro del capitalismo requiere que los gobiernos se den cuenta de que el verdadero objetivo de la política económica es la competitividad: la capacidad de las economías para generar prosperidad para las personas a través de una economía productiva (IMD, 2020).

Esta definición se alinea a lo que señala la Política Nacional de Competitividad y Productividad que establece como objetivo «generación de bienestar para todos los peruanos sobre la base de un crecimiento económico sostenible con enfoque territorial» (MEF, 2018: 7); y se entien-

de al «aumento de la competitividad y productividad, a fin de mejorar el desempeño y eficiencia de nuestros mercados para generar bienestar para todos los ciudadanos» (MEF, 2019: 4)..

Si podríamos concluir que, mediante servicios preventivos, correctivos u orientadores que nacen de la potestad fiscalizadora se puede contribuir a generar el desempeño y eficiencia de un mercado a través del cumplimiento normativo, lo que nos lleva a generar bienestar a los ciudadanos.

Nótese que el Plan de la Política mencionado, aprobado por Decreto Supremo 237-2019-EF (MEF, 2019: 5, 46, 50, 51) incluye a la entidad objeto de estudio de la tesis (Osinfor) para desarrollar acciones orientadas a impulsar al gobierno para avanzar en lograr los objetivos prioritarios para que el país aumente y sostenga su productividad y competitividad; así como la inclusión de otras entidades¹⁵.

Por lo tanto, las entidades o niveles de gobierno no consideradas en la estrategia de productividad y competitividad diseñado por el Estado a través de su política y plan específico, podrían considerarse que, en caso de tener potestad fiscalizadora y aplicando su fin, se les debe considerar que puedan aportar a un fin distinto que es «contribuir a la mejora continua en favor del ciudadano y ciudadana o del administrado». Ello permite que los servicios de la potestad sancionadora puedan mejorar siempre el cumplimiento normativo de parte de las personas sin necesidad de recurrir a la

sanción, lo que fortalece también las acciones de las entidades para generar bienestar en el país no necesariamente vinculado al aumento de la capacidad económica.

2.3. Sobre la propuesta de nuevos enfoques para la FiAd

La identificación y aplicación de diferentes enfoques son parte de la innovación. Los enfoques por considerar surgen del nuevo marco de gestión donde se identifica el asunto a tratar o el problema público a solucionar. Existen los enfoques pilares y los transversales que se aplican según el problema o asunto sobre el que se quiere actuar.

Los enfoques pilares son tres y son comunes a toda actividad o servicio de fiscalización, indistintamente de la entidad que la realice y la competencia y funciones que tenga. Estos son los enfoques de prevención, de reacción y de consolidación. Son indispensables.

El enfoque preventivo es aquel que dirige la atención e interés a identificar señales o indicios de eventos no deseados y disponer o preparar medios contra posibles contingencias a futuro. Se ejecuta mediante actividades para persuadir, orientar, educar o sensibilizar. Se sustenta en un buen conocimiento del contexto, de la dinámica económica, social, cultural y/o ambiental del territorio y aplicación de la gestión de prevención del riesgo o del riesgo.

15 Dentro de las que se encuentran otras entidades con funciones fiscalizadoras, como el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat), la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (Sunedu), el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa), la Superintendencia de Banca y Seguro (SBS), el Organismo Nacional de Sanidad Pesquera (Sanipes), el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Mincetur), el Ministerio de la Producción (Produce), la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Serfor), el Programa Nacional de Becas y Crédito Educativo (Pronabec), la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (Dicapi), los gobiernos regionales y los gobiernos locales.

El enfoque reactivo es aquel que dirige la atención e interés a realizar actividades según sus funciones y competencias de fiscalización cuando se ha producido el daño o es inminente que se produzca una infracción. Incluye la posibilidad de activar las medidas que restrinjan derechos como las de suspensión, provisorias o cautelares, y, posteriormente, la potestad sancionadora en una siguiente etapa de procedimiento sancionador. Se sustenta en un buen conocimiento del contexto, de la dinámica económica, social, cultural y/o ambiental del territorio y aplicación de la gestión del conflicto.

El enfoque de consolidación es aquel que comprende la realización de actividades posteriores a la intervención, sea preventiva o reactiva, para otorgar estabilidad y continuidad del impacto buscado y conseguir que el riesgo o daño no se vuelva a producir o no se den las condiciones para una nueva contingencia. Se sustenta en un buen seguimiento y evaluación de los resultados e impactos obtenidos por la intervención y la aplicación de la gestión de la mejora continua.

Luego, se identifican todos los enfoques transversales que se aplican de forma complementaria a los enfoques pilares y aportan un contenido que debe ser considerado en las prácticas y estrategias a emplear para cada asunto o problema a solucionar. Se aplican sin ser excluyentes entre sí y se pueden complementar entre ellos, en simultáneo, de forma sucesiva o en tiempos diferentes y continuos, según el contexto y objetivo que se busca.

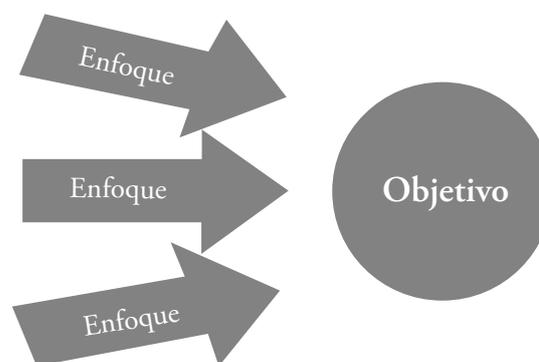
Los enfoques transversales pueden identificar el marco de gestión, principalmente de las políticas públicas y fuentes de derechos vinculados a la misión, competencias y funciones de la entidad fiscalizadora, así como a los derechos humanos vinculados. En la tesis se identifican los enfoques transversales que se relacionan con la entidad objeto de estudio.

Puede aplicarse un único enfoque transversal, varios o todos según el contexto, objetivo, recursos, estrategia, práctica y/o actividad que se quiere desarrollar o servicio que se quiere entregar. Se aplican por niveles de manera secuencial hasta en tres órdenes. El primer orden ha sido agrupado para determinar los alcances iniciales de la práctica, los de segundo orden se agrupan en función del efecto que se quiere lograr con la práctica y los de tercer orden orientan a la práctica para ser aplicada de manera individual o conjunta y según las características o condiciones de a quién se le aplica.

En la Figura 2 se muestra la propuesta y metodología de aplicación de los enfoques pilares y transversales.

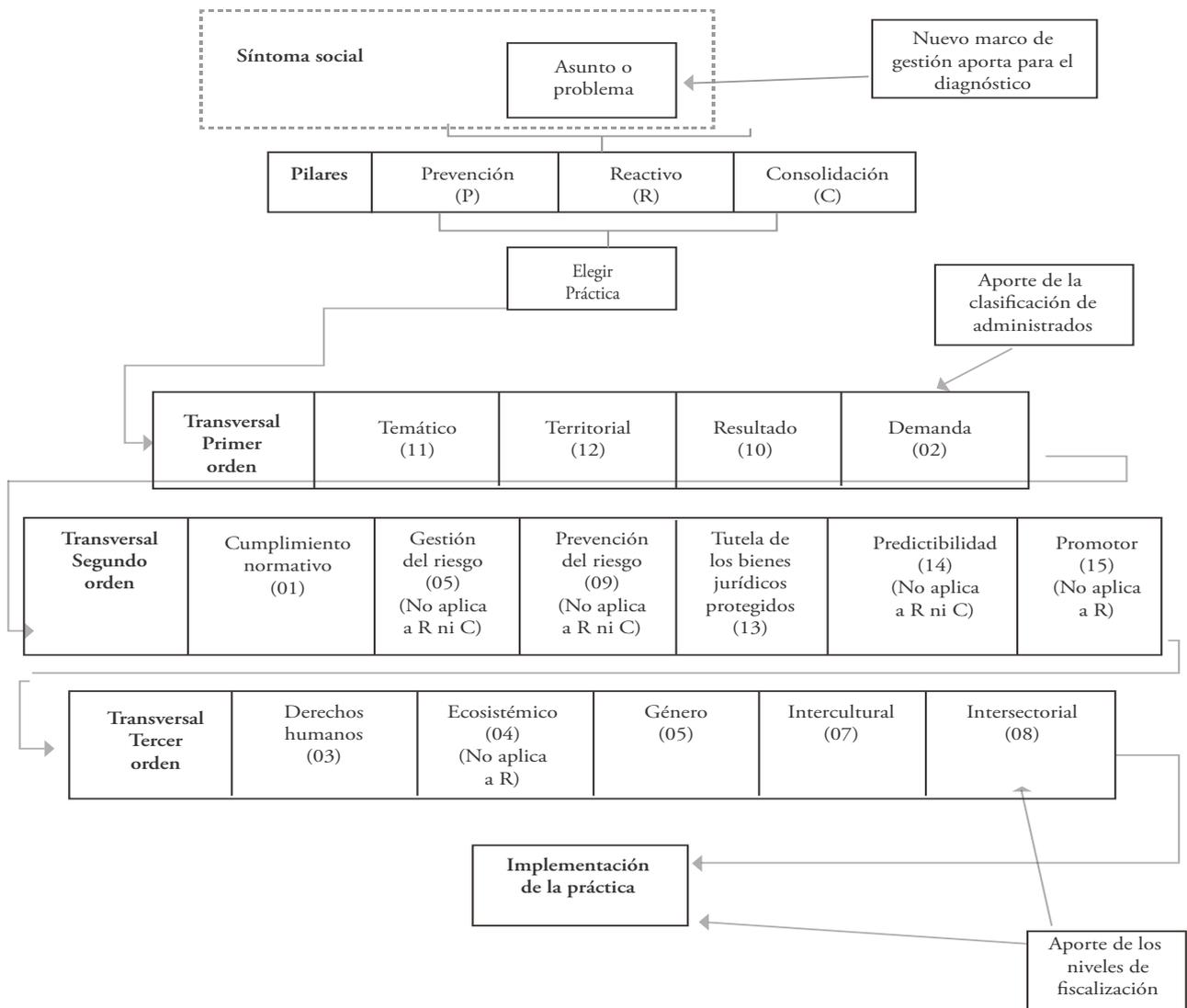
La definición de cada enfoque se puede encontrar en la tesis, y en caso, una institución o sector requiere incorporar un nuevo enfoque o reemplazar los propuestos, lo podría hacer dentro de esta metodología, pues la finalidad es tener todo el panorama previo desde donde se propondrá actividad o servicio, así como la oportuna resolución del problema o amenaza. Cuando transitamos a una aplicación de enfoques combinados y diferenciación de administrados, según una clasificación objetiva, nos aproximamos a una nueva forma de gestión. Es decir, la Fiscalización 3.0.

Figura 3. Fiscalización 2.0. Enfoques aislados



Elaboración: Propia

Figura 2. Innovadora propuesta de aplicación conjunta de enfoques



2.4. Sobre la nueva clasificación de los administrados

La política pública de modernización de la gestión pública orienta a que las instituciones puedan adecuarse a las distintas necesidades de la población y a los cambios sociales, políticos y económicos del entorno. Por ello, se debe descartar una planificación y la implementación de actividades o servicios de FiAd en la creencia que existe un solo perfil de administrado, o la existencia de diversos perfiles que

tengan los mismos problemas o intereses o las mismas necesidades o expectativas.

Considerando como referencia el modelo de contribuyente de Australia, se propone para la FiAd una innovadora clasificación de administrados que se muestra en la Tabla 3 (página 26).

La innovación planteada no solo está en proponer una clasificación de administrados, sino en la aplicación conjunta con la malla de enfoques pilares y transversales, tal como se muestra en la Tabla 4 (página 27).

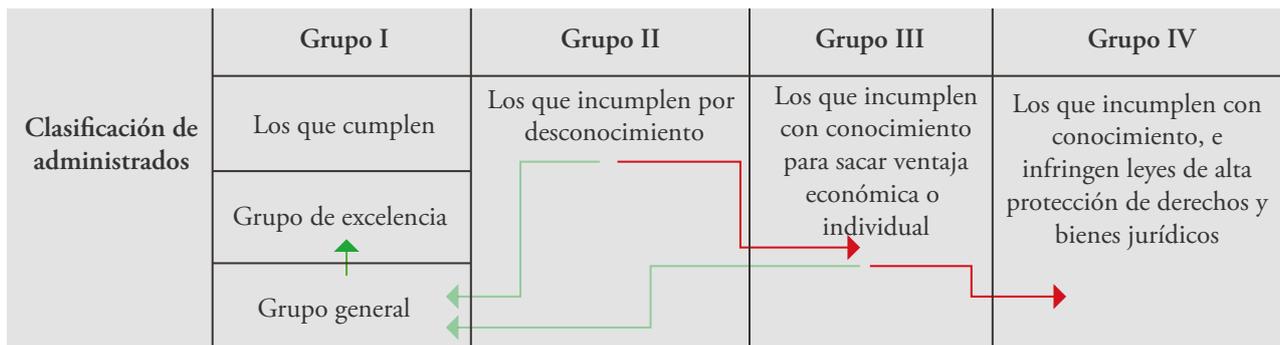
Esta clasificación permite desarrollar diferentes estrategias y servicios para las dinámicas de cambio o permanencia entre los grupos. A continuación, se muestra una visión dinámica de la clasificación de administrados, en que las líneas de color verde muestran el tránsito hacia el cumplimiento, y las líneas rojas muestran el tránsito a lo opuesto Figura 4.

La clasificación de administrados, aplicada con los enfoques, nos aproxima nuevamente a la propuesta innovadora de la FiAd para desarrollar servicios y nuevas estrategias orientadas al ciudadano y ciudadana, o, desde la perspectiva del gobierno al administrado en función de los

intereses, necesidades y expectativas de estos y del conjunto social, lo cual permite implementar actividades que tengan por finalidad orientar, prevenir, acompañar, corregir, recomendar, advertir e, incluso, reconocer, premiar y generar incentivos, hechos que solo son viables con un nuevo paradigma: la competitividad o mejora continua en favor de los ciudadanos y ciudadanas.

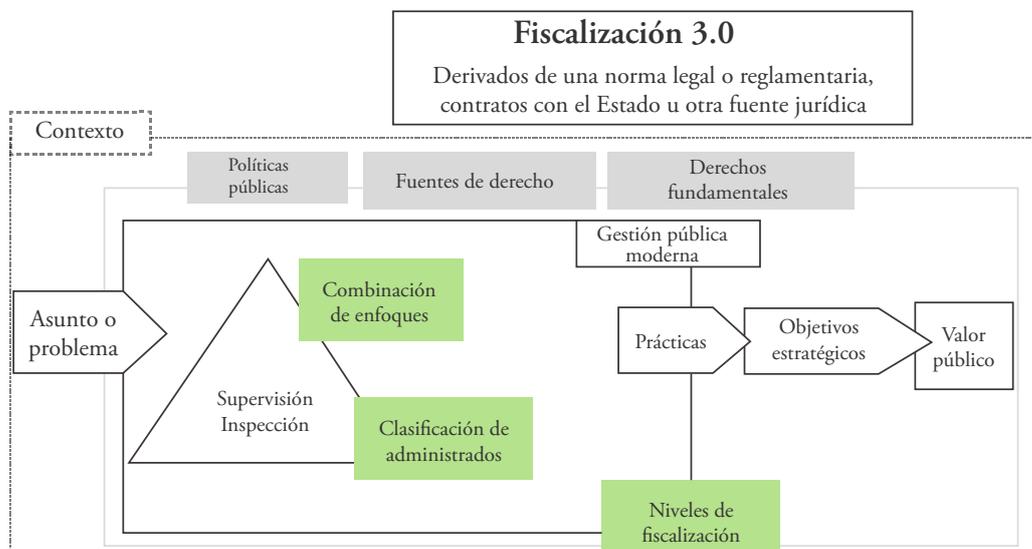
Luego de integrar la propuesta del nuevo marco de gestión, de los enfoques combinados y la clasificación de administrados, se avanza hacia un modelo de gestión superior a la fiscalización 1.0 y 2.0. El modelo se denomina Fiscalización 3.0. A continuación, se muestra en la Figura 5.

Figura 4. Dinámica por la aplicación de propuesta innovadora de la FiAd



Elaboración: Propia

Figura 5. Fiscalización 3.0



Elaboración: Autores de tesis. Fuente: Propia.

Tabla 3. Innovadora clasificación de administrados

	Grupo I	Grupo II	Grupo III	Grupo IV
Necesidades o intereses	Los que cumplen	Los que incumplen por desconocimiento	Los que incumplen con conocimiento para sacar ventaja económica o individual	Los que incumplen con conocimiento e infringen leyes de alta protección de derechos y bienes jurídicos
Definición	Aquellos que cumplen la norma por propia iniciativa, a fin de obtener un reconocimiento social, sacar una ventaja comparativa o competitiva o por un interés particular.	Aquellos que incumplen por no conocer la norma, debido a problemas en la difusión y explicación del alcance; confusión por el lenguaje técnico o barreras culturales (idioma, lengua o cosmovisiones). Luego, al conocer los alcances y consecuencias de la norma, optan por cumplir o incumplir con conocimiento.	Aquellos que conocen la norma y toman la decisión de incumplir, asumen que el incumplimiento los beneficia o les permite obtener una ventaja.	Aquellos que vulneran los derechos fundamentales, incluido derechos de tercera y cuarta generación.
Teoría que sustenta	<i>Enforcement</i>	Actividad administrativa de fiscalización	Actividad administrativa de fiscalización	Punitiva del Derecho penal y protección de derechos humanos
Efecto deseado de la FiAd	Se busca que el grupo permanezca y se consolide en esta categoría. Se puede generar un subgrupo de excelencia, quienes recibirán mayores beneficios	Se busca que con la información brindada y con evidencia, pasen al grupo I.	Se busca que con la información brindada y con evidencia o con la aplicación y apoyo de la potestad sancionadora, opten por cumplir y se integren al grupo I.	Al ser detectados se procede a activar el derecho penal para protección de bienes jurídicos más relevantes. La FiAd coadyuva a las agencias persecutoras del delito con pruebas, informes y conocimientos técnicos.
Efecto generado por la no aplicación de una correcta estrategia de la FiAd	Asumen que están en desventaja competitiva ante los que no cumplen; dejan de cumplir las normas y perciben la ausencia de la autoridad como apoyo al ejercicio de sus derechos y reconocimiento del cumplimiento de sus deberes. Riesgo: abandono del espacio para formar parte del Grupo III o se retiren de manera permanente hacia otras actividades.	Asumen que su comportamiento es normal y lo aceptan como una regla general. Su tendencia será la resistencia al cambio y al cumplimiento de la normativa, por lo que podrían optar por integrarse al Grupo III para sacar ventaja económica o personal.	Se consolidan como los que sacan ventaja competitiva frente a los demás, ante la ausencia de una actividad administrativa de fiscalización eficiente, eficaz, oportuna y/o ética. Se fortalece la informalidad y se normaliza el incumplimiento. Se crean condiciones para que pasen a formar parte del Grupo IV o nunca vean como opción el Grupo I.	Ingresa porque encuentran que obtienen más beneficios que al asumir el riesgo. Se refuerzan con otras conductas ilícitas orientadas a la asociación para cometer delitos o actos de corrupción, donde la transgresión constante o permanente de la norma es la regla general.

Elaboración: Propia

Tabla 4. Innovación de aplicación conjunta entre la malla de enfoques y clasificación de administrados

Tipo de administrado	Grupo I, Grupo II	Grupo III, Grupo IV	Grupo I
Enfoque pilar	Preventivo	Reactivo	Consolidación
Enfoques transversales coincidentes con la naturaleza de los enfoques pilares	Todos	1, 2, 3, 5, 7, 8, 10, 11, 12, 13 y 14	1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 12, 13 y 15

Elaboración: Propia

2.4. Sobre la propuesta de nuevos niveles para ejecución de la FiAd

Hasta aquí hemos identificado hasta tres niveles de la fiscalización. En la fiscalización 1.0 y 2.0 existe la predominancia de una gestión legal del servicio, lo que cambia con la Fiscalización 3.0, en que comienza a predominar el marco de implementación de la gestión pública moderna, por lo que introducir nuevos niveles a la FiAd nos permiten incrementar el valor de la actividad o servicios que planifica, desarrolla, implementa y entrega la institución; para incorporar nuevos estándares que mejorarán los resultados e impactos deseados.

Un siguiente nivel que se debe considerar introducir es aquel que nos brinda el desarrollo del gobierno digital y de las tecnologías. Aplicar los nuevos conceptos basados en creatividad, innovación, mejora continua de los procesos y metodologías ágiles, así como el uso de herramientas que amplifican las actividades, mejoran la oportunidad en que estas se realizan, así como el procesamiento y gestión de datos, información y análisis, fortalece la gestión moderna de la FiAd.

Lo digital tiene por finalidad establecer una nueva y diferente relación entre gobierno y los ciudadanos, así como la cooperación entre entidades, sean públicas o privadas, en beneficio

de ambos y de todos, para objetivos comunes. Esto se puede identificar como una mejora de la FiAd y nos lleva al nivel de la Fiscalización 3.1 tal como se muestra en la Figura 6.

Existe un nuevo nivel con la incorporación de la gobernanza y de medidas que fortalezcan la articulación entre entidades públicas, entre sus niveles de gobierno, entre estas y entidades privadas, así como la participación y colaboración de ciudadanos de un mismo Estado, buscando mejorar la implementación de los espacios de coordinación y cooperación existentes en el país.

Lo mencionado es sumamente relevante, porque, para resolver un problema o atender un asunto público complejo desde la FiAd, no solo lo podrá hacer una sola institución, sino que podrá ser abordado por un conjunto de instituciones con competencias y funciones diferenciadas, pero complementarias. Ello permite la aplicación progresiva de una gestión de gobierno multinivel en los diferentes niveles existentes para que, formando parte de un mismo Estado, desarrollen, en conjunto, relaciones de coordinación y complementación de manera flexible, en distintas formas, sentidos e intercambios y apoyos aun cuando existan múltiples competencias especiales, espaciales, horizontales y verticales.

Aquí podemos identificar a un nuevo nivel de FiAd, denominado Fiscalización 4.0, que se muestra en la Figura 7.

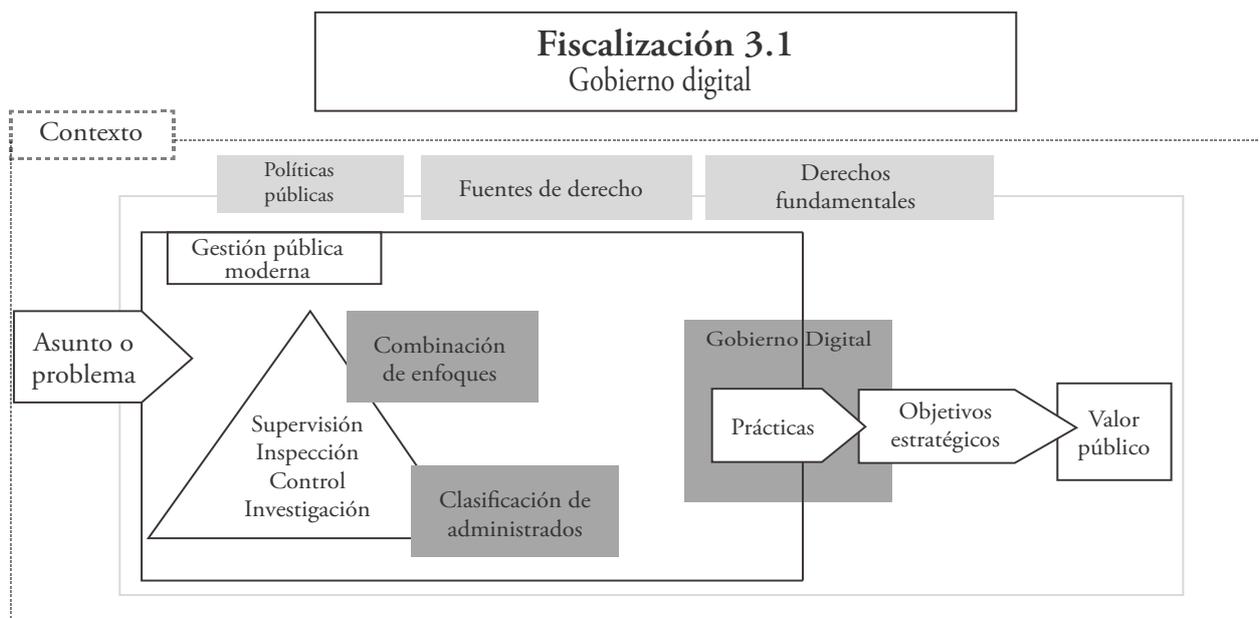
Pero hoy en día y a futuro, debemos reconocer la existencia de asuntos y problemas globales. Es decir, los que involucran a toda una región de distintos Estados, de un continente o del planeta, y, frente a esto, también es importante que la FiAd tome en consideración esta situación.

Es importante el desarrollo de un trabajo colaborativo, en gobernanza y articulado con otros Estados, ciudadanos de otros Estados y/o instituciones públicas o privadas específicas de roles y competencias afines, y también el alineamiento de políticas y acuerdos internacionales con políticas y normas nacionales que impactan en los enfoques, en la clasificación y en la forma de relacionarse a diversos

niveles en un Estado, así como dentro de las instituciones. Todo para resultados e impactos de valor comunes en beneficio de individuos y comunidades de diversos estados o globales, sean presentes o futuras. A lo mencionado se le denomina Fiscalización 5.0 (Figura 8).

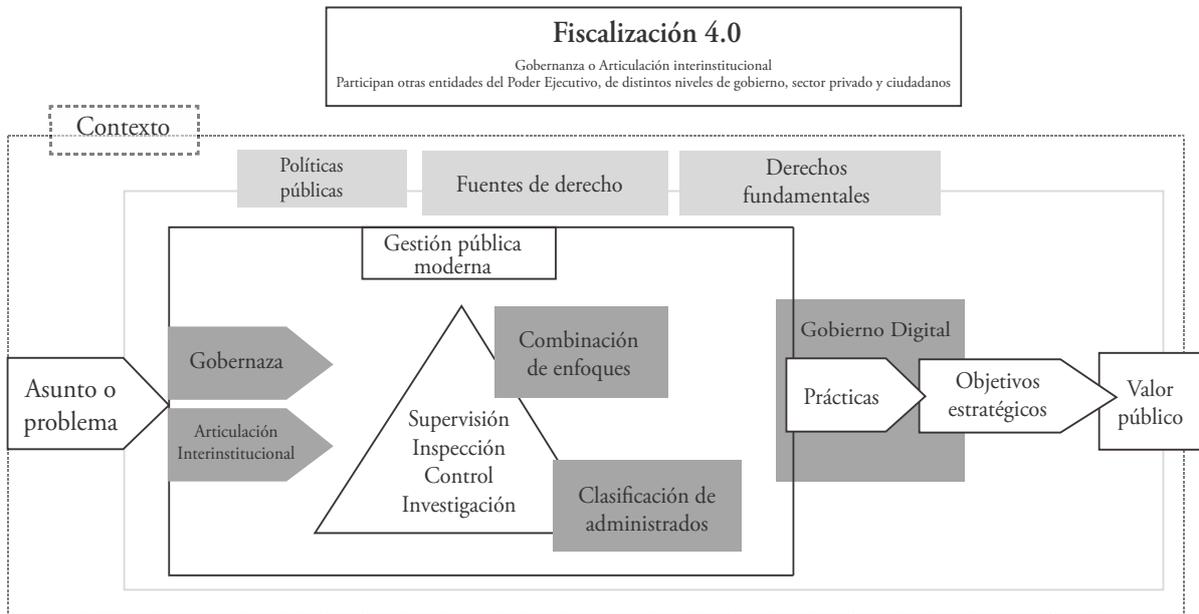
Proponer la implementación de la FiAd en distintos niveles con una nuevas y diferentes orientaciones es, también, una innovación que debemos tenerla presente para actuar en un contexto cambiante, impredecible, muchas veces inesperado e, incluso, de un momento a otro, en caos. Por eso, es importante que los gestores de la FiAd tengan presente hasta cinco niveles y, elegir entre ellas, la que fortalezca o las que fortalezcan la gestión de la FiAd en la institución, en la Figura 9 se resume la propuesta.

Figura 6. Fiscalización 3.1



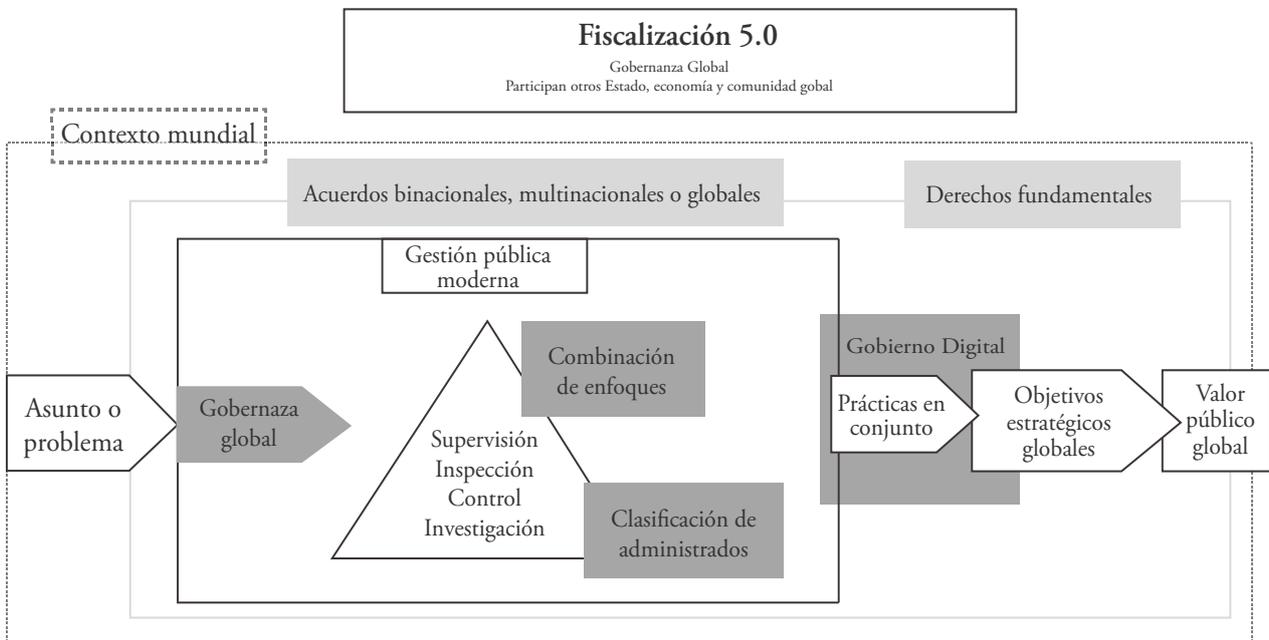
Elaboración: Propia

Figura 7. Fiscalización 4.0



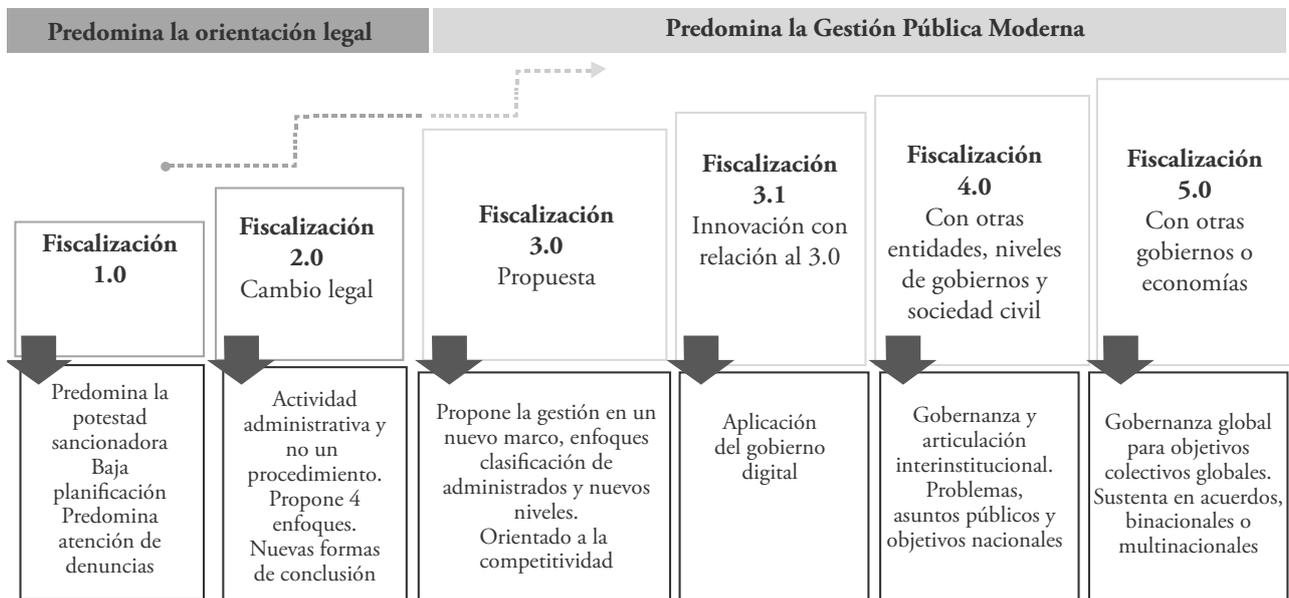
Elaboración: propia

Figura 8. Fiscalización 5.0



Elaboración: Autores de tesis.

Figura 9. Niveles de fiscalización



2.5. Innovación en el modelo de gestión de la FiAd

La aplicación de los niveles de fiscalización 3.0 y 3.1, con la aplicación conjunta de enfoques y diferenciación de administrados, contribuye al desarrollo de las condiciones para mejorar la competitividad o mejora continua con la prestación de servicios diferencias en su ejecución e impacto.

Con la Fiscalización 4.0, además, puede aportar a mejorar los resultados en los espacios de coordinación para coadyuvar a lograr objetivos de Estado o multisectoriales o multiniveles de manera coordinada y cooperativa; y con la Fiscalización 5.0, se aporta a lograr objetivos comunes globales o internacionales.

Los niveles de fiscalización 4.0 y 5.0 ayudan a superar los límites funcionales o de competencia de cada entidad, para que contribuya en mayor grado a la competitividad o mejora continua junto con otras entidades, niveles de gobierno, Estados, economías y sociedad civil según la articulación

interinstitucional y la gobernanza. Estos niveles también permiten que las iniciativas de instituciones públicas y sociedad civil puedan ser desarrolladas de forma colaborativa para conseguir un objetivo común y fortalecer el involucramiento, mitigar amenazas y aprovechar oportunidades.

Por lo expuesto, se debe considerar un nuevo modelo de gestión de la FiAd, que se grafica a continuación, en que se podrá identificar (en negrita) todo lo innovador de la Figura 10.

2.6. Impactos del nuevo modelo de gestión de la FiAd

La implementación de la propuesta del nuevo modelo y su orientación para contribuir a mejorar la competitividad o la mejora continua es un reto para las instituciones encargadas de realizar la FiAd en actividades de control, supervisión, inspección e investigación. El modelo significa un avance hacia la modernización orientada a la generación de mayor público, entendida en la mejora de la institución tanto en su desempeño como en el resultado e impacto en favor del ciudadano, ciudadana y sociedad en general.

La propuesta no solo busca un cambio de paradigma. La adopción de un innovador marco de gestión involucra no menos de cuatro ejes (contexto, políticas públicas, fuentes de derecho y derechos humanos), múltiples enfoques, nueva clasificación de administrados y el desarrollo de actividades a diferentes niveles de gestión.

Esta propuesta significará un cambio o mejora en la misión, visión, estrategias, planes, procesos, planificación presupuestal, servicios y productos finales, herramientas o sistemas digitales, desarrollo de nuevos valores del personal, una buena gestión del conocimiento, gestión de datos, información, evidencias y sus herramientas analíticas, desarrollo de nuevas habilidades y metodologías ágiles en el personal directivo, fiscalizadores y personal de apoyo administrativo. Asimismo, cambio en la cultura organizacional y en los indicadores de gestión y desarrollo humano. También en promover, en los espacios de colaboración, cambios positivos en instituciones y en la sociedad civil con el que desarrolla planes conjuntos y actividades (servicios) complementarias, entre otros.

Lo detallado es un tránsito que deben realizar las instituciones, o áreas de ellas, que realizan cualquiera de las cuatro actividades de fiscalización (control, supervisión, inspección e investigación).

El nuevo marco legal dispuesto por el Decreto Legislativo 1272, que se incorpora a la LPAG, es importante, pero para su implementación se debe abandonar el paradigma anterior y la forma de gestionar la actividad desde la perspectiva únicamente legal.

Hoy, la FiAd nos invita a que la gestionemos modernamente, a realizar un trabajo con nuevas disciplinas y con nuevos conceptos, técni-

cas y herramientas, de manera holística y en gobernanza, porque la búsqueda del cumplimiento normativo, de prevenir y gestionar riesgos, y de tutelar bienes jurídicos protegidos, requiere de un esfuerzo, conocimientos y habilidades más amplias como para seguir creyendo que la FiAd es parte o solo se orienta por la potestad sancionadora.

Los servicios de la FiAd pueden hoy concluir en brindar orientación, reconocimiento, advertir, recomendar mejoras o correcciones, aun cuando no exista el incumplimiento de una norma, la aparición de un riesgo o la afectación de un bien jurídico. Ello demuestra el potencial de la potestad fiscalizadora, sin que esto signifique que ha perdido su importancia para activar la potestad sancionadora. Es más, el rediseño de la FiAd permitirá un cambio en la orientación de la inversión de los gobiernos, en que estos sean dirigidos y percibidos directamente por los ciudadanos y ciudadanas; y no a través de un procedimiento legal, lo que puede generar con el tiempo la disminución de casos que sean derivados a un procedimiento sancionador, en que la creación de implementación de buenas estrategias de la FiAd permitirán brindar servicios oportunos de asistencia, conocimiento y orientación para el cumplimiento de normas, manejo de riesgos y tutela de bienes jurídicos.

La FiAd, sin dejar de lado el campo jurídico como marco habilitante, se ubica ahora más en el campo de la gestión pública para resolver de manera adecuada, oportuna, eficiente, eficaz, transparente y con integridad los diversos asuntos o problemas públicos que se le presenten vinculados al control, supervisión, inspección o investigación, y no limitarse a la aplicación de una norma que regule infracciones o a través de un procedimiento. Es una invitación a quienes están a cargo de la FiAd de aplicar la

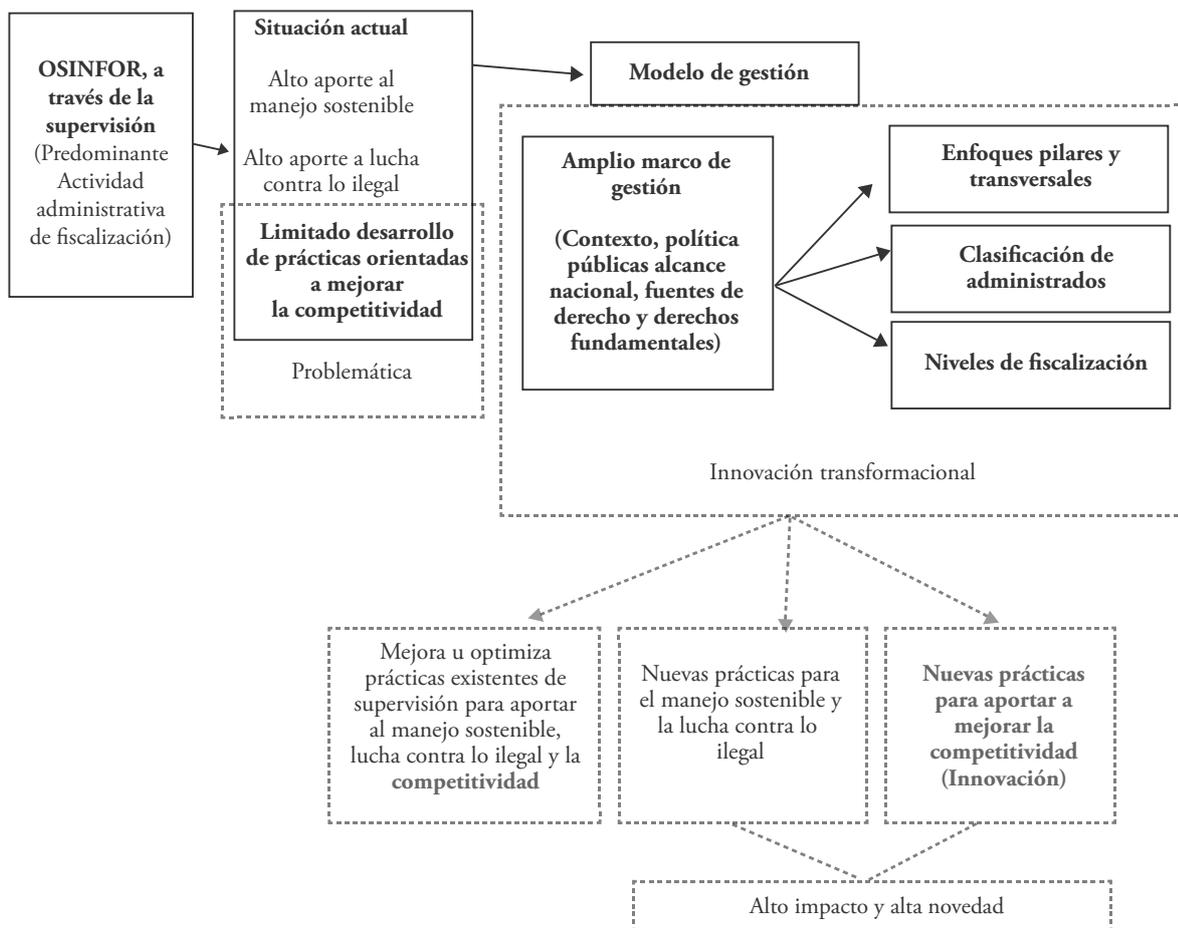
gestión moderna en equilibrio con lo jurídico y el conocimiento técnico y especializado que se requiere según la actividad, conducta o situación que sea objeto de la fiscalización.

Por último, se puede afirmar que hoy las instituciones que realizan la FiAd pueden prestar nuevos servicios a la población o administrados que impactarán en una mejor convivencia, orden, cambio de conducta personal y cívica, desarrollo y ejercicio de derechos y deberes; y su aporte podría ser cuantificado, monitoreado y mejorado.

3. CONCLUSIONES

1. A través de una fiscalización orientativa: Si se identifica una actividad o conducta de riesgo, la institución puede recurrir a esta forma de fiscalizar para identificar riesgos emitir alertas y generar un cambio de conducta, no solo orientado al cumplimiento normativo sino a un mayor involucramiento del ciudadano y ciudadana en participar en las soluciones a los problemas individuales y públicos.

Figura 10. Modelo de gestión



Elaboración: Propia

2. A través de una fiscalización promotora: El reconocimiento o certificación de cumplimiento que entregue una autoridad a un privado, en determinados sectores y actividades económicas, puede generar el incremento de un valor reputacional, lo que puede representar una mejora en disminuir el riesgo del mercado o aumentar su valor frente a la competencia, o su aporte frente a otros ciudadanos o sociedad en general. El valor reputacional brinda no solo un reconocimiento social sino también tiene un valor económico que determinadas personas o empresas podrían capitalizar; y donde el gobierno, de manera indirecta, genera incentivos no financieros que contribuye a un desarrollo económico, social, ambiental o cultural.
3. A través de una fiscalización de preventiva o correctiva: Quien ejerce la fiscalización puede generar también servicios de acompañamiento a personas o empresas que tienen brechas de conocimiento técnico o especializado, de entendimiento por diferencia de lenguas o idiomas; costos de oportunidad en la búsqueda de información o criterios ya establecidos por la autoridad para una adecuada convivencia,

orden o conductas deseadas; entre otras situaciones similares.

En el escenario antes detallado, se pueden proponer mejoras, orientaciones, correcciones y advertencias, incluso antes de que una normativa entre en vigencia, se presente un riesgo que se está evidenciando en otros espacios territoriales o del que se tiene conocimiento por data histórica. Es decir, es necesario proteger un bien jurídico que por hechos actuales muestran tendencias que lo puedan afectar en un futuro próximo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Centro de Competitividad Mundial (2020). «El capitalismo necesita un reinicio. Así es como podemos hacerlo más inclusivo». <https://shorturl.at/hlvzA>
- Ministerio de Economía y Finanzas (2018). «Política nacional de competitividad y productividad». <https://bit.ly/3BaueZd>
- Ministerio de Economía y Finanzas (2019). «Política nacional de competitividad y productividad». <https://bit.ly/3LObgMP>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2017). *Guía práctica sobre la actividad administrativa de fiscalización*. <https://bit.ly/41j5JUf>

SOBRE LOS AUTORES

Álvaro José Anicama González

Abogado y conciliador. Con estudios de Maestría en Gestión Pública, Posgrado Internacional de Mediación y Conciliación, Programa de Alta Gerencia Pública. Con especialización en Derecho Administrativo y Procedimiento Administrativo Sancionador. Con 22 años de experiencia profesional en el sector público y privado, 8 años de experiencia en gerencia en el sector privado y 8 años de experiencia en cargos de alta dirección en la gestión pública. Con experiencia laboral como asesor, coordinador, gerente y director en instituciones públicas como el Banco de la Nación, la Municipalidad Metropolitana de Lima, la Municipalidad del Rímac, la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (Sutran), el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Serfor), el Ministerio de Educación (Minedu) y el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (Osinfor).

Gloria Cristina Panduro Martínez

Arquitecto proyectista por la Universidad Alas Peruanas con 8 años de experiencia. Magíster en Gestión Pública con especialidad en Gestión de Asociaciones Público Privadas en la Universidad ESAN. Verificadora inscrita en el Índice de Verificadores de Predios de la SUNARP. Especialidad en elaboración y asesoramiento de expedientes técnicos, así como diseño y estudio de factibilidad de proyectos arquitectónicos, gestión municipal de proyectos, regularizaciones, conformidades de obra y declaratoria de fábrica, y certificaciones de Indeci. Experiencia en elaboración de Proyectos de Seguridad.

Francisco Mauricio Revilla Loaiza

Abogado por la Universidad Católica de Santa María con 18 años de experiencia. Magíster en Gestión Pública en la Universidad ESAN. Ponente a nivel nacional e internacional, en materia de recursos naturales con énfasis en recursos hídricos. Es docente universitario en la Universidad Científica del Sur y la Universidad Privada del Norte. Ha sido presidente y vocal del Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas de la Autoridad Nacional del Agua.

Silvia Elena Sotelo Ramírez

Médico Cirujano por la Universidad Nacional Federico Villarreal con 21 años de experiencia. Especialista en Radiología por la Universidad Peruana Cayetano Heredia, magíster en Gerencia de Servicios de Salud en la Universidad ESAN y magíster en Gestión Pública en la Universidad ESAN. Auditor médico. Miembro del staff de la Unidad de Neurorradiología de CEREMA (Centro de Resonancia Magnética) y docente para el programa de neurorradiología del Residentado médico en Radiología de la Universidad Peruana Cayetano Heredia.

El control descontrolado. Los procedimientos de la Contraloría General de la República para el descargo de desviaciones o irregularidades en la gestión pública y su alejamiento de los derechos humanos

Uncontrolled control. The Procedures of the Comptroller General of the Republic for the Discharge of Deviations or Irregularities in Public Management and their Distancing from human Rights

Arturo Delgado Vizcarra
Pontificia Universidad Católica del Perú

RESUMEN

Durante el ejercicio de su gestión, los servidores públicos toman decisiones y ejecutan acciones para cumplir el encargo que se les ha otorgado, pero resulta que, además de la obligatoria revisión de facultades de estructuras legales y de políticas o planes de acción, deben revisar si su decisión implica riesgos de responsabilidad posterior. La razón para que ello ocurra es muy sencilla y se basa en una dualidad. Los resultados positivos de la gestión normalmente son propiedad de la institución y sus titulares. Y los problemas son propiedad personal de los servidores que los ejecutaron. Sobre la base de esta dualidad, en buena parte de las oportunidades, las decisiones son aletargadas por una revisión minuciosa de posibilidades. Esta mecánica origina que, luego de estas revisiones, no se opta por la solución más eficiente, efectiva o la de mayor calidad, sino por la menos riesgosa. Este artículo busca explicar sobre los procedimientos de la Contraloría General de la República para el descargo de desviaciones o irregularidades en la gestión pública y su alejamiento de los derechos humanos.

Palabras clave: Contraloría General, irregularidades, gestión pública, derechos humanos

ABSTRACT

Public servants during the exercise of their management make decisions and execute actions to fulfill the assignment that has been given to them, but it turns out that, in addition to the mandatory review of powers of legal structures and policies or action plans, the servers should review whether their decision involves subsequent liability risks. The reason for this to happen is very simple and is based on a duality, the positive results of the management are normally the property of the institution and its owners, the

Fecha de recepción:
10/4/2023

Fecha de aprobación:
25/5/2023

problems are the personal property of the servers that executed them. Based on this duality, in many of the opportunities, the decisions are lethargic by a meticulous review of possibilities, this mechanism causes that after said reviews, the most efficient, effective or highest quality solution is not chosen, but for the least risky. This article seeks to elaborate on the procedures of the Comptroller General of the Republic for the discharge of deviations or irregularities in public management and its distancing from human rights.

Keywords: Comptroller General, irregularities, public management, human rights

1. IDEAS PRELIMINARES

Es un dicho común entre los servidores de la administración pública peruana: «Aquel que no ha hecho, nunca ha tenido una acción de Contraloría». Esta frase es la respuesta a una situación cotidiana en los órganos estatales.

Las decisiones para la ejecución de las funciones públicas parten, en la mayoría de los casos, de la aplicación literal de alguna norma. Estas decisiones no implican riesgo porque se ajustan exactamente al modelo previsto por el legislador o quien haya dictado la regulación.

Sin embargo, la realidad de nuestra sociedad es diversa, cambiante y dinámica. Las normas quedan retrasadas y la administración pública no debe detenerse. Es ahí que debe usarse la interpretación para, entendiendo la necesidad pública y la lógica del funcionamiento del Estado, ejecutar la política pública.

En tanto la interpretación es precisamente ello, una lectura razonada de la normatividad basada en múltiples criterios, puede suceder que esta no sea de entendimiento unánime. Así la

decisión, aun con las mejores intenciones, se convierte en una decisión de riesgo porque estará sometida a diversos escrutinios posteriores.

Evidentemente, puede suceder también que exista voluntad por el delito en los servidores públicos de turno y habrá, en ese caso, transgresiones a la ley.

El Sistema Nacional de Control tiene, a partir del encargo constitucional¹, la función de supervisar la ejecución de los recursos públicos y, como resultado de ello, hacer las imputaciones o señalamientos cuando determine que ocurrieron desviaciones en la ejecución de las funciones públicas.

Nuestra administración pública tiene como uno de sus ejes jurídicos sustanciales las garantías de los ciudadanos frente al poder que ejerce la administración pública al principio de legalidad. Evita el abuso del ejercicio del poder por parte del Estado, en la medida en que las acciones de este deben estar enmarcadas en legislación previa, la cual, se supone, ha sido emitida en interés público.

1 Constitución Política del Perú (1993)

La Contraloría General de la República

Artículo 82.- La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

El contralor general es designado por el Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años. Puede ser removido por el Congreso por falta grave.

El principio de legalidad² implica que la administración pública solo puede ejecutar aquello que está dispuesto, contenido u ordenado en alguna ley previa.

Este principio es bidireccional, así como le dicta un marco de acción al Estado, le brinda a las personas los medios para responder, sobre la base de la ley, cuando perciben que la acción (o inacción) estatal genera alguna afectación a sus derechos o intereses.

Pero sucede que la ley, por sí misma, es inmóvil, está grabada intangible en alguna codificación que no muta salvo que otra norma de igual rango la altere o que se vea afectada por el control jurisdiccional. En cambio, la sociedad, su desarrollo, los problemas públicos y también los particulares están en constante movimiento y cambio. Por ello, los encargados de la gestión pública deben hacerse cargo del entendimiento, de la interpretación de las normas legales para sortear todas estas situaciones muchas de las cuales no están contempladas en la legislación previa. La situación se hace más difícil si debemos resolver un problema urgente, en que se hace inviable esperar a la modificación legal de mañana.

En medio de estas dificultades, divergencias y eventuales contradicciones el Sistema Nacional de Control³ se encarga de:

«Artículo 6.- Concepto

El control gubernamental consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes. El control gubernamental es interno y externo y su desarrollo constituye un proceso integral y permanente».

Dejamos anotado, casi a modo de pie de página, que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control expande el concepto constitucional, ingresa a la supervisión, vigilancia y verificación de actos y resultados de la gestión pública.

Durante el ejercicio de su gestión, los servidores públicos toman decisiones y ejecutan acciones para cumplir el encargo que se les ha otorgado, pero resulta que, además de la obligatoria revisión de facultades de estructuras legales y de políticas o planes de acción, los servidores deben revisar si su decisión implica riesgos de responsabilidad posterior. La razón para que ello ocurra es muy sencilla y se basa en una dualidad, los resultados positivos de la gestión normalmente son propiedad de la institución

2 Las normas legales nos dictan dos textos que consagran al principio de legalidad, ambas con una redacción muy parecida. Ley 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General
Título Preliminar

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo.

1.1. Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Ley 29158. Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Título Preliminar

Artículo I. Principio de legalidad.- Las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos a la Constitución Política del Perú, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico. Desarrollan sus funciones dentro de las facultades que les estén conferidas.

3 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley 27785.

y sus titulares, los problemas son propiedad personal de los servidores que los ejecutaron.

Sobre la base de esta dualidad, en buena parte de las oportunidades, las decisiones son aletargadas por una revisión minuciosa de posibilidades. Esta mecánica origina que, luego de estas revisiones, no se opta por la solución más eficiente, efectiva o la de mayor calidad, sino por la menos riesgosa. La razón de la aplicación de este criterio estriba en múltiples posibilidades. En el presente caso, nos detendremos en una: el Sistema Nacional de Control (SNC), a través de sus procedimientos, plantea exigencias que, en nuestra lectura, violentan el debido proceso y, con ello, los derechos humanos de los servidores públicos.

2. CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO

En *Guía sobre la aplicación del principio-derecho del debido proceso en los procedimientos administrativos* (Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013), encontramos un desarrollo sintético e interesante que nos deriva a entender que el debido proceso es un principio y un derecho. Primero, porque orienta la legislación que regula las manifestaciones de toda autoridad, jurisdiccional o administrativa, que declare, decida o establezca derechos, y, a partir de esta orientación y el mandato legal, obligará a las autoridades a cumplirlo y cautelar su cumplimiento.

Así, involucra al Estado en todo el espectro de sus manifestaciones desde la regulación hasta la decisión. Con esta unión, el texto construye el concepto de «principio-derecho».

Además del principio expresado en derechos, como indica la citada guía sosteniéndose en

jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional (TC), la guía caracteriza al debido proceso como un derecho humano, inherente la persona y protector, de todo aquel que, por decisión propia o ajena, participa en algún proceso o procedimiento.

Este último punto es crucial en el debate que planteamos en el presente texto.

3. LOS PROCESOS DE CONTROL

En puridad no, los procesos de control distan mucho de ser procesos o procedimientos administrativos. Las razones son múltiples:

- El sistema nacional de control, a través de sus organismos, órganos e instancias, cumple una función autónoma, en el sentido que no depende, o, mejor dicho, no debe depender, de la voluntad de algún agente público. El control se ejecuta porque está ordenado en la ley y está ordenado así porque conviene al interés público la verificación que el ejercicio del poder se realice en cumplimiento del ordenamiento legal y la correcta utilización de los recursos públicos.

La Constitución Política de 1993, en su artículo 82, indica que la Contraloría General de la República (CGR) «supervisa la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control».

- El control no implica la determinación de un derecho individual, el pronunciamiento, la autorización o licencia, se trata de —como dije— del ejercicio funcional que deriva en un informe que expresa, o debería expresar, el nivel de cumplimiento de la administración pública sobre sus

mandatos legales y los recursos que se le han asignado.

- El ordenamiento legal ha dispuesto una secuencia de acciones, un método, que deben cumplir los órganos de control para ejecutar sus funciones. Esta secuencia puede ser calificada, sin el menor error, como proceso y algunos de sus elementos como procedimientos.

Además, tales procesos o procedimientos son cumplidos en el ámbito del sector público, en el espacio de la administración pública. Por ello, ¿podrían ser calificados de administrativos? Sí.

En este punto, para evitar toda confusión, toca releer el artículo 29 de la Ley del Procedimiento Administrativo General:

«Artículo 29.- Definición de procedimiento administrativo

Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados».

Regreso a lo dicho en los literales a) y b) precedentes, el resultado del control, expresados en diversas clases de informes⁴, no es un acto administrativo ni deriva, necesariamente, en la afectación de intereses, obligaciones o derechos de los administrados.

Dicho lo anterior, toca apreciar que la administración pública no es un ente virtual o automático, las funciones son planificadas, presupuestadas, ejecutadas y evaluadas por personas, por servidores públicos, quienes —como anoté— tienen como derecho inherente el debido proceso.

Según la legislación nacional, el control puede ser interno y externo, los cuales pueden ser previos, concurrentes y posteriores⁵.

En el caso del control posterior, la denominación explica su funcionamiento administrativo, los órganos de control revisan la ejecución estatal luego que ha ocurrido, normalmente basados en la documentación que consta, o debería constar, en los archivos institucionales. Por el paso del tiempo entre la decisión y la revisión, los servidores que decidieron o ejecutaron las acciones en revisión pueden mantenerse en la institución o encontrarse fuera de ella por las razones más diversas.

4. ELEMENTOS DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Se califica como garantías contenidas en el debido proceso a las siguientes:

El derecho a la notificación.- El conocimiento oportuno e integral de la decisión adoptada y su contenido. Tal conocimiento debe ser trasladado a todas las partes involucradas, incluidas las que tienen legítimo interés en el procedimiento y sus resultados.

- El derecho de acceso al expediente.- Permitir al administrado acceder al expediente del proceso, incluidos sus informes, dictámenes, archivos y otros elementos relevantes que permitan ejercer adecuadamente el derecho de defensa.
- Derecho a la defensa.- Que se deriva en dos elementos, el derecho a que cada persona exponga sus fundamentos ante la administración y que tal ejercicio se realice en plazos prudenciales.

⁴ Las clases de informes dependen de la regulación específica del control que se está realizando.

⁵ Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. (23 de julio de 2002). Normas legales. Diario oficial *El Peruano*.

- Derecho a ofrecer y producir pruebas.- Se explica por sí mismo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la pertinencia de tales pruebas al caso concreto.
- Derecho a una decisión motivada y fundada en derecho.- La autoridad debe incluir en su decisión los hechos y el derecho en los cuales sustenta su decisión, incluida la valoración o apreciación de las pruebas presentadas y de los fundamentos indicados por el administrado, en caso estos se hayan puesto en consideración de la autoridad.

Recordemos que la motivación suficiente es un elemento sustancial a la existencia de un acto administrativo.

- Derecho a la presunción de licitud.- La presunción de legalidad o de inocencia obliga a la autoridad a acudir a la revisión de los hechos sin cargas previas y demostrar con hechos y con una lectura precisa del derecho su punto de vista.

Este derecho adquiere especiales dimensiones y exigencias en el derecho penal y en los procesos sancionatorios.

- Derecho a un plazo razonable.- Dice la frase popular: «La justicia que no es oportuna no es justicia».

Nótese que, para todo efecto, desde una solicitud sencilla hasta para la determinación de derechos de mayor nivel, como la propiedad, el plazo que toma la autoridad en pronunciarse es uno de incertidumbre, tal afectación no debe ser ni extensa ni indeterminada.

- Derecho a ser investigado por una autoridad competente.- La competencia, como se sabe, invoca la capacidad de una autoridad para pronunciarse por indicación

previa de la ley, sea por materia, territorio, cuantía, tiempo o grado.

Debería ser exigible, por otro lado, que el competente en la materia además sea especialista en ella, pues solo así se puede garantizar una apreciación informada de las situaciones.

- Derecho a ser investigado por una autoridad imparcial.- El que evalúa el caso no deberá tener ningún interés o relación personal con el tema en discusión y deberá mantener una posición objetiva a lo largo del proceso.
- Derecho a impugnar.- Tenemos derecho a cuestionar y rebatir lo decidido por la autoridad en las vías, formas, plazos y medios que dispone la ley.
- *Ne bis in ídem*.- Nadie debería ser ni sancionado ni procesado dos veces (o más) por los mismos hechos.
- Publicidad de las normas procedimentales.- Las normas que ordenan los procesos y las sanciones deben haber sido, de forma previa a cualquier actuación, publicadas o notificadas adecuadamente.

Condensando los elementos señalados el concepto clave es el de la información. Así, mediante la notificación se traslada al interesado, procesado o administrado la información contenida en la decisión de la autoridad.

En este punto, desde nuestra óptica se ha descuidado un tema, la notificación se ha reducido a ser un mecanismo que genere certeza, a la administración, que una decisión se ha trasladado a la persona interesada en fecha certera. Nada más.

Por su parte, la decisión administrativa, cada vez más especializada, es en el mejor de los casos un

conjunto de implicancias hecho-ley y viceversa, la mayoría de veces solo comprendida por especialistas. El principal actor, aquel por el cual se han construido garantías, reformas y simplificaciones, queda inerme frente a tal texto.

No se cumple entonces ni la función de notificación, poner en conocimiento la decisión, ni de la resolución porque no se puede ejecutar o contestar lo que no se entiende (Delgado Vizcarra, 2022).

Solo con ese conocimiento, el notificado estará en capacidad de reaccionar válidamente, sea para defenderse o para aceptar la decisión.

También es información el acceso al expediente y, en realidad, no solo a este sino a todos los documentos, antecedentes, informes o dictámenes vinculados con el asunto en ciernes. Por supuesto que estos textos deberían poder ser revisados y analizados con detalle, lo cual impone un tiempo para ello.

Ninguna autoridad debería presumir que el participante en el proceso, por alguna razón, tiene conocimiento pleno y detallado de toda la documentación de un caso.

Para ejercer la defensa, debemos estar informados, además de la temática del caso, del derecho que nos ampara (o imputa responsabilidades) y de aquellas regulaciones que obligan a la autoridad y que son base para la construcción de su decisión. Sin esa información previa, publicada o notificada, la defensa queda reducida a la argumentación fáctica.

El derecho de defensa, como garantía procesal, se encuentra íntimamente ligado al debido proceso. La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8, manifiesta que en el proceso deben cumplirse ciertas condiciones para asegurar una adecuada defensa de aquellas

personas cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial o de otra índole.

«Artículo 8.- Garantías judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter».

En la misma línea de ideas, la misma Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8.2.b, precisa la forma en la que se debe manejar la información previa para el interesado:

«Artículo 8. Garantías judiciales

[...]

1. [...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada».

La información que se acompaña a la acusación o imputación debe ser completa, lo que implica, en el caso del control, todo el acervo probatorio y las razones por las cuales el Estado formuló tal imputación. Como resulta obvio, en caso de que el acervo documentario sea excesivo, se deben dar las facilidades para el acceso a los archivos institucionales, situación que involucra dos situaciones, el acceso a la documentación y el tiempo necesario para analizarla.

Finalmente, en esta extracción, debe exigirse que las autoridades fundamenten sus decisiones de forma clara, completa y detallada, de tal forma que pueda ser conocida por el ciudadano promedio y no solo por el experto en derecho o el especialista en la materia discutida.

Esta afirmación se sustenta en varias expresiones legales⁶:

«Constitución Política del Perú
Artículo 139.5: Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan».

«Código Procesal Constitucional
Artículo 17.- La sentencia que resuelve los procesos a que se refiere el presente título, deberá contener, según sea el caso: [...] 4) La fundamentación que conduce a la decisión adoptada».

«Código Procesal Civil
Artículo 50.6.- Son deberes de los Jueces en el proceso: 6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia».

«Código Procesal Penal
Artículo 394.- La sentencia contendrá: [...] 3. La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique; 4. Los fundamentos de derecho, con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo».

La motivación, en línea con lo expresado por las normas antes citadas, debe ser completa e integral, abarcando toda la voluntad del órgano de decisión legal, las distintas consideraciones que ha meritado para optar por una decisión u otra.

El principio de transparencia exige que, por lo menos en la administración pública, el proceso de decisión quede graficado en el texto resolutorio, que se haga conocido el bagaje de re-

flexiones y no solo aquellas que conducen al resultado que se está notificando.

Esta transparencia, además del derecho humano al debido proceso, exige que la resolución (sea cual fuere su forma) debe ser redactada de manera que sea entendible por toda persona, en especial aquel que ve afectados (negativa o positivamente) sus derechos o intereses.

Las decisiones deben ser claras, completas y detalladas, al punto de ser comprensibles por cualquier persona.

A través de la historia, la idea de motivar ha sido considerada, por defecto, como un instrumento técnico-legal que se limita a proporcionar los criterios usados a las personas instruidas en la materia. Es decir, basta que sea entendible por los especialistas y no por cualquier persona.

Nuestra legislación se encuentra retrasada respecto a las exigencias por la claridad o sencillez.

Ser claros y directos, incluso en el lenguaje, es una obligación de la autoridad para que la motivación completa pueda ser de conocimiento de aquel afectado con la decisión. Dicho de manera distinta, el afectado con la decisión no tiene ni debe ser un especialista en derecho o en el tema a ser decidido. Si se acepta ello como premisa, se aceptará que la redacción sencilla es una herramienta imprescindible para hacer posible el conocimiento real de las decisiones y como reflejo la reacción de defensa o aceptación de ellas.

Sobre esto, Delgado (2022) señala que, para defendernos, debemos saber qué se dice de nosotros o de nuestro derecho, interés o expectativa porque el tener que acudir a un especialista para entender lo notificado y decidir qué hacer con esta encarece la acción, cuestión que

⁶ Como es evidente, la legislación contiene numerosos textos en el mismo sentido. He recogido algunos a modo de pequeña muestra.

debería evitarse en una administración pública que se precie de democrática.

5. EL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL AFECTA EL DEBIDO PROCESO

He anotado que el proceso de control no es, en un sentido estricto, un procedimiento administrativo. Sin embargo, como señalé también, la gestión pública y la ejecución de políticas públicas es materia de personas, de servidores públicos que interpretan normas y las aplican cotidianamente.

En esta línea, en tanto derechos inherentes a las personas, son exigibles todos los elementos o garantías del debido proceso. Sin embargo, no hallamos tal celo como se evidencia en las líneas siguientes.

4.1. Las labores de control inician de modo planificado a fin de que sus objetivos sean alcanzados mediante el adecuado desarrollo de las etapas de su proceso, obteniendo resultados de calidad e impacto es un plazo oportuno⁷; producto de tal planificación se aborda el control correspondiente en sus distintas clases⁸:

- Servicios de control previo
- Servicios de control simultáneo
- Servicios de control posterior

4.2. En el caso del control posterior, producto de las revisiones efectuadas a la documentación de la entidad pública, el órgano de audi-

toría establecerá una serie de conjeturas sobre la actuación de los servidores públicos.

Tales conjeturas serán trasladadas a quienes el órgano de control considera responsables, señalando además cuál habría sido la falencia. Se adjuntan a esta, normalmente, un gran conjunto de documentos que podrían apoyar el supuesto del órgano auditor. Según la Directiva 007-2021-CG/NORM, Servicio de Control Específico a Hechos con Presunta Irregularidad⁹, se otorga un plazo de cinco días hábiles para emitir una respuesta sustentada en documentación, la cual además debería estar legalizada o fedateada.

Formas similares se dictan en el caso de la Auditoría de Cumplimiento. Según la Directiva 001-2022-CG/NORM, Auditoría de Cumplimiento, se otorga un plazo de diez días hábiles con la misma característica. Es decir, la documentación que presenta el servidor debe estar legalizada o fedateada.

Los plazos pueden ser razonables o escuetos, dependiendo de múltiples variables. Serán razonables si el servidor se mantiene laborando en la dependencia objeto de control y si los hechos revisados son puntuales.

Serán escuetos si los hechos son numerosos y voluminosos, situación que se complicará gravemente si el servidor no continúa en labores para la institución en revisión.

Es en este punto en que se hacen visibles las fallas de diseño de las directivas de control ya que afectan derechos humanos en lo relativo al debido proceso¹⁰.

7 Resolución de Contraloría 295-2021-CG. Normas generales de control gubernamental. 23 de diciembre de 2021, página 17.

8 La clasificación se encuentra en la citada Resolución 295-2021-CG.

9 Resolución de Contraloría 134-2021-CG. Directiva 007-2021-CG/NORM. «Servicio de Control Específico a Hechos con Presunta Irregularidad». 11 de junio de 2021.

10 Es cierto que resulta imposible que, normativamente, se prevean todos los supuestos. Sin embargo, si es posible que cada situación específica tenga un espacio de discrecionalidad por quien es responsable de otorgar las ampliaciones de plazo para respuesta que pueden ser solicitadas.

Antes de cualquier análisis, hay algunos temas que deben tenerse subyacentes y siempre presentes en el control.

La función de control además de implicar, en términos generales, la supervisión del cumplimiento de las funciones estatales, involucra la determinación de responsabilidades. Estas son, recordemos, bidireccionales. Se tiene al responsable de un logro, de un proyecto o cometido público, y al responsable que tal no haya ocurrido.

Valgan verdades, no he podido leer un informe que reconozca responsabilidades meritorias, sí de las otras, las que generaron problemas en la ejecución del proyecto o política.

Las normas de control nos muestran una variedad de versiones de responsabilidades, según el tipo de control que se esté trabajando. La auditoría financiera importa incrementar el grado de confianza de los usuarios de los estados financieros. En la de desempeño, se verifica si los proyectos, sistemas o programas operaron con criterios de economía o eficiencia. En la auditoría de cumplimiento, se evalúan las evidencias sobre aspectos significativos de las operaciones, actividades y procesos analizando si cumplen con la normativa aplicables.

En la suma del primer caso, el contenido de la consulta a los responsables es evidente. Se piden explicaciones, sustentadas, de las metas u objetivos que no se alcanzaron o por qué no se cumplió con la normativa establecida.

El segundo caso, control simultáneo, es más diverso. Las responsabilidades pueden derivar de formalidades que no se cumplieron, como el plazo para la implementación del plan de acción o el incumplimiento funcional del titular de la entidad para el seguimiento de las recomendaciones contenidas en el informe

de auditoría hasta complejas contravenciones a las normas administrativas. Por ejemplo, la contratación de personal sin el previo cumplimiento de los requisitos, la falta de cumplimiento de las normas de contrataciones del Estado favoreciendo a un proveedor estatal u otro, o la asignación de bienes o fondos a quienes no deberían recibirlos.

En ambos casos, la consecuencia, en el supuesto que los auditores consideren que no se han absuelto adecuadamente los señalamientos, desviaciones o imputaciones es que se señalen responsabilidades y, eventualmente, hasta se recomiende la apertura de procedimientos sancionatorios o, en el peor de los casos, civiles o penales.

El procedimiento sancionatorio es, a todas luces, un procedimiento administrativo. Ello no está en discusión. Los informes de control y sus conclusiones son parte sustancial en el análisis que se sigue en el procedimiento sancionatorio tal como se indica en el artículo 45 de la Ley 31288, constituyendo en prueba de este.

Así las cosas, consideramos que el servidor público no puede estar desprevenido en la construcción de esta prueba inicial, sea vinculante o no, es la expresión formal de una autoridad estatal determinando si una persona está sujeta a responsabilidades administrativas, civiles o penales.

Esa expresión formal, en ese sentido, afecta los derechos, intereses y, eventualmente, el proyecto de vida de las personas. Por ello, consideramos que se debe respetar cada derecho diseñado para el debido proceso.

De la revisión específica de las afectaciones, encontramos lo siguiente:

- El derecho a la notificación.- Los órganos del Sistema Nacional de Control, corres-

ponde reconocer, salvo excepciones operativas, son muy cuidadosos en este tema. La experiencia nos muestra que tratan de hacer de conocimiento de las imputaciones por varios modos y formas.

La forma del informe que es objeto del traslado, también, en casi todos los casos es razonablemente completa, cada enunciado tiene un desarrollo técnico y legal y adjunta, inclusive, los documentos que son mencionados como prueba por el órgano auditor.

- El derecho de acceso al expediente.- Tengamos presente que tenemos dos clases de imputados, aquel que se encuentra laborando en la institución y aquel que ya no lo está.

El segundo caso es más usual cuando se trata de personas designadas, sea el titular de la entidad o algún otro que pertenezca a la capa directiva de la institución en revisión.

Esta diferenciación es relevante por dos razones. La primera, en la respuesta a los oficios de los órganos de auditoría, se requiere que las afirmaciones se encuentren acompañadas de sustento documental que, como lo he anotado, debe estar fedateado o legalizado, y la segunda por el plazo que, reglamentariamente, se indica para las respuestas.

Partamos de la premisa que el acervo documentario es de la institución, así lo establece el literal b) del artículo 32 del Decreto Supremo 008-92-JUS, disposición en que, adicionalmente, se indica como sancionable la extracción no autorizada de documentos.

En este sentido, ningún servidor que se retira de una entidad pública debería llevar consigo documento alguno, más allá, evidentemente,

de sus efectos personales, pues esto constituye una afectación al patrimonio documental de la nación.

Ocurre aquí un punto de distinción para quien continúa laborando en la entidad pública bajo control contra aquel que no. El que se mantiene en la institución tiene acceso al acervo documentario, puede indagar directamente en el conocimiento formado en común con otros servidores. Recuérdese en este punto que las acciones estatales se construyen a partir de varios elementos de información. Así, por ejemplo, una resolución ministerial tendrá mínimamente como informes previos uno de la Oficina de Asesoría Jurídica, uno de la dirección técnica o administrativa correspondiente y alguno otro que haga falta.

Quien aún labora en la entidad, en caso obtenga nuevas pruebas, podrá acercarse al fedatario y solicitar su servicio. Seguramente ello no impondrá más costo que el tiempo empleado en esta labor.

En cambio, tales acercamientos son, por decir lo menos, muy complicados para aquel que no continúa en la entidad, quien debe apelar a la memoria, en el mejor de los casos tendrá notas. Pedirá ampliación de plazo para la respuesta al órgano de control, indicará que no tiene acceso directo a los documentos, debe llamar a quienes laboraron con él para reconstruir lo que sucedió y sobre esa base construir sus argumentos.

Seguramente, obtendrá una ampliación de plazo, la cual dependerá en su extensión de la directiva correspondiente. Por ejemplo, para el caso del servicio de control específico a hechos con presunta irregularidad, son cinco días hábiles, que por lo general resulta exiguo frente al requerimiento documental.

Y podría complicarse más aún si la sede institucional objeto de revisión se encuentra en lugar distinto al de la residencia del ex servidor público.

Como sucede con cualquier hecho humano, cuanto más lejano es el hecho en el tiempo, más difícil es el recuerdo para reconstruir lo sucedido. Las cosas se complican aún más si se tiene en cuenta que, si uno pedirá documentación por los sistemas de transparencia¹¹ la solicitud, el plazo para la respuesta es de un máximo de diez días hábiles.

Recordemos también que la solicitud en vía de transparencia deberá ser precisa por lo menos en cuanto a la denominación de la documentación o sus fechas y cumplir los datos que el formato institucional requiera.

Así, el Sistema de Control pone al servidor público, en realidad al ex servidor público, en una situación de defensa debilitada, porque para construir su defensa debe hurgar en documentación que le es ajena, situación que se agrava si la sede de la institución donde alguna vez laboró es lejana a su domicilio.

- Derecho a la defensa.- Que se deriva en dos elementos, el derecho a exponer fundamentos a su favor y que tal ejercicio se realice en plazos prudenciales. Respecto de lo primero, todo servidor o ex servidor es libre de argumentar lo que crea que corresponde y todo lo que crea necesario, dentro de los plazos establecidos.

El gran problema es la afectación al derecho de defensa respecto del plazo. La jurisprudencia

constitucional ha indicado que este debe ser razonable¹², concepto que debería derivar en la revisión de cada caso específico. Habrá algunos que pueden ser contestados en pocos días y otros que importen un plazo tengamos presente que las comisiones auditoras normalmente han tenido un equipo de gente revisando documentación por tiempos bastante largos, eventualmente varias semanas, antes de, por ejemplo, la sola planificación

Continuando con el tema del acceso a la documentación, desde nuestro punto de vista, el análisis adecuado para la defensa solo se puede realizar si se cuenta con toda la documentación. Relevante o no, esta servirá para colocarse en la situación y explicar las motivaciones y sustentos que llevaron a una decisión *x* o *y*. Sin embargo, las directivas de la CGR colocan al servidor o exservidor frente a plazos escuetos, como de cinco o diez días, para la respuesta restando las posibilidades de análisis y argumentación.

- Derecho a ofrecer y producir pruebas.- Debe reconocerse que en este caso no hay restricciones.
- Derecho a una decisión motivada y fundada en derecho.- Hay, en la mayoría de los casos un problema de motivación y sustento en los informes que producen los órganos de auditoría. Sucede que en buena parte de los casos no atienden, sea para aceptar o negar, los argumentos y pruebas presentados por el servidor público.

11 Artículo 11 del Decreto Supremo 021-2019-JUS. (11 de diciembre de 2019). Normas legales. «Texto Único Ordenado de la Ley 27806. Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública». Diario oficial *El Peruano*.

12 Encuentro Jurisdiccional Nacional de Jueces Especializados en Materia Constitucional. (1 y 2 de diciembre). Acuerdos Jurisdiccionales. Poder Judicial del Perú.

En esa línea, varios de los informes finales generan la sensación que no se leyeron y menos analizaron los argumentos expuestos, situación que afecta el derecho de defensa para instancias posteriores. Recuérdese que estos informes servirán de base para procesos disciplinarios o judiciales.

- Derecho a la presunción de licitud.- Debe reconocerse un trabajo especialmente dedicado y detallado en torno a las imputaciones a los servidores y ex servidores públicos. Los informes tratan uno a uno cada tema. Sin embargo, convendría mayor profundidad en las revisiones y atención a los argumentos expuestos por quien es imputado.
- Derecho a ser investigado por una autoridad competente.- La competencia formal es incuestionable, los equipos o comisiones son designados para ese periodo, caso o proyecto.

Sin perjuicio de lo dicho, existe el caso eventual que el informe es elaborado por una comisión o equipo de auditoría que no cumple con la especialidad que corresponde a la institución o el proyecto revisados. Esta situación afecta el criterio y la calidad de la información que se produce desde el sistema nacional de control.

- Derecho a impugnar.- Según las normas generales de control gubernamental, los informes no son impugnables¹³.

Por su naturaleza, el informe de control es un documento que concluye en recomendaciones que otra autoridad puede implementar. Así,

en realidad, la impugnación no se interpondrá sobre la fuente que señala responsabilidades, sino sobre la decisión que adopte la autoridad luego de analizar las responsabilidades correspondientes.

Sin embargo, la realidad nos marca consecuencias importantes. Los informes pueden derivar en el inicio de procesos disciplinarios o judiciales, las consecuencias son directas a la persona imputada. Recuérdese que el solo hecho de acudir a un proceso disciplinario importa un costo importante para cada servidor, sea por el tiempo invertido o por la necesaria asesoría a la que debe acudir.

CONCLUSIONES

Insistimos en que el proceso que sigue el Sistema Nacional de Control no es un procedimiento administrativo. Sin embargo, ello no deriva en que este y sus múltiples variables puede ser diseñado con total albedrío.

La Contraloría General de la República debe tener presente que el señalamiento de imputaciones o desviaciones se realiza a servidores o ex-servidores, quienes, en tanto personas, gozan de garantías inherentes frente a la actividad estatal.

En esa línea, el diseño de las actividades de control debe cautelar el cumplimiento de todos los elementos del debido proceso, cuestión que hoy no cumple tanto por lo expresado en las resoluciones de contraloría como por la práctica ejecutada en la materia.

13 Resolución de Contraloría 295-2021-CG. Normas generales de control gubernamental. 23 de diciembre de 2021, página 22. «Los informes de control emitidos por el SNC constituyen actos de administración interna de los órganos conformantes de este, por lo cual no están sujetos a recursos impugnativos, La revisión de oficio es una facultad exclusiva y de iniciativa propia de la Contraloría para verificar, selectivamente, si la elaboración de un informe de control se ha sujetado a la normativa de control; de cuyo resultado se puede determinar la reformulación».

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Delgado Vizcarra, A. (2022). «La notificación como medio de comunicación». *Estudios sobre derecho administrativo*, páginas 405-420. Lima: Asociación Civil Derecho y Sociedad.

Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2013). *Guía sobre la aplicación del principio-derecho del debido proceso en los procedimientos administrativos*. Lima.

SOBRE EL AUTOR

Especialista en obras públicas e infraestructuras. También en diseño, desarrollo e implementación de políticas públicas con especial énfasis en las relativas a defensa nacional, infraestructura, promoción de la inversión privada e inversión pública. Gestión pública especialmente en lo relativo a las adquisiciones estatales. Árbitro en contrataciones del Estado y el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. Busca innovar y crear valor en el sector público.

Las infracciones en materia de contratación administrativa

Violations in the Matter of Administrative Contracting

Christian Guzmán Napurí

Universidad Continental, Huancayo, Perú

 <https://orcid.org/0000-0001-9929-0068>

RESUMEN

En todo contrato administrativo debe participar por lo menos un órgano estatal en ejercicio de función administrativa. La ley define qué se entiende propiamente por entidad, que en determinadas circunstancias puede incluir entes no estatales de derecho público interno, como los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado. Este artículo busca explorar cómo, en el contexto de un proceso administrativo sancionador, se pretende primero una previsión especial, frente al administrado que comete la infracción; así como una previsión general, respecto del resto de administrados, para que ellos no cometan estas infracciones, pero enfocados en la satisfacción de necesidades públicas a través de la contratación administrativa. En este sentido, el autor se expone sobre las distintas infracciones posibles en materia de contratación administrativa.

Palabras clave: administrativo, infracciones, contratación pública

ABSTRACT

In every administrative contract, at least one state body in the exercise of administrative function must participate. The Law defines what is properly understood by an entity, which in certain circumstances may include non-state entities governed by internal public law, such as funds constituted totally or partially with public resources, whether governed by public or private law. This article seeks to explore how, in the context of a sanctioning administrative process, a special provision is first sought, against the company that commits the infraction; as well as a general forecast, with respect to the rest of the companies, so that they do not commit said infractions, but focused on the satisfaction of public needs through administrative contracting. In this sense, the author elaborates on the different possible infractions in terms of administrative contracting.

Keywords: Administrative, infractions, public procurement

Fecha de recepción:
30/4/2023

Fecha de aprobación:
15/5/2023

1. INTRODUCCIÓN

Los contratos de derecho público son aquellos a través de los cuales el Estado satisface el interés general. El concepto de contrato administrativo, a primera vista, no parece diferir del concepto de contrato en el derecho privado, pero al ser el Estado una de las partes de este, tiene características propias, hay incluso diferencias estructurales.

Así, puede definirse el contrato administrativo como aquel en que la Administración ejerce prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera de este. Ello para satisfacer el interés general (Cassagne, 1999: 15). En tal sentido, debemos considerar que el concepto de contrato administrativo tiene una naturaleza instrumental, basada en la utilidad pública, pero, a la vez, en la calificación legal¹.

El objeto de este contrato se rige, en consecuencia, por el derecho público. En todo contrato administrativo debe participar por lo menos un órgano estatal en ejercicio de función administrativa. Ahora bien, la ley define qué se entiende propiamente por entidad, que en determinadas circunstancias puede incluir entes no estatales de derecho público interno, como los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado.

Ahora bien, en el marco del proceso de contratación administrativa los proveedores pueden ser pasibles de cometer infracciones, las mismas que son sancionadas por el Tribunal de Contrataciones, según lo establecido por el

Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, el TUO). La justificación es evitar que se cometan actos dañinos, generando previsión de estos a través de la sanción administrativa.

Así, como en todo procedimiento administrativo sancionador, se pretende primero una previsión especial, frente al administrado que comete la infracción; así como una previsión general, respecto del resto de administrados, para que ellos no cometan estas infracciones, pero enfocados en la satisfacción de necesidades públicas a través de la contratación administrativa.

1.1. Potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones

De acuerdo con el Reglamento de la Ley de Contrataciones², la facultad de imponer sanción administrativa según el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la Ley), a proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, según corresponda, así como a las entidades cuando actúen como tales, por infracción a las disposiciones contenidas en la Ley y el Reglamento, reside solo en el Tribunal. Sin embargo, la potestad sancionadora es asignada por la Ley³, en estricto cumplimiento del principio de legalidad.

A su vez, según la Ley⁴ el Tribunal de Contrataciones del Estado es un órgano resolutorio que forma parte de la estructura administrativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Tiene plena autonomía e

1 Sobre el particular, Salazar Chávez, 2009: 27.

2 Artículo 257 del Decreto Supremo 344-2018-EF, en adelante, el Reglamento.

3 Artículo 50 de la Ley.

4 Artículo 59 de la Ley.

independencia en el ejercicio de sus funciones. Estamos, entonces, ante otro tribunal mixto, que tramita tanto trilaterales como sancionadores. Sin embargo, en este último caso, como veremos, resuelve en instancia única.

Ahora bien, por la potestad sancionadora, la Administración se encuentra facultada para sancionar a los administrados por la comisión de infracciones establecidas por el ordenamiento jurídico. Es preciso recordar que por primera vez se estableció en la Ley del Procedimiento Administrativo General una regulación expresa de la potestad sancionatoria, aplicándosele incluso garantías que inicialmente se consideraban propias del derecho penal, lo cual se ha hecho evidente también en la normativa en materia de contrataciones con el Estado.

1.2. Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva

Como señalé en trabajos anteriores (Guzmán Napurí, 2021: 90 y ss.), la responsabilidad administrativa del administrado debe ser objetiva, razón por la cual basta la relación causal entre la infracción y la actuación de aquel para imputar esta, sin que sea necesario analizar factor de atribución alguno, que en este caso serían el dolo o la culpa.

En materia de contratación administrativa, ello se deducía claramente de lo que señala la normativa, pues se establece que la intencionalidad del autor posee un papel en la determinación de la sanción, pero no en la asignación de la responsabilidad administrativa que corresponda⁵; y así lo ha entendido claramente

el Tribunal de Contrataciones al resolver en materia sancionadora⁶.

Ahora bien, como ya se ha señalado, el concepto de culpabilidad debe ser descartado para permitir la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, la que hoy en día resulta ser por completo indiscutible y que es necesaria para sancionar en materia de contratación administrativa, en que gran parte de los sancionados son personas jurídicas e incluso entidades del Estado.

Si admitiéramos la necesidad de acreditar el dolo o la culpa para efectos de la responsabilidad administrativa, sería imposible que una persona jurídica pueda ser sancionada, pues la actuación dolosa o culposa solo podría atribuirse a sus representantes. Por ello, se considera que no resulta posible imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas⁷.

Ahora bien, la incorporación del principio de culpabilidad en la Ley 27444 generó en esta materia una importante controversia, pues, no obstante el desarrollo jurisprudencial existente, no existía referencia expresa en la redacción original de la Ley 30225. Como resultado, el Decreto Legislativo 1341 modificó la norma. Estableció que la responsabilidad derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores que admitan la posibilidad de justificar la conducta.

Por último, el Decreto Legislativo 1444 modifica la norma señalada⁸, estableciendo que la responsabilidad derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos

5 Para una opinión distinta, Cassina Rivas, 2014: 46 y ss.

6 En especial, la Resolución 1438-2007-TC-S3 y 231.2014-TC-S3, entre otras.

7 Sobre el particular, véase Nieto, AÑO: 440 y ss.

8 Numeral 50.3 del artículo 50 de la Ley.

tipos infractores que son señalados expresamente por la norma en cuestión, a los cuales nos referiremos con detalle en este trabajo.

Es evidente en este caso que la normativa en materia de contratación administrativa sigue confundiendo el principio de causalidad con el mal llamado principio de culpabilidad, siendo claramente conceptos distintos, lo cual es una de las tantas falencias que muestra la regulación del procedimiento administrativo sancionador en esta materia.

1.3. Los principios de la potestad sancionadora aplicados a la contratación administrativa

En este acápite trataremos algunos principios propios de la potestad sancionadora, que hemos tratado con amplitud en el capítulo correspondiente, que sin embargo muestran un tratamiento importante en materia de contratación administrativa, en especial a través de la jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones del Estado.

Debido procedimiento

Es necesario recordar que el debido procedimiento, en materia sancionatoria, implica que las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso. En este caso, y dado que la resolución que pueda emitirse tendrá un carácter gravoso, este principio debe ser tomado en su acepción más amplia posible, incluidos, para algunos, determinados principios del derecho de defensa en el orden penal (Huapaya Tapia, 2005: 188). Así, este principio es medular en los procedimientos tramitados por el Tribunal de Contrataciones⁹. Y así lo ha entendido este colegiado en reiterada jurisprudencia¹⁰.

Razonabilidad

Ahora bien, como veremos, el Reglamento establece los criterios aplicables para la graduación de la sanción, los cuales no difieren sustancialmente de los establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Estos criterios son necesarios para que la graduación sea objetiva y pueda ser revisada por el Poder Judicial si se iniciara el proceso contencioso administrativo, teniendo en cuenta que el procedimiento administrativo sancionador en este caso se tramita en instancia única. Sin embargo, a diferencia de otros ordenamientos, el Tribunal de Contrataciones no emplea fórmula, con lo cual se afecta la necesaria objetividad que requiere este principio.

Tipicidad

Por el principio de tipicidad —que se confunde en ocasiones con el principio de legalidad sancionatoria—, solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía, lo cual incluye la sanción aplicable.

Ahora bien, es preciso señalar que la Ley establece de manera taxativa las infracciones en la materia, sin establecer la posibilidad de tipificación a través del Reglamento, lo que sí ocurriría con la norma derogada. No existe entonces colaboración reglamentaria en el ámbito de la contratación administrativa. A esto nos referiremos adelante en este capítulo.

A ello debe agregarse que a través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligacio-

9 Sobre el particular, Cortes Tataje, 2014: 233-234.

10 Resolución 368-2011-TC-S4, 443-2014-TC-S3, entre otras.

nes que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda. Ello significa que las infracciones en materia contractual deben estar enfocadas de manera directa en las obligaciones que la normativa impone. Es decir, la Ley y el Reglamento.

Concurso de infracciones

El principio de concurso de infracciones implica que, cuando una misma conducta califique como más de una infracción, se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes. Este principio se presenta similar a los establecidos en el ámbito penal respecto a los concursos de delitos, sean estos ideales o reales, distinción que se considera aplicable también al procedimiento administrativo sancionador.

Ahora bien, la contratación administrativa puede ocurrir de manera frecuente que una misma conducta genere más de una infracción, con lo cual debe aplicarse lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Como se señaló, debe tenerse cuidado con los supuestos en los cuales un mismo hecho conforma en realidad conductas distintas, situación en la cual cada una de ellas constituye infracciones sancionadas de manera independiente (Torres Zavala, 2015: 36 y ss.).

En este orden de ideas, el Reglamento preceptúa que¹¹, en caso de incurrir en más de una infracción en un mismo procedimiento de selección y/o en la ejecución de un mismo contrato, se aplica la sanción que resulte mayor. En el caso que concurren infracciones sancionadas con multa e inhabilitación, se aplica la sanción de inhabilitación.

Causalidad. Fractura del nexo causal

Como se señaló, en el derecho administrativo sancionador —y en el derecho sancionador en general— la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable. Ahora bien, al igual que en el derecho penal y la responsabilidad civil, el criterio de causalidad a aplicar es el de la denominada causalidad adecuada.

Dada la naturaleza objetiva de la responsabilidad administrativa del administrado, la única forma a través de la cual este administrado podría eximirse de responsabilidad estriba en acreditar una fractura en el nexo causal. Es decir, demostrar que, no obstante la generación de la infracción, esta no fue originada por el comportamiento del administrado.

De hecho, diversas resoluciones del Tribunal de Contrataciones emplean el concepto de fractura del nexo causal, estableciendo que en estos casos el administrado no es responsable de la infracción imputada, basándose en supuestos como caso fortuito (una enfermedad) o hecho determinante de tercero, como puede ser la presentación de documentación falsa por un miembro del consorcio.

Non bis in idem

Como indiqué de manera reiterada, para que ese principio sea aplicable, se requiere que se manifieste la triple identidad. Ello implica que exista identidad de sujeto, de hecho y de fundamento (Cortez Tataje, 2014: 258-259). En el primer caso, es preciso tener en cuenta la posibilidad de aplicar sanciones administrativas a las personas jurídicas, a diferencia de lo que ocurre en los procesos penales.

11 Artículo 266 del Reglamento.

En el segundo caso, es preciso señalar que existe un ámbito material y un ámbito procesal de este principio. Por el primero, las personas, sean naturales o jurídicas, no pueden ser sancionadas por lo mismo dos veces. Por el segundo, las personas no pueden ser sometidas a más de un proceso judicial o procedimiento administrativo por los mismos hechos.

En cuanto a la identidad de fundamento, esta se enfoca en el bien jurídico tutelado, cuya distinción justifica que un mismo hecho pueda generar varias imputaciones contra un mismo sujeto. Esto ocurre en la contratación administrativa con frecuencia. Un ejemplo es la presentación de información falsa. Sin embargo, en el caso de las vulneraciones a la libre competencia, la Ley vigente ha eliminado la infracción respectiva, centrando la protección de esta en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), como veremos adelante.

1.4. La obligación de informar sobre supuestas infracciones

El Reglamento preceptúa¹² en este punto que el Tribunal toma conocimiento de hechos que pueden dar lugar a la imposición de sanción, por denuncia de la entidad o de terceros, por petición motivada de otros órganos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o de otras entidades públicas o de oficio. De hecho, el mayor incentivo para efectuar la denuncia corresponde a los postores perdedores en el procedimiento de selección, en particular cuando ocurren infracciones que afectan el otorgamiento de la buena pro.

En primer lugar, según lo dispuesto por el Reglamento, toda denuncia o petición debe contener como mínimo un conjunto de elementos, como son la identificación del proceso de contratación; la identificación del presunto infractor; la infracción imputada al presunto infractor, según lo previsto en el numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley; así como los documentos que sustenten la denuncia.

Ahora bien, el requerimiento de la infracción imputada no debería ser relevante, pues ello debe ser determinado por el Tribunal al iniciar el procedimiento sancionador, en aplicación del impulso de oficio en el cual se incluye la obligación de la autoridad administrativa de determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal¹³.

La norma no señala qué ocurre si el denunciante pretende interactuar en el procedimiento más allá del ofrecimiento de pruebas. De hecho, las entidades han podido participar de audiencia de informe oral ante el Tribunal, pero ello no las convierte en parte del procedimiento, razón por la cual tampoco podrían interponer recurso de reconsideración ni tampoco demanda contenciosa administrativa contra lo resuelto por el Tribunal.

Asimismo, según la norma, cuando la infracción pueda ser detectada por la entidad, está obligada a comunicarlo al Tribunal, bajo responsabilidad, remitiendo un informe técnico que, además de lo señalado en el párrafo precedente, contenga una opinión sobre la existencia de la infracción y del daño causado a la entidad; siendo que, de corresponder, remite también una copia de la oferta. La norma no

12 Artículo 259 del Reglamento.

13 Artículo 156 del TUO de la Ley 27444.

establece qué ocurre si la denuncia es presentada sin el requisito establecido, que sigue siendo innecesario.

Además, el Reglamento preceptúa que el incumplimiento de la obligación de la entidad de comunicar la comisión de presuntas infracciones será puesto en conocimiento de su oficina de control institucional o de la Contraloría General de la República, según sea el caso, para el deslinde de responsabilidades. Asimismo, este incumplimiento constituye responsabilidad disciplinaria y responsabilidad penal, como veremos en este artículo.

Por último, la norma establece¹⁴ que, en todos los casos, la decisión de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo sancionador corresponde al Tribunal. Ello deja clara la aplicación del principio de oficialidad propia del procedimiento, así como el hecho de la inexistencia de mecanismo alguno que fuerce al Tribunal a emitir el acto de inicio del procedimiento, siendo claramente un sancionador puro.

2. INFRACCIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

La Ley¹⁵ establece un conjunto de infracciones aplicables a proveedores, postores, adjudicatarios y contratistas, en cumplimiento del principio de tipicidad. Estas infracciones se encuentran referidas a determinados bienes jurídicos que deben ser tutelados en el contexto de la contratación administrativa, para que pueda cumplir sus fines de manera adecuada. Es preciso señalar, como veremos, que existen infracciones establecidas en la normativa derogada que en la Ley vigente ya no existe, a las cuales aludimos más adelante.

2.1. Las infracciones establecidas en la ley

La ley derogada establecía un supuesto de lo que se denomina colaboración reglamentaria en el contexto del principio de tipicidad sancionadora, al prescribir la posibilidad de que existan infracciones que se establezcan en el Reglamento. Esta disposición, sin embargo, no se haya consignada en el texto de la Ley, en cuya elaboración se ha considerado que la tipificación de las infracciones debe efectuarse a través de la Ley.

Desistirse o retirar injustificadamente su oferta

En primer lugar, constituye infracción administrativa no mantener la oferta hasta el consentimiento de la buena pro, de resultar ganadores, hasta la suscripción del contrato. Es decir, que el postor no mantenga su oferta hasta que la buena pro haya sido consentida, teniendo en cuenta que ya no existe la garantía de seriedad de oferta, que ha aparecido y desaparecido sucesivamente de la normativa en materia de contrataciones del Estado. La finalidad es evitar que se afecte la eficiencia en la contratación administrativa en el contexto del procedimiento de selección.

La Ley tipifica esta infracción como el desistimiento o retiro injustificado de la propuesta, con lo cual podrían existir supuestos de justificación de este hecho, como podría ser el error detectado en la propuesta económica (Capcha Reymundo, 2014: 236). Es preciso señalar que la ley derogada consignaba esta infracción y la siguiente como una sola, siendo claramente distintas.

Por último, según la norma, a esta infracción no se le aplica la responsabilidad objetiva a la cual nos hemos referido. Ello se debería a que estamos frente a una infracción que podría justificarse.

14 Numeral 259.5 del artículo 259 del Reglamento.

15 Artículo 50 de la Ley.

Sin embargo, ello no está dirigido al principio de culpabilidad, sino más bien al de causalidad, como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones.

El incumplimiento de la suscripción del contrato

Pero, por otro lado, tenemos la infracción consistente en incumplir el perfeccionamiento del contrato, como lo establece la Ley, que incluye la suscripción del contrato y la formalización del acuerdo marco, pero también la recepción de la orden de compra o de servicio, las cuales constituyen también contrato administrativo, salvo que sean emitidas en supuestos no sometidos a la normativa contractual (Retamozo, 2013: 196 y ss.).

Ahora bien, conforme la jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones¹⁶, esta infracción es imputable también a quien incumple con las actuaciones necesarias para la suscripción del contrato, como la presentación de los documentos establecidos por las bases y la normativa contractual, incumplimiento que debe ser injustificado para que se manifieste la infracción (Gómez, 2014: 271 y ss.).

Ello se encuentra corroborado por el Acuerdo de Sala Plena 006-2021-TCE, del 11 de junio de 2021, el cual señala:

1. La infracción consistente en incumplir injustificadamente la obligación de perfeccionar el contrato o formalizar Acuerdos Marco, tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley 30225 - Ley de Contrataciones del Estado, se configura en el momento en que el postor adjudicado incumple con alguna de sus obligaciones que impiden el perfeccionamiento del contrato o la formalización del Acuerdo Marco, según la normativa aplicable.

Lo indicado es importante en cuanto pueden existir situaciones que generen la imposibilidad jurídica de suscribir el contrato, como haber sido inhabilitado para contratar con el Estado, luego del consentimiento del otorgamiento de la buena pro¹⁷, así como hechos que constituyan caso fortuito (Capcha, 2014: 242), que incluyen supuestos de enfermedad¹⁸.

Lo indicado incluye supuestos en los cuales el otorgamiento de la buena pro ha sido dejado sin efecto por la entidad, en particular si ha sido materia de anulación, situación en la cual el procedimiento de selección se retrotrae al momento de la generación del vicio.

Por último, según la norma, a esta infracción no se le aplicaría tampoco la responsabilidad objetiva a la cual me he referido. Ello se debería a que estamos frente a una infracción que podría justificarse, siendo que el Decreto Legislativo 1444 ha establecido un ajuste señalando que este incumplimiento debe ser injustificado. Sin embargo, como señalé, ello no se dirige al principio de culpabilidad, sino más bien al de causalidad, como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones.

Contratación de proveedores impedidos

Asimismo, la Ley preceptúa que cometen infracción administrativa los proveedores que contraten con el Estado estando impedidos para ello, según la norma. Y es que el artículo 11 de la Ley establece supuestos que impiden a determinados proveedores contratar con el Estado, que incluyen desde el cargo que ocupan hasta el parentesco con personas que ocupan determinados cargos, a lo que hay que agregar los supuestos de inhabilitación existentes.

16 Resolución 2101-2014-TC-S2.

17 Resolución 2087-2014-TC-S3.

18 Resolución 2454-2013-TC-S3.

En estos casos, la medida correctiva es la nulidad del contrato, siendo que ello no basta para corregir esta situación. Es necesario además el mecanismo disuasivo de la conducta señalada. Asimismo, la sanción administrativa opera sin perjuicio de la responsabilidad que haya lugar en el caso de los servidores que hayan participado de la contratación.

Ahora bien, el Decreto Legislativo 1444 modifica la redacción de la infracción definiendo que la conducta sancionable consiste en contratar con el Estado estando impedido según Ley. Ello es más preciso que la redacción previa de la norma, pues existen supuestos de impedimentos para contratar con el Estado que se encuentran fuera de la Ley de Contrataciones.

Sobre el particular, el Tribunal emitió un controvertido precedente, contenido en el Acuerdo de Sala Plena 008-2020-TCE, el cual incluía la docencia entre las contrataciones que no pueden realizarse como resultado de los impedimentos establecidos en la Ley. Este criterio interpretativo fue a su vez dejado sin efecto por el Acuerdo de Sala Plena 003-2021-TCE, estableciendo lo siguiente:

«1. Los impedimentos para contratar con el Estado aplicables a los funcionarios o servidores públicos mencionados en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, no son extensibles a su labor docente, tanto cuando esta se ejerce bajo un régimen laboral como de locación de servicios».

Subcontratación

Además, constituye infracción administrativa también la realización de subcontrataciones sin autorización de la entidad; por un porcentaje mayor al permitido en el Reglamento; o cuando el subcontratista no cuente con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), esté impedido, inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado. Aquí es preciso señalar que la subcontratación se encuentra limitada en la contratación administrativa, la cual opera mediando determinadas condiciones.

En este punto la Ley establece que el contratista puede subcontratar, previa autorización de la entidad, la ejecución de determinadas prestaciones del contrato, salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección, estableciéndose además prohibiciones específicas sobre el particular¹⁹. Sin embargo, el contratista mantiene la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la entidad.

Asimismo, se establece que ningún contratista puede subcontratar la totalidad de las prestaciones contenidas en el contrato, sino hasta el porcentaje que establece el Reglamento. A ello debemos agregar que no se puede subcontratar las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista. Ambas limitaciones están destinadas a evitar que el contrato administrativo se desnaturalice, afectando el interés general.

19 «Artículo 35. Subcontratación

35.1 El contratista puede subcontratar, previa autorización de la entidad, la ejecución de determinadas prestaciones del contrato hasta el porcentaje que establezca el reglamento, salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección.

35.2 No se puede subcontratar las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista.

35.3 Para ser subcontratista se requiere contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) no estar impedido, inhabilitado ni suspendido para contratar con el Estado.

35.4 El contratista mantiene la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la entidad».

Además, para ser subcontratista se requiere contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), así como no estar impedido ni inhabilitado para contratar con el Estado. Este requisito es de particular importancia para asegurar la idoneidad del subcontratista, que si bien se encontraba consignado en el reglamento derogado no constituía elemento de la infracción que estamos tratando en la Ley de Contrataciones del Estado derogada.

En este orden de ideas, el Reglamento²⁰ permite subcontratar por un máximo del 40 % del monto del contrato original, salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección o cuando se trate de prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista.

Para ello, la entidad debe aprobar la subcontratación por escrito y de manera previa, dentro de los cinco días hábiles de formulado el pedido por el contratista. Si transcurrido este plazo la entidad no comunica su respuesta, se considera que el pedido ha sido rechazado. No cabe subcontratación en la selección de consultores individuales.

En este punto es importante indicar, según lo ha señalado el Tribunal de Contrataciones²¹, que la imposición de la sanción está supeditada a la validez de los subcontratos, situación en la cual el procedimiento administrativo sancionador debe suspenderse hasta que se haya resuelto el proceso judicial que se haya iniciado para discutir esta validez.

Por último, el Tribunal de Contrataciones ha generado un importante precedente sobre esta materia, a través del Acuerdo de Sala Plena

003-2019-TCE, del 6 de diciembre de 2019. Señala criterios para determinar cuándo nos encontramos ante una subcontratación que genere la infracción que venimos describiendo.

El acuerdo en mención, que también ha generado cierta controversia, señala:

«En atención a lo expuesto de manera precedente, la Sala Plena del Tribunal de Contrataciones del Estado acuerda que, independientemente del marco normativo aplicable, para la configuración de la infracción consistente en subcontratar prestaciones:

1. Se requiere la acreditación de un acuerdo de voluntades que tenga por objeto la cesión o traslado de la ejecución de prestaciones, del contratista a un tercero, ajeno a la relación contractual que celebró con la entidad, sin autorización de la entidad o en porcentaje mayor al permitido por el Reglamento o cuando subcontratista no cuente con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), esté impedido o inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado.
2. No es necesario acreditar que el acuerdo de subcontratación se haya celebrado por escrito.
3. La acreditación de la ejecución de prestaciones que estaban a cargo del contratista, por parte de un tercero a favor de la entidad, constituye, entre otros, un medio probatorio que demuestra la existencia de un acuerdo de subcontratación [...]».

Residente o supervisor de obra

En la redacción previa de la norma la conducta típica consistía en incumplir la prohibición expresa de que el residente o supervisor de obra, a tiempo completo, preste servicios en más de una obra a la vez. Sin embargo, la redacción actual, producto de la reforma del Decreto Legislativo 1444, se refiere a incumplir la obligación de prestar servicios a tiempo completo

20 Artículo 147 del Reglamento.

21 Resolución 730-2014-TC-S3.

como residente o supervisor de obra, salvo en aquellos casos en que la normativa lo permita.

En primer lugar, el residente es profesional colegiado, habilitado y especializado designado por el contratista, previa conformidad de la entidad, el cual puede ser ingeniero o arquitecto, que representa al contratista como responsable técnico de la obra²². Ahora bien, el residente de obra no puede prestar servicios en más de una obra a la vez. Sin embargo, en el caso de obras convocadas por paquete, la norma preceptúa que la participación permanente, directa y exclusiva del residente son definidos en los documentos del procedimiento de selección por la entidad, bajo responsabilidad, teniendo en consideración la complejidad y magnitud de las obras a ejecutar.

En segundo lugar, el supervisor de obra es una persona natural o jurídica especialmente contratada para verificar el cumplimiento de la ejecución contractual²³. La norma preceptúa que, en el caso de ser una persona jurídica, esta designa a una persona natural como supervisor permanente en la obra, debiendo cumplir al menos con la experiencia y calificaciones profesionales establecidas para el residente de obra.

Ahora bien, el supervisor de obra, cuando es persona natural, o el jefe de supervisión, en caso el supervisor sea persona jurídica, no puede prestar servicios en más de una obra a la vez. Sin embargo, en el caso de obras convocadas por paquete, ocurre también que la participación permanente, directa y exclusiva del inspector o supervisor es definida en los documentos del procedimiento de selección por la entidad, bajo responsabilidad, teniendo

en consideración la complejidad y magnitud de las obras a ejecutar.

Por último, la norma establece que los profesionales sancionados por incurrir en la infracción señalada no pueden integrar el plantel de profesionales propuestos ni participar brindando servicios en un contrato con el Estado, mientras la sanción se encuentre pendiente de cumplimiento, funcionando como una medida cautelar similar a la que señalaré adelante y que se encuentra indicada en la Ley. La norma establece además que, en caso de advertirse el incumplimiento de esta disposición, la propuesta debe ser descalificada, lo cual constituye más bien una sanción para el postor en el procedimiento de selección al haber incorporado a un profesional sancionado en su oferta técnica.

La resolución del contrato

Asimismo, según la Ley, constituye infracción administrativa dar lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte. Ello opera sin perjuicio del resto de consecuencias que genera esta resolución, como la ejecución de la carta fianza. La justificación de esta infracción estriba en el perjuicio al interés general como resultado de la resolución contractual. Es preciso recordar que el contratista es un colaborador de la entidad y no cualquier contratante (Parejo Alfonso, 2007: 261-262).

Ahora bien, en este punto existe un importante Acuerdo del Tribunal sobre el particular²⁴. Este acuerdo indica que para se verifique la infracción señalada las entidades deberán presentar la documentación que acredite en primer lugar el envío de la carta notarial de requerimiento

22 Artículo 179 del Reglamento.

23 Artículo 186 del Reglamento.

24 Acuerdo 006/2012, del 20 de setiembre de 2012.

previo al contratista para el cumplimiento de la obligación; así como la carta notarial mediante la cual se le comunica la decisión de resolver el contrato²⁵.

Así, si se ha requerido al contratista o, cuando habiendo sido solicitados los documentos acreditativos por el Tribunal, estos no se presentaran, se declarará no ha lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador, disponiendo el archivamiento del expediente al haberse incumplido con el debido procedimiento. Ello implica la necesidad de que la entidad haya cumplido debidamente con el procedimiento de resolución del contrato administrativo establecido por la Ley y el Reglamento (Torres Zavala, 2015: 59 y ss.).

Indica, además, el Tribunal de Contrataciones que el requerimiento previo al que se alude en el numeral anterior del acuerdo no será exigible cuando la resolución del contrato sea consecuencia de haber acumulado el máximo de la(s) penalidad(es) prevista(s) en el contrato o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida, como lo señala el Reglamento.

Se indica, asimismo, que en el procedimiento sancionador no corresponde evaluar la decisión de la entidad de resolver el contrato, constituyendo un elemento necesario para imponer la sanción, verificar que esa decisión ha quedado consentida, por no haberse iniciado los procedimientos de solución de controversia según a lo previsto en la Ley y su Reglamento.

Por último, de haberse iniciado una conciliación o un procedimiento arbitral, un requisito

para la imposición de la sanción es que haya un acta de conciliación o un laudo arbitral que confirme la resolución contractual declarada por la entidad o, en caso contrario, un acta o constancia emitida por el conciliador en el que conste que no hubo acuerdo sobre esta decisión o una resolución que declare el archivamiento definitivo del proceso arbitral.

En consecuencia, para ello, lo señalado requiere que la responsabilidad del contratista se acredite luego del respectivo proceso arbitral, razón por la cual el procedimiento se suspende²⁶; o que la resolución del contrato declarada por la entidad se encuentre consentida por el contratista al no haberla impugnado dentro del plazo establecido por la normativa contractual, según lo ha indicado el Tribunal de Contrataciones²⁷.

Los vicios ocultos

Según la norma derogada, constituía infracción administrativa además haber entregado el bien, prestado el servicio o ejecutado la obra con existencia de vicios ocultos, siempre que exista previamente una sentencia judicial firme o laudo arbitral que determine ello, para que la sanción administrativa no sea arbitraria. Lo indicado se encontraba ratificado por la jurisprudencia de Tribunal de Contrataciones²⁸. Ahora bien, es preciso señalar que en la Ley derogada esta infracción no establece la posibilidad del saneamiento de los vicios ocultos.

En cambio, la Ley vigente establece que constituye infracción no proceder al saneamiento cuando ello corresponda, lo cual otorga una mayor flexibilidad a la situación generada por la existencia de estos vicios²⁹. Ello debe ocurrir

25 Sobre el particular, Paz Winchez, 2014: 224.

26 Resolución 1141-2011-TC-S4 y 241-2004-TC-S2.

27 Resolución 2099-2014-TC-S4.

28 Resolución 2033-2014-TC-S3.

29 Exposición de Motivos de la Ley 30225, D.S. N.º 344-2018-EF, p. 48.

según lo requerido por la entidad, y los vicios deben haber sido reconocidos por el contratista o declarados en vía arbitral.

Obligaciones una vez concluido el contrato

Según la norma previa a la Ley 30225, incurrían en responsabilidad los contratistas cuando se constataba, después de otorgada la conformidad, que incumplieron injustificadamente las obligaciones del contrato hasta los plazos de responsabilidad que se encuentran establecidos en las bases. Esta infracción se refería a obligaciones provenientes del contrato, distintas al saneamiento por vicios ocultos, que son accesorias o complementarias (Retamozo, 2013: 215 y ss.).

Ahora bien, la Ley modifica esta infracción, estableciendo como tal la negativa injustificada a cumplir las obligaciones derivadas del contrato cuando estas deban verificarse con posterioridad al pago o cuando el pago ya se hubiera efectuado, lo cual debe entenderse que posee mayor amplitud respecto a la infracción contenida en la norma derogada y se justifica el cumplimiento de la finalidad del contrato, que incluye todas las prestaciones que provienen de él. Por último, el Decreto Legislativo 1444 aclara este punto, limitando la infracción a las obligaciones derivadas del contrato que deben ejecutarse con posterioridad al pago, lo cual es más claro que la redacción previa de la norma.

Información inexacta

Ahora bien, en el caso de la infracción consistente en presentar información inexacta, la Ley la supeditaba inicialmente a que esta presentación esté relacionada con el cumplimiento de un requisito o con la obtención de un beneficio o ventaja para sí o para terceros, a diferencia de lo que ocurría con la normativa previa, recibiendo como veremos adelante un tratamiento distinto.

Posteriormente, el Decreto Legislativo 1341 se dirige a que esta presentación esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual, que sin embargo no generaba una mayor precisión respecto de la redacción original de la norma.

Como resultado, el Decreto Legislativo 1444 genera una importante aclaración, incorporando en primer lugar al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y a la Central de Compras Públicas-Perú Compras, que no se encontraban en la redacción original de la norma y que sin embargo tramitan procedimientos administrativos en que puede presentarse información inexacta.

Asimismo, en el caso de las entidades, se genera la infracción siempre que la presentación de información inexacta esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento, factor de evaluación o requisitos que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual, lo cual es equivalente a la redacción previa de la norma.

Además, la norma preceptúa en este punto que, tratándose de información presentada al Tribunal de Contrataciones del Estado, al Registro Nacional de Proveedores (RNP) o al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), el beneficio o ventaja a ser obtenido por el administrado debe relacionarse con el procedimiento que se sigue ante estas instancias.

Por otro lado, según la Decimoprimer Disposición Complementaria Final del Reglamento, en el supuesto de hecho de la infracción que describo, se encuentra comprendida la presentación de garantías que no hayan sido emitidas

por las empresas indicadas en el numeral 33.2 del artículo 33 de la Ley³⁰, lo cual es relevante para completar el contenido de esta infracción administrativa.

Por otro lado, el Acuerdo de Sala Plena 02-2018-TCE, emitido por el Tribunal de Contrataciones del Estado, se pronuncia sobre el particular. Establece, en primer lugar, que la infracción requiere, para su configuración, que pueda representar potencialmente un beneficio o ventaja al administrado que la presenta, y no necesariamente un resultado efectivo favorable a sus intereses. Asimismo, esta infracción comprende un conjunto de situaciones, las cuales son descritas en el numeral 6 del citado acuerdo.

Por último, cuando esta infracción se presenta este supuesto en el caso de procedimientos tramitados ante el RNP nos encontraríamos ante una vulneración al *non bis in idem*. Ello, porque el Tribunal de Contrataciones ha entendido que la prohibición de reinscripción generada como resultado de la nulidad de la inscripción en el RNP constituye una sanción en la cual se manifiesta la triple identidad respecto a la sanción que pueda imponer este órgano³¹.

Documentación falsa

Asimismo, constituye infracción administrativa la presentación de documentos falsos o adulterados a las entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Registro Nacional de Proveedores. La norma previa a la Ley 30225 trataba conjuntamente esta infracción con la presentación de información inexacta, cuando constituyen supuestos en verdad distintos³².

Ahora bien, el Decreto Legislativo 1444 genera una importante aclaración, incorporando también al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y a la Central de Compras Públicas-Perú Compras, que no se encontraban en la redacción original de la norma y que sin embargo tramitan procedimientos administrativos en que puede presentarse documentación falsa o adulterada.

Esta infracción debe analizarse cuidadosamente, al igual que la anterior, pues podemos encontrar fracturas del nexo causal. Por ejemplo, cuando la responsabilidad de la falsedad o inexactitud no corresponde al postor, sino a quien le proporcionó la documentación o la información³³. Ello dada además su especial gravedad, como veremos más adelante. Ello depende además de la interpretación que efectúe el Tribunal de la disposición que establece

30 «Artículo 33.- Garantías

[...]

33.2. Las garantías que acepten las entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. Dichas empresas deben encontrarse bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y deben estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

[...].».

31 Sobre el particular, Santy Cabrera, 2014: 250-251.

32 Sobre el particular, Morante Guerrero, 2015: VII-1 y ss.

33 Exposición de Motivos de la Ley 30225, D. S. N.º 344-2018-EF, p. 49.

la responsabilidad del postor respecto de los documentos que presenta³⁴.

Por último, es preciso determinar qué ocurre cuando coexisten estas dos infracciones que antiguamente se tipificaban juntas en la norma contractual. En este orden de ideas, el Tribunal de Contrataciones se ha pronunciado mediante el Acuerdo 004-2019-TCE, del 13 de diciembre de 2019, para tratar este importante tema, sometido a importante controversia como lo muestran los votos en discordia del acuerdo, el cual señala:

«Cuando el procedimiento administrativo sancionador se haya iniciado por la presunta comisión de las infracciones consistentes en presentar documentos falsos o adulterados y/o presentar información inexacta, a las entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado, al Registro Nacional de Proveedores (RNP), al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o a la Central de Compras Públicas-Perú Compras, respecto de un mismo documento, y se determine que el documento cuestionado es falso o adulterado, corresponde que la Sala también emita un pronunciamiento sobre la responsabilidad por la presentación de presunta información inexacta contenida en aquel».

Omisión de la inscripción en el RNP y vulneración a la capacidad libre de contratación o a la especialidad

Constituye infracción administrativa en la materia también cuando los adjudicatarios suscri-

ban contrato o acuerdos marco sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP); o suscriban contrato por montos mayores a su capacidad libre de contratación, o en especialidades distintas a las autorizadas por el RNP.

Estamos ante distintas infracciones que se generan respecto del RNP. En el primer caso tenemos la vulneración a la obligación del proveedor de estar inscrito en este registro para poder ser contratista o subcontratista³⁵. La finalidad es reducir costos administrativos y costos de transacción en la tramitación de los procedimientos de selección y propender a su eficiencia.

El Decreto Legislativo 1444 elimina la referencia, que se encontraba en la norma previa, al registro como participantes, y a la presentación de propuestas. Ello se debe a que operativamente es imposible el registro de participantes o la presentación de ofertas si el postor o participante no se encuentra registrado en el RNP, pues el SEACE lo impide³⁶.

En segundo lugar, la capacidad libre de contratación consiste en el monto no comprometido de la capacidad máxima de contratación hasta por el cual puede contratar un ejecutor de obras. A su vez, la capacidad máxima de contratación es el monto hasta por el cual un ejecutor de obras está autorizado a contratar la

34 «Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

Artículo 59. Idioma de la documentación y otras formalidades

59.1. Los documentos que acompañan a las expresiones de interés, las ofertas y cotizaciones, según corresponda, se presentan en idioma español. Cuando los documentos no figuren en idioma español, se presenta la respectiva traducción por traductor público juramentado o traductor colegiado certificado, según corresponda, salvo el caso de la información técnica complementaria contenida en folletos, instructivos, catálogos o similares, que puede ser presentada en el idioma original. El postor es responsable de la exactitud y veracidad de dichos documentos.

59.2. Las solicitudes de expresiones de interés, ofertas y cotizaciones son suscritas por el postor o su representante legal, apoderado o mandatario designado para dicho fin».

35 Artículo 35 de la Ley.

36 Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1444, p. 24.

ejecución de obras públicas simultáneamente, y está determinada por la ponderación del capital y las obras ejecutadas³⁷.

Por último, el RNP asigna una o varias especialidades a los consultores de obras, para que puedan participar en procedimientos de selección y/o contratar con el Estado³⁸. La norma establece especialidades, cada una posee un conjunto de rubros. A su vez, la norma establece una regulación específica para asignar y ampliar estas especialidades.

Suspensión o nulidad del contrato

Por otro lado, según la Ley, constituye infracción administrativa perfeccionar el contrato, luego de notificada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace) la suspensión, recomendación de nulidad o la nulidad del proceso de contratación dispuesta por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el ejercicio de sus funciones.

En cuanto a la suspensión, la Ley preceptúa³⁹ que el OSCE posee la atribución de suspender procedimientos de selección, en los que, durante el procesamiento de la acción de supervisión, de oficio o a pedido de parte, se identifique que la necesidad de ejercer acciones coercitivas para impedir que la entidad continúe con el procedimiento, atribución que busca tutelar la eficiencia de los procedimientos de selección.

Sin embargo, la facultad de declarar la nulidad corresponde, dependiendo de la cuantía, al titular de la entidad o al Tribunal, dependiendo de la cuantía, no propiamente al OSCE, con lo cual esta infracción establecida en la Ley no sería suficientemente precisa en este punto, con

lo cual se podría estar vulnerando el principio de tipicidad.

Inversión pública

La redacción original de la Ley no consignaba infracción alguna sobre este punto. El Decreto Legislativo 1341 incorporó como infracción formular estudios de preinversión, expedientes técnicos o estudios definitivos con omisiones, deficiencias o información equivocada, que ocasionen perjuicio económico a las entidades, siendo necesario tutelar los bienes jurídicos relacionados con esta materia.

Por último, el Decreto Legislativo 1444 modifica la tipificación señalada, ampliándola de manera importante, estableciendo que constituye infracción en primer lugar formular fichas técnicas o estudios de preinversión o expedientes técnicos con omisiones, deficiencias o información equivocada, ocasionando perjuicio económico a las entidades.

La norma citada, además, ha incorporado como conducta típica supervisar la ejecución de obras faltando al deber de velar por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la prestación, ocasionando también perjuicio económico a las entidades. Ya he referido que es crucial para la eficiencia de la contratación administrativa.

Cuestionamientos maliciosos

Por último, la norma establece como infracción presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolutección de consultas y/u observaciones. Esta infracción fue incorporada por el Decreto Le-

37 Artículos 17 y 20 del Reglamento.

38 Artículo 16 del Reglamento.

39 Literal q del Artículo 52 de la Ley.

gislativo 1341 y se enfoca tanto en la necesidad de un proceso eficiente de contratación administrativa como en la vulneración del principio de buena fe procedimental al cual nos hemos referido de manera reiterada en este artículo.

Las consultas son solicitudes de aclaración u otros pedidos de cualquier extremo de las bases. Las observaciones son presentadas por supuestas vulneraciones a la normativa de contrataciones u otra normativa que tenga relación con el objeto de contratación. Por último, según la norma, la absolución se realiza de manera motivada mediante pliego absolutorio de consultas y observaciones que se elabora conforme a lo que establece el OSCE. En el caso de las observaciones, se indica si estas se acogen, se acogen parcialmente o no se acogen⁴⁰.

2.2. Las infracciones derogadas

La Ley materia de análisis había incorporado determinadas infracciones en este asunto, las cuales por diversos motivos han sido eliminadas de la norma vigente en la evolución del ordenamiento contractual, que paso a detallar. En algunos casos, esto se ha debido a la existencia de la misma tipificación en otra norma o a la falta de necesidad de la existencia de la infracción en la Ley.

El caso de las prácticas anticompetitivas

Según la normativa derogada, los proveedores cometían infracción administrativa cuando incurrían en la transgresión de la prohibición prevista en el artículo 11 de la norma deroga-

da, la cual se encontraba referida a las prácticas que afectaban el principio de libre competencia y competencia, afectando seriamente el proceso de contratación administrativa.

Es preciso señalar que esta infracción no se encuentra en el texto de la Ley. Entendemos que ello ocurre dado que esta es sancionada a través del Indecopi, como lo he señalado en el capítulo correspondiente de este libro, al tratar las prácticas anticompetitivas tipificadas en el Decreto Legislativo 1034.

Sin embargo, ello constituye un error de concepción de la norma, pues estamos ante infracciones distintas. No existe vulneración al principio de *non bis in idem*, pues el fundamento es claramente diferente, como he señalado en el capítulo respectivo de este libro. Es preciso indicar que la exposición de motivos de esta norma no contiene una justificación respecto de esta exclusión.

El caso de los socios comunes

Constituía infracción administrativa también respecto de los proveedores incurrir en los supuestos de socios comunes no permitidos, según el Reglamento derogado⁴¹. Aquí encontramos dos posibles infracciones. La primera, que sería cometida por los proveedores cuando no declaraban que cuando participaban en un mismo proceso de selección, solo lo harían en consorcio y no independientemente, al generarse el supuesto.

40 Artículo 72 del Reglamento.

41 «Artículo 260.- Socios comunes

Cuando dos o más proveedores tengan socios comunes en los que sus acciones, participaciones o aportes sean superiores al cinco por ciento (5 %) del capital o patrimonio social en cada uno de ellos, con la solicitud de inscripción, renovación, ampliación de especialidad, aumento de capacidad máxima de contratación, según corresponda, que formulen ante el RNP, deberán declarar que cuando participen en un mismo proceso de selección, solo lo harán en consorcio y no independientemente.

Si se detectara el incumplimiento del presente artículo deberá comunicarse al Tribunal de Contrataciones del Estado para la aplicación de la sanción correspondiente, establecida en la Ley».

Pero la infracción más importante es en la que incurren una vez en el proceso de selección, al presentar propuestas no obstante existir socios comunes entre los postores, lo cual es una práctica restrictiva de la libre competencia, que — como lo he señalado— genera serios perjuicios a la contratación administrativa. Sin embargo, esta infracción no se encuentra consignada en la Ley 30225. Asimismo, tampoco existe referencia a los socios comunes en el actual Reglamento.

El caso de los recursos administrativos

Por último, constituía también infracción administrativa en la norma derogada interponer recursos administrativos contra los actos inimpugnables establecidos en el Reglamento. La finalidad era evitar la presentación de recursos que no serán tramitados, impidiendo con esta tipificación que el mecanismo de solución de controversias funcione de manera ineficiente, a lo que debemos agregar la vulneración al principio de buena fe procedimental. Sin embargo, esta infracción tampoco se encontraba establecida en la redacción original de la Ley, sin que su exposición de motivos nos dé luces respecto de esta exclusión.

Sin embargo, el Decreto Legislativo 1341 incorporó la infracción de presentar recursos maliciosos o manifiestamente infundados, que era más amplia que la infracción que comento. Por último, el Decreto Legislativo 1341 elimina esta infracción, dada la existencia de la ejecución de la garantía en el caso del recurso que es declarado infundado⁴². Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el recurso que es declarado infundado no necesariamente ha sido presentado con una finalidad maliciosa o vulnerando el principio de buena fe procedimental.

2.3. Infracciones en el caso de contrataciones no sujetas a la Ley

Según la Ley, las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho unidades impositivas tributarias (UIT), vigentes al momento de la transacción se encuentran excluidas de la aplicación de la norma⁴³, lo cual constituyó un gran cambio respecto de la ley derogada, en que el límite era de tres UIT, reforma que sin embargo ha originado cierta controversia.

Ahora bien, la Ley establece que a estos proveedores se le aplicará algunas infracciones señaladas. En particular, contratar con el Estado estando en cualquiera de los supuestos de impedimento previstos en la Ley; así como registrarse como participantes, presentar propuestas o suscribir contrato o acuerdos marco sin inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP); o suscribir contrato por montos mayores a su capacidad libre de contratación, o en especialidades distintas a las autorizadas por el RNP.

2.4. Infracciones cometidas por consorcios

La normativa define al consorcio como el contrato asociativo por el cual dos o más personas se asocian, con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para contratar con el Estado⁴⁴. El consorcio es entonces necesario para una contratación más eficiente, que implica una mejor satisfacción de necesidades. Por ello, es necesario que los consorcios posean un régimen específico en materia de responsabilidad administrativa.

En este punto, el Reglamento preceptúa⁴⁵ que las infracciones cometidas por un consorcio

42 Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1444, pp. 24-25.

43 Literal a) del artículo 5 de la Ley.

44 Anexo 1, Definiciones, del Reglamento.

45 Artículo 258 del Reglamento.

durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato se imputan a todos los integrantes de este, aplicándose a cada uno la sanción que le corresponda, salvo que, por la naturaleza de la infracción, la promesa formal o contrato de consorcio, o el contrato celebrado con la entidad, pueda individualizarse la responsabilidad. La norma establece que la carga de la prueba de la individualización corresponde al presunto infractor.

Esta regulación es de particular importancia para asegurar que el efecto disuasivo de la sanción se dirija debidamente. En este orden de ideas, existe jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones que ha resuelto sancionando solo a un miembro de un consorcio y no a los demás al haber podido individualizar la acción que motivó la infracción, mediante el empleo del principio de causalidad.

2.5. El caso de los expertos independientes

Según el Reglamento⁴⁶, el comité de selección debe contar uno o dos miembros —dependiendo del objeto contractual—, que deben tener conocimiento técnico en el objeto de la contratación. Ahora bien, los expertos independientes son designados para integrar un comité de selección cuando la entidad no cuente con especialistas con conocimiento técnico en el objeto de la contratación.

En este punto, el Reglamento derogado preceptuaba respecto a los expertos independientes que, cuando la entidad considere que existe responsabilidad por parte de ellos, remitirá al Tribunal todos los actuados, incluido un informe en el cual se indique la supuesta responsabilidad en que

habrían incurrido los expertos independientes, adjuntando la evidencia correspondiente.

El Reglamento actual no se pronuncia sobre el particular, con lo cual debe interpretarse que a estos expertos independientes se les debe aplicar las normas generales que corresponden a todo proveedor de bienes y servicios y obras al Estado, sin que deba existir distinción alguna, para tramitar el procedimiento administrativo sancionador por la infracción que corresponda, según analizamos en el presente artículo.

2.6. El caso de la reorganización societaria

Como se ha señalado, el principio de causalidad implica la identificación del responsable de la comisión de la infracción. Así, en diversos procedimientos administrativos sancionadores ocurren reorganizaciones societarias (fusiones, escisiones, entre otras), generándose la controversia respecto a la continuación del procedimiento, dado que la sociedad que cometió la infracción ya no existe como tal.

Sin embargo, ello no debería ser impedimento para continuar con el procedimiento, toda vez que la nueva empresa debe asumir los activos y pasivos de la anterior. Además, esta reorganización no debería constituir un mecanismo para evitar la sanción. Así, la Ley preceptúa que en caso de reorganización societaria el Tribunal inicia o prosigue el procedimiento administrativo sancionador contra la persona jurídica que haya surgido de esta reorganización, la que debe asumir las consecuencias de la responsabilidad administrativa en caso el Tribunal determine su existencia⁴⁷.

46 Artículo 44 del Reglamento.

47 Numeral 50.12 del artículo 50 de la Ley.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Capcha, O. B. (2014). «Sanción de inhabilitación al postor por no mantener la oferta o por negarse a suscribir el contrato». *Actualidad Jurídica*, tomo 247.
- Cassagne, J. C. (1999). *El contrato administrativo*. Abeledo Perrot.
- Cassina, E. (2014). «Los procesos sancionadores en el OSCE. Aplicación ilegal de la responsabilidad objetiva». *Administración Pública & Control*, n.º 3.
- Cortés, J. C. (2014a). «Observancia al principio del debido procedimiento administrativo en el ejercicio de *ius puniendi*». En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 187.
- Cortez, J. C. (2014b). «Aplicación del principio del *non bis in idem* en materia de contrataciones del Estado». *Diálogo con la Jurisprudencia*, 20 (191).
- Gómez, J. R. (2014). «Si ganas la buena pro y esta queda consentida suscribe el contrato». En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, número 193.
- Guzmán, C. (2021). *El procedimiento administrativo sancionador*. Instituto Pacífico.
- Huapaya Tapia, R. (2005). «¿Cuáles son los alcances del derecho al debido procedimiento administrativo en la Ley del Procedimiento Administrativo General?». En: *Actualidad Jurídica*, tomo 141.
- Morante Guerrero, L. (2015). «Presentación de documentos falsos e información inexacta». En: *Actualidad Gubernamental*, número 77, pp. VII-1 y ss.
- Nieto, Alejandro (Año). Título y editorial.
- Parejo, L. (2007). «El régimen jurídico general de la contratación pública en España». *Contratos administrativos. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. UNAM, falta señalar páginas.
- Paz, D. A. N. (2014). «Análisis de la sanción administrativa por resolución de contrato». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 188.
- Retamozo, A. (2013). *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Salazar, R. (2009). «Las formas jurídicas administrativas y la contratación pública sobre bienes, servicios y obras». *Revista de Derecho Administrativo*, (7), 24-35.
- Santy, L. V. (2014). «La extensión del principio *non bis in idem* en la aplicación a procedimientos de la misma naturaleza». En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 191.
- Torres, C. R. (2015a). «Concurso de infracciones administrativas en la Ley de Contrataciones del Estado. ¿Concurrencia de infracciones o una conducta que genera concurrencia de infracciones?». En: *Administración Pública & Control*, número 15, pp. 36 y ss.
- (2015b). «Resolución del contrato por causal atribuible al contratista en la Ley de Contrataciones del Estado». En: *Administración Pública & Control*, número 14, pp. 59 y ss.

SOBRE EL AUTOR

Abogado, escritor, docente, árbitro y estudioso del derecho público peruano. Especialista en derecho administrativo, derechos administrativo económico, derecho constitucional y derecho público en general, así como en gestión pública. Se graduó de abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), en 1995. Es, además, magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la misma universidad, cuya tesis se basa en la eficiencia de los diversos sistemas de gobierno. Adquirió estudios de posgrado en sistemas constitucionales comparados en la Universidad de Zaragoza, en España. Es doctorando en Derecho por la PUCP.

Cuna Más: una oportunidad potente del Estado para igualar y una primera reflexión para la universalización del servicio

Cuna Más: A Powerful Opportunity for the State to Equalize and a First Reflection for the Universalization of the Service

Francisco Tarquino Sandoval

Pontificia Universidad Católica del Perú

RESUMEN

La razón de ser de la existencia de los programas sociales está en la esencia de lo que es el Estado, actor fundamental en nuestra sociedad que concentra el presupuesto de la República, pero también punto de encuentro de la mayoría de las demandas de los demás actores de nuestra sociedad, sino de todas ellas. Así, es esencial en el Estado la universalidad de sus acciones. Todos somos iguales ante el Estado y los servicios que este brinda, y sus actividades no discriminan a quien a él acude. El presente artículo busca analizar el programa Cuna Más y cómo es un mecanismo para combatir la desigualdad.

Palabras clave: programas sociales, igualdad, discriminación

ABSTRACT

The reason for the existence of social programs lies in the essence of what the State is, a fundamental actor in our society that concentrates the Republic's budget, but also a meeting point for most, if not all, of the demands of the other actors in our society. Thus, the universality of its actions is essential in the state. We are all equal before the state and the services it provides and its activities do not discriminate against those who come to it. This article seeks to analyze the Cuna Más program and how it is a mechanism to combat inequality.

Keywords: social programs, equality, discrimination

Fecha de recepción:
30/04/2023

Fecha de aprobación:
20/05/2023

Según el artículo 58 de la Constitución Política del Perú, la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado. Mercado, aun cuando se señala que es social, aquí alude a un marco de competencia. Ahora bien, muchos, sino todos, podemos convenir en que la competencia no es perfecta. No todos tienen la misma línea de partida o no entrenan igual. Un factor importante a través del cual el Estado puede «igualar» son los programas sociales.

En efecto, si bien el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución establece que todos somos iguales ante la ley, esto no significa que el Estado tenga que dar el mismo tratamiento a todos, sino que en determinadas situaciones¹, justificadas en razones válidas como la situación de vulnerabilidad o inclusión de un sector de la población, el Estado puede otorgar un servicio diferenciado a sectores de la población a quienes dejar a la suerte del mercado podría incrementar su situación de vulnerabilidad, lo que generaría una situación injusta.

Una forma de evitar este problema es a través de los programas sociales. Cuna Más es uno de ellos. En mi opinión, tal vez es el más potente para combatir la desigualdad². En primer término, veremos qué es un programa social, cómo se inserta en el funcionamiento del Estado, sus limitaciones actuales y la importancia de universalizarlo.

¿POR QUÉ UN PROGRAMA SOCIAL?

La razón de ser de los programas sociales está en la esencia de lo que es el Estado, actor Siste-

ma Nacional de Desarrollo e Inclusión Social, lo que le permite definir las políticas del Estado en materia de desarrollo e inclusión social, que ejecuta a través de los programas sociales que administra. Estos, según su política nacional denominada Incluir para Crecer, atacan al ciclo de vida de la persona en aquellos aspectos que tienen incidencia directa en el desarrollo de sus capacidades y realización personal, desde donde plantea cinco ejes estratégicos: i) nutrición infantil, ii) desarrollo infantil temprano, iii) desarrollo integral de la niñez y la adolescencia, iv) inclusión económica y v) protección del adulto mayor.

Los programas sociales bajo la conducción del Midis son Cuna Más, Qali Warma, Juntos, Foncodes, Contigo y Pensión 65. Estos, según sus acciones, pueden tener naturaleza formativa o de asistencia económica, y tienen incidencia sobre alguna de las etapas del ciclo de vida señalados³.

Hay programas a cargo de otros sectores que buscan incidir en aspectos importantes del ciclo de vida no considerados en las acciones que son de competencia del Midis. Por ejemplo, Pronabec, a cargo del Ministerio de Educación, aunque limitadamente por los recursos que administra, incide sobre la culminación de la etapa formativa de los adolescentes y jóvenes que comienzan a dar sus pasos en el competitivo mercado laboral.

El Programa Nacional de Centros Juveniles, a cargo del Ministerio de Justicia, incide sobre la complicada etapa de la adolescencia buscando la reinserción de adolescentes infractores de la

1 Que no sean los supuestos de discriminación señalado en el mismo artículo.

2 Que casi es una regla en nuestro país.

3 No se puede dejar de mencionar al Programa Nacional Plataformas de Acción para la Inclusión Social, que, si bien nació en el Ministerio de Vivienda, está ahora adscrito al Midis. No lo incluimos en la lista pues su nacimiento y realización de actividades no están limitados a un espacio del ciclo de vida, sino que —según la necesidad y los objetivos planteados— se enfocará en el que corresponda.

Ley Penal para que esta situación no sea determinante en su etapa formativa y puedan tener acceso a oportunidades de culminar su desarrollo integral.

Entonces, estos programas, así como otros a cargo del Ministerio de la Mujer, Trabajo o Producción, inciden sobre los ejes estratégicos señalados para sectores de la población en condición de vulnerabilidad.

Sin embargo, no se nota, respecto de estos, una gestión integradora o de relacionamiento, intercambio de información, metas objetivos y esfuerzos, de manera que se pueda tener una lectura integral del impacto de los programas, en estos sectores de la población. El almacenamiento de la información, su intercambio y, sobre todo, el análisis de esta podrían permitir dirigir la política social de manera mucho más eficaz incidiendo en los aspectos más relevantes de la etapa formativa o productiva, permitiendo planificar de mejor manera la temporalidad de cada uno de los programas a cargo del Estado o, incluso, planificar o reforzar las actividades de cada programa.

Hoy, en ese aspecto, no solo no se siente un liderazgo a cargo del Midis. Tampoco se nota una articulación de los objetivos de todos los programas, como una definición clara de si los mismos van cumpliendo sus objetivos y si las actividades que realizan han generado el impacto esperado que nos permita verificar o plantearnos objetivos temporales en cuanto a su funcionamiento, ejercicio importante para redefinir los esfuerzos del Estado según los objetivos planteados. La política nacional Incluir para Crecer vio la luz en 2013 y requiere una actualización que vaya más allá de la meta de ampliar su cobertura.

El reto de 2023 para el Midis es trabajar sobre la información que tiene o, en todo caso, comenzar una política de gestión de la información sobre la que se puedan plantear objetivos concretos y metas medibles.

He desarrollado una visión general de lo que son los programas, su importancia y limitaciones. Ahora, vamos a introducirnos en uno de ellos, que, por su objeto, público objetivo e impacto en la primera etapa del ciclo de vida, considero de mayor relevancia e importancia.

PROGRAMA NACIONAL CUNA MÁS

Este programa cuenta con dos servicios: el de cuidado diurno y el de acompañamiento a familias. El primero se dirige directamente a menores de 6 a 36 meses, para brindarles atención en sus necesidades básicas de salud, nutrición, seguridad, protección, afecto, descanso, juego, aprendizaje, y desarrollo de habilidades. El segundo se realiza mediante visitas a hogares y sesiones grupales con madres gestantes, niños menores de 36 meses de edad y sus familias, para mejorar los conocimientos y prácticas de las familias para el cuidado y aprendizaje infantil, prioritariamente en zonas rurales debido a la dispersión de la población⁴.

Un primer elemento por considerar respecto del servicio de cuidado diurno es el de los 36 meses. Como se sabe, el ingreso a la edad escolar es a los 3 años cumplidos al 31 de marzo del año correspondiente. En este caso, los niños que cumplan los 36 meses después del 31 de marzo quedarían fuera tanto del programa como del ingreso a la escuela, perdiéndose el apoyo a las familias por un buen tramo de tiempo, y el impacto formativo que podría te-

4 Tomado del Manual de Operaciones del Programa.

ner el programa en momentos cruciales previos al inicio de la etapa escolar.

En efecto, estudios sobre indicadores de eficiencia para la educación primaria en el alcance de los objetivos en la Educación Básica Regular, sobre todo en comprensión lectora (Fuentes, Tarazona, Tarquino y Villanueva, 2016: 109)⁵, demuestran que, mientras un niño tiene más años de formación previa al inicio de la primaria, sus resultados positivos se incrementan en proporción a los años de aprendizaje previo.

En cuanto a cobertura, se aprecia que la Red Informa, reporte de indicadores de programas sociales, al cierre de 2021, atendió 60 374 niños a nivel nacional, mientras que, a octubre de 2022, asistió a 59 621 (para el servicio de cuidado diurno). En el caso del servicio de acompañamiento a familias, se atendió 115 697 en 2021, mientras que, a octubre de 2022, se asistió a 115 554^{6,7}.

Más allá que los reportes señalen un cumplimiento del 100 % (o muy cerca) de la meta, resulta importante tener en cuenta varios puntos:

1) En primer lugar, más allá de lo bueno de haber conseguido el 100 % de la meta proyectada, el verdadero nivel de éxito dependerá de cuánto representan las cifras alcanzadas en ambos servicios respecto del universo total de niños y familias identificadas en situación de pobreza o pobreza extrema. Por ejemplo, según el INEI (año 2021), el total de población de 0 a 3 años es de casi 2 millones 220 mil. Si a ese número le aplicamos la incidencia de pobreza urbana calculada por el INEI a 2019 (último

año proyectado), que es de 14,58 %, nos da un universo aproximado de 323 000 niños.

En este orden, el 100 % de la meta alcanzada por el programa representaría solo el 18,67 % del universo total de niños en nivel de pobreza y pobreza extrema, con lo cual sería una meta muy poco ambiciosa. De cualquier forma, es importante que este indicador del programa esté planteado no en un número fijo, sino en un cálculo de porcentaje del universo total, para así tener una mejor lectura del nivel de avance del programa.

2) Por otro lado, solo se reporta la cantidad de niños atendidos, pero no se hace un examen de los logros alcanzados o el impacto en su formación y crecimiento. En efecto, el programa brinda cuidado a los niños, pero no es solo un acompañamiento. El cuidado incluye la parte lúdica formativa, que —como primer paso— podría ser importantes en los logros futuros que estos niños pudieran tener al ingresar a la edad escolar. Ya lo dije, la estimulación formativa preescolar tiene un impacto directo importante en los logros de aprendizaje básico de los niños.

En este sentido, es importante que este programa haga una medición en este aspecto a dos niveles. Por un lado, los progresos en aprendizaje o formación de los niños a cargo del programa, con evaluaciones periódicas de los centros de cuidado diurno. Por otro lado, la capacitación de las madres cuidadoras a cargo de estos centros. Así, podemos acceder a los niveles

5 Fuentes, C., Tarazona, L., Tarquino, F. & Villanueva, C. (2016). Análisis, evaluación y propuesta de un modelo de indicadores de eficiencia para la educación primaria. Lima: ESAN, Serie Gerencia para el Desarrollo N.º 57

6 <http://sdv.midis.gob.pe/RedInforma/Reporte/Reporte?id=21>.

7 Esto es un dato calculado, pero otro aspecto a tomar en cuenta es que el programa debería manejar y hacer público el universo de la población sobre la cual podría llevar a cabo sus acciones.

de progreso e impacto del programa en la población a la que atiende.

- 3) Otro aspecto que no se reporta son los niveles de progreso en nutrición que tiene los niños. Esto abarca a ambos servicios del programa. En efecto, en primer lugar, la atención que se brinda a las madres gestantes en el acompañamiento a familias debería tener impacto en la formación biológica de los niños por nacer. No se está midiendo entonces el impacto en el niño nacido. Luego, ya respecto del niño que ingresa al servicio de cuidado diurno, no se tiene medición de los niveles de nutrición con el que ingresan los niños al programa.

El programa brinda a los niños desayuno, un refrigerio a media mañana y almuerzo, alimentación que tiene una vocación de calidad nutritiva, que debería tener impacto en la reducción de la anemia. Más si es complementado con suplementos nutricionales⁸. Así, sería importante medir cuál es el impacto del programa, a nivel nutricional, en los niños bajo su atención.

- 4) No hay indicadores del nivel de infraestructura de los centros de servicios. En efecto, en la mayoría de los casos los servicios se brindan en hogares acondicionados de las familias cuidadoras, pero es evidente que esto no necesariamente garantiza que el acondicionamiento sea el mejor para un servicio adecuado en los niños bajo atención.

Los centros de servicios, en cambio, son de mejor infraestructura y con ambientes separados por edades de los niños, adecuadas despensas y áreas de cocina para mejor uso y preparación de los alimentos. Sin embargo, no se tiene información ni medición

en metas, sobre cuántos centros de servicio se cuenta y si existe una brecha —de hecho, hay una brecha— en la atención de los niños.

Según lo expuesto, muchas de las acciones planteadas en el listado anterior suponen la recopilación de información de impacto, que serviría para hacer medición de impacto y seguimiento en etapas posteriores del crecimiento de los niños en cuanto a formación y nutrición para que la iniciativa de «igualar» sea aterrizada en logros específicos y permita al estado hacer seguimiento integral de sus resultados y acompañarlos de manera coherente en todos los aspectos del ciclo de vida, hasta cuando sea necesario, una vez logrado el objetivo de inclusión social.

Esos son unos primeros aspectos que consideramos deben ser atendidos por este programa social y que servirían para medir el nivel de avance y el impacto que tiene Cuna Más sobre la población que atiende, situación importante dado que no debemos olvidar que lo ideal en un programa social es la vocación al cierre que tiene una vez cumplidos sus objetivos. En efecto, un programa debe buscar su culminación porque la población que atiende alcanza los niveles deseados para que deje de ser población vulnerable o necesitada.

LA UNIVERSALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DEL PROGRAMA

Las características señaladas del programa y el beneficio que lleva a la población convierten al programa Cuna Más en uno con un servicio potente para trabajar en el desarrollo de nuestra niñez y mejorar el desarrollo del país.

8 En este punto, se debe aprovechar el acceso directo a la población infantil para trabajar coordinadamente con el Minsa.

Asegurar niveles óptimos de educación es un asunto de preocupación nacional con incidencia directa en nuestra capacidad de desarrollo como sociedad y país. Por ello, hay programas que se centran en sectores de la población afectados por alguna condición de vulnerabilidad por pobreza o pobreza extrema. El Estado debe asegurar condiciones óptimas de forma universal en la niñez para alcanzar niveles óptimos en educación básica, razonamiento matemático y comprensión lectora.

Ya he señalado el impacto que tiene en los resultados educativos, que los niños tengan acceso a algún nivel de estimulación temprana⁹ y niveles adecuados de nutrición¹⁰ para obtener y desarrollar capacidades educativas que le permitan alcanzar un desarrollo integral atacando de esa manera a la pobreza desde sus propios cimientos de causa.

Según el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de Unicef, los Estados están obligados a realizar todas las acciones que sean necesarias para que los niños puedan acceder plena y efectivamente a todos los derechos

reconocidos en la convención con el máximo de los recursos que dispongan y en el marco de la cooperación internacional.

En este sentido, estoy convencido de que este programa, si bien es fundamental para la población en situación de vulnerabilidad por pobreza o extrema pobreza, no debe estar limitado a este sector, sino debería convertirse en un servicio de carácter universal a cargo del Estado. Ello según su obligación de asegurar a toda su población infantil, condiciones educativas y de formación, en general, adecuadas para el desarrollo.

Cierto es que los recursos con los que contamos como país son limitados y tal vez, por eso, la población vulnerable debe ser priorizada en el uso de los recursos. Sin embargo, ya he expuesto la importancia del sinceramiento de la información, planteando indicadores válidos sobre la base de un universo a atender y no solo de cantidad, data que permite ir creciendo en la cobertura del servicio apuntando a su universalidad.

La discusión está planteada. Comencemos a trabajar al respecto.

SOBRE EL AUTOR

Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) con Maestría en Gestión Pública, estudios de alta especialización en Proyectos, Finanzas e Inversión Pública y Diplomado en Gestión y Resolución de Conflictos en ESAN (Perú). Es jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica en el Programa Nacional Cuna Más del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (Midis).

⁹ Señalo estimulación temprana en el sentido amplio del término.

¹⁰ Ojo que acá no incido en el aspecto de salud, sino en las condiciones básicas de nutrición que le permitan al niño acceder y desarrollar de manera adecuada su capacidad de aprendizaje.

La consulta previa a los pueblos indígenas u originarios como política pública en el Perú

Prior Consultation of Indigenous or Native Peoples as a Public Policy in Peru

Nadia Palomino Fernández

Universidad Continental, Huancayo, Perú

 <https://orcid.org/0000-0001-8347-2713>

«La obligación de la consulta es un principio general del derecho internacional».

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

RESUMEN

La presente investigación analiza cómo nuestro país viene reconociendo y ejecutando el derecho a la consulta previa en comunidades indígenas u originarias con especial énfasis en las comunidades amazónicas de Ucayali. Durante mucho tiempo estas comunidades han sido víctimas de distintos tipos de desastres, sobre todo de carácter natural, ecológico y social. Entre las diferentes afectaciones que han denunciado estas comunidades amazónicas, se encuentran el endeble proceso de «diálogo social» entre las autoridades políticas, los representantes de las empresas que buscan las concesiones de obras extractivas, y los comuneros y comuneras de este grupo de comunidades indígenas u originarias. Así, se busca evidenciar el incumplimiento del Estado peruano con estos grupos.

Palabras clave: comunidades indígenas, consulta previa

ABSTRACT

In the present investigation, the author seeks to carry out an analysis of how our country has been recognizing and executing the right to prior consultation in indigenous or native communities with special emphasis on the Amazonian communities of Ucayali. For a long time these communities have been victims of different types of disasters, especially of a natural, ecological and social nature. Among the different affectations that these Amazonian communities have denounced, are the weak process of social dialogue between the political authorities, the representatives of the companies that seek concessions for extractive works, and the community members of this group of indigenous communities or originating. The article seeks to demonstrate the non-compliance of the Peruvian State with these groups.

Keywords: indigenous communities, prior consultation

Fecha de recepción:
30/4/2023

Fecha de aprobación:
15/5/2023

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación analiza cómo nuestro país viene reconociendo y ejecutando el derecho a la consulta previa en comunidades indígenas u originarias con especial énfasis en las comunidades amazónicas de Ucayali.

En estas comunidades se ha identificado la afectación de este a través de derrames petroleros y extracción minera, según los hallazgos denunciados por la Organización Nacional de Mujeres Indígenas y Amazónicas del Perú (Onamiap), lo que permite observar la implementación normativa y su cumplimiento a través del análisis hermenéutico-jurídico de los resultados del reporte elaborado y presentado ante la Organización de las Naciones Unidas (ONU) por la Onamiap.

2. LA CONSULTA PREVIA EN LAS COMUNIDADES AMAZÓNICAS DE UCAYALI

La Onamiap ha establecido la necesidad de caracterizar el problema que se quiere atender en la política pública, identificándose como realidad problemática el incumplimiento del ejercicio del derecho a la consulta y el consentimiento previo de manera efectiva en ocho comunidades nativas: Betijay, Sempaya, Shahua, Tahuarapa, Túpac Amaru, Puerto Firmeza, Santa Lucía y Santa Teresita.

Entre las diferentes afectaciones que han denunciado estas comunidades amazónicas, se encuentran el endeble proceso de «diálogo social»

entre las autoridades políticas, los representantes de las empresas que buscan las concesiones de obras extractivas y los comuneros y comuneras de este grupo de comunidades indígenas u originarias, comunidades en situación de vulnerabilidad, siendo víctimas del incumplimiento del Estado peruano de su obligación de garantizar el derecho a la consulta previa sobre la autonomía de los territorios indígenas.

Estas graves transgresiones del proceso de consulta previa han permitido el ingreso de grandes corporaciones empresariales con fines extractivos de recursos naturales sin un debido cumplimiento a la adecuación normativa nacional de los estándares de derechos humanos desarrollados sobre la materia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Sobre la denuncia efectuada por la Onamiap, que motivó esta investigación, presentamos en la Tabla 1 los datos informativos más relevantes.

Los datos de la Tabla 1 sintetizan los hallazgos contenidos en el informe de la Onamiap ante Naciones Unidas, identificando los derechos fundamentales que se han transgredido a través de la percepción de los integrantes de las comunidades amazónicas bajo análisis. Muestran el poco o nulo cumplimiento de los entes gubernamentales, del respeto y garantía de derechos como el de la consulta previa, derecho que constituye una garantía frente a las concesiones en el territorio de los pueblos indígenas, como medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.

Tabla 1. Datos informativos relevantes: derechos vulnerados en zonas afectadas en el Perú

Contexto	Afectación	Derechos vulnerados	Zonas afectadas	Estándares de derechos humanos
Informe de la Organización Nacional de Mujeres Indígenas y Amazónicas del Perú (Onamiap) ante la ONU (Onamiap, 2022)	«La municipalidad a veces hace trochas o caminos sin consultarles».	Derecho a la consulta previa	Comunidad nativa Túpac Amaru	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.
	«Ruido muy fuerte del helicóptero	Derecho a la educación	Pueblo indígena: Shipibo-Konibo	Ejercicio del derecho a la consulta previa en el marco de proyectos de desarrollo o inversión en tierras y territorios indígenas.
	Derrames de petróleo en comunidades cercanas»	Derecho a la salud	Distrito de Tahuania, provincia de Atalaya, departamento de Ucayali	Estudios de impacto ambiental.
Informe de la Organización Nacional de Mujeres Indígenas y Amazónicas del Perú (Onamiap) ante la ONU	«Nunca se consultó si se debía construir o no la carretera.	Derecho a la consulta previa	Comunidad nativa Betijay	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.
	Necesidades sin atender»	Derecho a la educación	Pueblo indígena: Shipibo-Konibo	Ejercicio del derecho a la consulta previa en el marco de proyectos de desarrollo o inversión en tierras y territorios indígenas.
	«No hay acuerdos equitativos.	Derecho al acceso a la información pública	Distrito de Tahuania, provincia de Atalaya, departamento de Ucayali	Ejercicio del derecho a la consulta previa en el marco de proyectos de desarrollo o inversión en tierras y territorios indígenas.
Informe de la Organización Nacional de Mujeres Indígenas y Amazónicas del Perú (Onamiap) ante la ONU	Piensan que las empresas están coludidas con el Estado para ingresar a los territorios y hacer sus actividades».	Derecho a la transparencia en la labor gubernamental	Comunidad nativa Sempaya	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.
	«Dejan que los tronqueros circulen cerca a los caminos comunales, lo cual genera polvo y ruido. Agua de río contaminada, no hay regulación a las embarcaciones pesqueras».	Derecho a un medio ambiente sano y equilibrado	Pueblo indígena: Shipibo-Konibo	Estudios de Impacto ambiental
	«Se aprueba los proyectos, pero por falta de entendimiento».	Derecho al acceso a la información pública	Distrito de Tahuania, provincia de Atalaya, departamento de Ucayali	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.
Informe de la Organización Nacional de Mujeres Indígenas y Amazónicas del Perú (Onamiap) ante la ONU	«Se aprueba los proyectos, pero por falta de entendimiento».	Derecho a la identidad cultural	Comunidad nativa Shahuaya	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.
	«Se aprueba los proyectos, pero por falta de entendimiento».	Derecho a la salud	Pueblo indígena: Shipibo-Konibo	Estudios de Impacto ambiental
	«Se aprueba los proyectos, pero por falta de entendimiento».	Derecho al acceso a la información pública	Distrito de Tahuania, provincia de Atalaya, departamento de Ucayali	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.
Informe de la Organización Nacional de Mujeres Indígenas y Amazónicas del Perú (Onamiap) ante la ONU	«Se aprueba los proyectos, pero por falta de entendimiento».	Derecho a la consulta previa	Comunidad nativa	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.
	«Se aprueba los proyectos, pero por falta de entendimiento».	Derecho a la identidad cultural	Pueblo Firmeza	Estudios de Impacto ambiental
	«Se aprueba los proyectos, pero por falta de entendimiento».	Derecho al acceso a la información pública	Pueblo indígena: Shipibo-Konibo	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.
Informe de la Organización Nacional de Mujeres Indígenas y Amazónicas del Perú (Onamiap) ante la ONU	«Se aprueba los proyectos, pero por falta de entendimiento».	Derecho a la consulta previa	Distrito de Tahuania, provincia de Atalaya, departamento de Ucayali	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.
	«Se aprueba los proyectos, pero por falta de entendimiento».	Derecho a la identidad cultural	Pueblo Firmeza	Estudios de Impacto ambiental
	«Se aprueba los proyectos, pero por falta de entendimiento».	Derecho al acceso a la información pública	Pueblo indígena: Shipibo-Konibo	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.

... continúa

Contexto	Afectación	Derechos vulnerados	Zonas afectadas	Estándares de derechos humanos
	«Solo realizó proceso de consulta con el lote 200, pero al ser cuestionado por la comunidad no se implementó».	Derecho a la consulta previa	Comunidad nativa Santa Lucía Pueblo indígena: Shipibo-Konibo Distrito Calleria, provincia de Coronel Portillo, departamento de Ucayali	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.
Informe de la Organización Nacional de Mujeres Indígenas y Amazónicas del Perú (Onamiap) ante la ONU.	«El proceso de consulta por el que pasaron fue por el lote 200, pero este se realizó con falencias, sin brindar información adecuada. Hay proyectos en la comunidad de los que se enteran cuando ya se están ejecutando».	Derecho a la consulta previa	Comunidad nativa Santa Teresita Pueblo indígena: Shipibo-Konibo Distrito de Yarimacocha, provincia de Coronel Portillo, departamento de Ucayali	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.
	«Si los proyectos los involucran de manera indirecta no les consideran en los procesos de consulta (son proyectos relacionados con el uso de las tierras para agricultura). El alcalde no visita la comunidad desde que estuvo en campaña electoral».	Derecho a la consulta previa	Comunidad nativa Tahuarapa Pueblo indígena: Ashéninka Distrito de Raymondi, provincia de Atalaya, departamento de Ucayali	Garantías específicas frente a las concesiones dentro del territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.

Fuente: Elaboración propia en base al Informe Onamiap y complementado con la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios del Ministerio de Cultura (BDPI).

3. PROBLEMA: INDICADORES DE RESULTADO

La afectación detectada en las ocho comunidades nativas investigadas en el informe de la Onamiap ante Naciones Unidas denuncia la «negación del derecho a la consulta previa». Esta información fue recabada a través de cuestionarios comunitarios realizados por el Navegador Indígena, en el establecimiento de lotes petroleros otorgados por el Estado sin garantizar el cabal ejercicio de los derechos a la consulta y consentimiento previo, libre e informado en sus territorios como en los lotes 1893, 200 y 202. (Onamiap, 2022).

Un inadecuado uso de la consulta previa como un puente de diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas lleva al incumplimiento de las obligaciones estatales en relación con el reconocimiento del ejercicio de la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios.

Este derecho está regulado en la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas u Originarios (en adelante, la Ley), que regula el derecho a la consulta y al «consentimiento previo», libre e informado a los pueblos indígenas, cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas que afecten sus derechos colectivos, situación que hasta el momento viene afectando a 294.634² habi-

tantes de las comunidades nativas descritas en el cuadro 1, un aproximado de 0,9 %³ de la población nacional.

Del grupo vulnerable afectado por el incumplimiento de un adecuado proceso de consulta previa, en los alcances del artículo 8 de la Ley, es necesario establecer las etapas del proceso de consulta para identificar cuáles deberían ser las estrategias para fortalecer las que presentan fallencias en su realización Figura 1.

Entre las etapas señaladas en el cuadro 2, encontramos que el paso de la identificación de la medida en conjunto con la identificación de las poblaciones indígenas u originarias está a cargo de la entidad estatal promotora que deberá sostener reuniones preparatorias con los representantes de los pueblos a consultar, determinando el plazo, lugar y forma de la consulta.

Asimismo, en la etapa 3, se establece la obligación de la entidad estatal promotora de entregar el plan de consulta (que debe hacerse con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas), y la medida a consultar, a los representantes de los pueblos indígenas. Se precisa en la Ley, artículo 16, que estos documentos deben ser elaborados en el idioma, dialecto o lenguaje de la comunidad nativa a consultar para su cabal entendimiento.

Figura 1. Etapas del proceso de consulta previa



Fuente: Elaboración propia¹.

1 Ley 29875, Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas u Originarios, Título III, artículo 8. Etapas del proceso de consulta previa.

La etapa 4 es neurálgica. Refiere la obligación del Estado (a través del ente gubernamental promotor de la actividad que debe ser consultada) sobre las consecuencias y afectaciones en sus derechos colectivos, informando el contenido de la medida que se propone ser puesta en consulta, y según los casos del cuadro 1. Podemos colegir que es la falla evidente en el proceso, la falta de información, el plan de consulta con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas.

En la etapa 5, el proceso de evaluación interna compete solo a los representantes de las poblaciones indígenas y su propia comunidad. Etapa 6, de diálogo a través de los representantes acreditados de ambas partes en busca de consensos. La etapa final se encuentra «reservada» para el Estado, según el artículo 15 de la Ley:

«La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano». (Congreso de la República, 2011)

El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios como el derecho a la autodeterminación como pueblos, a controlar su propio desarrollo, a ser consultados sobre el uso de sus territorios ancestrales. Los acuerdos del

resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.

En este contexto, el artículo 15 dispone no solo una debida motivación y la ponderada evaluación de los puntos de vista recogidos durante el proceso de consulta, sino que adicionalmente recuerda las obligaciones estatales por parte del Estado peruano, reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, parte del bloque de constitucionalidad, permitiendo que a pesar de no lograr un acuerdo, se continúe con la iniciativa promovida garantizando derechos como el de la vida, la integridad y el pleno desarrollo de los pueblos indígenas u originarios, pero abre la puerta al reclamo posterior en vía administrativa o judicial.

Los pueblos indígenas u originarios constituyen un colectivo concreto con reconocimiento internacional de protección de derechos humanos a través del trabajo jurisprudencial desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como a través de instrumentos específicos como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Convenio 169.

En nuestro país, el punto de partida de esta política pública surge con los conflictos sociales producidos en Bagua en 2008 y 2009 (Zambrano, Berganza, Cuentas y Hurtado, 2017), lo que condujo a tomar acciones al Poder Ejecutivo para enfrentar esta problemática sin resolver por muchos años.

Tras un largo proceso de discusión pública y parlamentaria sobre la materia, en setiembre de 2011 se promulgó la Ley 29785, Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169

de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la que entró en vigencia en diciembre del mismo año. Pocos meses después, en abril de 2012, fue promulgado su reglamento. [...] Su ámbito de aplicación ha incluido tanto a comunidades nativas como campesinas, participando también organizaciones indígenas de alcance regional y nacional. A la fecha ya existen procesos de consulta previa en minería, tanto en fases de exploración como en las de explotación. (Lanegra, 2018)

Para 2018, en el Gobierno de Ollanta Humala Tasso, se observaron importantes logros en la aplicación de esta política pública, los que serán identificados en los indicadores de proceso a lo largo de este artículo

Asimismo, en 2021, se presentó la propuesta de Política Nacional de Pueblos Indígenas u Originarios al 2030, elaborada por el Ministerio de Cultura, siendo que este proyecto «no constituye una política pública», pero evidencia la decisión política desde el Ejecutivo de continuar con el proceso de reconocimiento y aplicación de este derecho, extendiendo su ejercicio del campo formal normativo al administrativo procedimental.

Sin embargo, esta herramienta aún encuentra la brecha del diálogo entre los actores participantes del proceso, especialmente los representantes de los pueblos indígenas u originarios con las comunidades nativas que lideran, según se ha recogido de la investigación de la Onamiap, en que la principal denuncia es que el Estado otorga las concesiones sin desarrollar la consulta previa, para fines extractivos, lo que afecta sus derechos de propiedad comunal, identidad cultural y étnica, participación, pero sobre todo su derecho a la consulta previa.

Encontramos el caso comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará contra el Ministerio de Energía y Minas (Minem).

Este problema público tiene como variable principal el ejercicio de los derechos colectivos de la población indígena y originaria. Si bien existe un reconocimiento a estos derechos por parte del Estado y la suscripción a convenios internacionales, también se presentan recurrentes situaciones que *limitan su ejercicio*, ubicándolos en una situación de *vulnerabilidad*. (Ministerio de Cultura, 2021)

4. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, se han desarrollado los siguientes estándares internacionales, los que el Estado debería considerar en el diseño de sus políticas públicas:

- Garantías específicas frente a las concesiones en el territorio de los pueblos indígenas. Medidas de salvaguarda para garantizar el derecho a la propiedad comunal.
- Ejercicio del derecho a la consulta previa en el marco de proyectos de desarrollo o inversión en tierras y territorios indígenas.
- Beneficios compartidos con los comuneros de las comunidades nativas.
- Estudios de impacto ambiental.

4.1. Tratados generales¹

- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes: Tratado adoptado en la 76.^a Conferencia Internacional del Trabajo (7 de junio de 1989) y en vigor desde el 6 de setiembre de 1991. Está vigente en el Perú desde el 2 de febrero de 1995, un año después de su ratificación.

2 Recopilación de instrumentos sistematizados en el glosario del Ministerio de Cultura, 2016.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos: Convención adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (22 de noviembre de 1969) y en vigor desde el 18 de julio de 1978. El Estado peruano ratificó este instrumento el 28 de julio de 1978.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: Declaración adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana (2 de mayo de 1948).
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: Declaración adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas mediante Resolución A/61/295, 61.º periodo de sesiones (13 de setiembre de 2007). (Ministerio de Cultura, 2016).

4.2. Recomendaciones de comités

- Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (Cecr), a través del informe del 2010, instó al Gobierno peruano

a que adopte las medidas necesarias para poner la legislación y la práctica nacional de conformidad con los artículos 2, 6, 7 y 15 del convenio, teniendo en cuenta el derecho de los pueblos cubiertos por el Convenio a establecer sus propias prioridades y participar en los planes y programas de desarrollo nacional y regional.

- Comité de Derechos Humanos (2009): Dictamen del Comité de Derechos Humanos
Comité de Derechos Humanos (2009): Dictamen del Comité de Derechos Humanos-Comunicación 1457/2006, en que se resuelve la denuncia presentada por la autora, Ángela Poma Poma, quien alegó que el desvió de aguas subterráneas de sus tie-

rras, destruyó el ecosistema del altiplano, degradando las tierras y, por ello, murieron miles de cabezas de ganado, colapsando el único sistema de supervivencia de la comunidad. Sobre el caso, se dictaminó la violación del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con arreglo del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): Informe sobre la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales, del 28 de diciembre de 2021: «La declaración de la ONU como la OEA sobre pueblos indígenas contienen disposiciones que advierten que nada contenido en las mismas puede ser interpretada en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos independientes».
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): Comunicado de Prensa 071-2022, del 6 de abril de 2022: «La CIDH expresa su preocupación por sentencia del Tribunal Constitucional de Perú que afecta los derechos de los pueblos indígenas».

4.3. Sentencias de la Corte IDH

- Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012): El caso es particularmente relevante debido a que la Corte dictamina la violación del derecho a la consulta/acuerdo previo, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural en favor del pueblo indígena Sarayacu, por haber otorgado la concesión petrolera a una empresa argentina.

- Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2006): El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por no haber garantizado el derecho de propiedad ancestral de la comunidad Yakye Axa, lo cual generó numerosas afectaciones a sus miembros
- Caso Awas Tingni vs. Nicaragua (2000): El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la falta de delimitación del territorio de la comunidad Mayagna Awas Tigni, así como a la ineficacia de los recursos interpuestos.

5. MARCO CONSTITUCIONAL: INDICADOR ESTRUCTURAL

La Constitución Política del Perú reconoce, en su artículo 89, que las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, reconocimiento concordante con el artículo 1 del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En la polémica sentencia recaída en el Expediente 03066-2019-PA/TC, Caso Comunidades Campesinas Chilla, Chambilla y Chila Pucará, el Tribunal Constitucional peruano «reconoce el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas, pero entiende también que éste tiene límites». A pesar del resultado de este fallo, podemos rescatar la naturaleza constitucional que subyace en la interpretación del máximo intérprete de la Constitución al derecho de la consulta previa.

A través del autoadmisorio del 28 de febrero del 2022, el Tribunal Constitucional ha ad-

mitido a trámite la demanda de amparo interpuesta por la comunidad campesina de Asacasi, recaída en el Expediente 03326-2017-PA/TC, en que el demandante solicita se declare la nulidad de los actos administrativos por los cuales se otorgan concesiones mineras en el territorio de la comunidad campesina de Asacasi, sin haberse realizado la consulta previa.

Por último, en la Sentencia 925/2021, recaída sobre el Expediente 02268-2015-PA/TC, presentado por la Federación Nativa del Río Madre de Dios y Afluentes (Fenamad), en que el Tribunal Constitucional declara improcedente la demanda que solicita la nulidad de los actos administrativos relacionados con las actividades de exploración y explotación en el lote 76 por no haberse respetado el derecho a la participación, consulta ni consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas Harakmbut, Yine y Matsiguenka, el voto de la magistrada Ledesma y Espinosa Saldaña, rescata la naturaleza constitucional que subyace al derecho de consulta previa:

«Tal como lo ha establecido el Tribunal, el Convenio 169 de la OIT forma parte de nuestro ordenamiento jurídico; por lo tanto, como cualquier otra norma jurídica, debe ser acatado (cfr. sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento 31); a ello debe agregarse que, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución Política, los “tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, ostentan rango constitucional” (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00025-2005-PI/TC, fundamento 33). Además, en virtud del artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar, normativa e interpretativamente, las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas». (Tribunal Constitucional, 2021)

De la jurisprudencia constitucional analizada, podemos verificar que «no existe un consenso» por parte de este alto colegiado de interpretación y control constitucional, de reconocer el carácter de «derecho fundamental que tiene el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios», lo que causa preocupación al significar un *overruling*² en la interpretación progresiva de derechos humanos, además de una contradicción a los estándares internacionales señalados en el acápite anterior, según los artículo 55 y IV Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución.

6. MARCO POLÍTICO: INDICADORES ESTRUCTURALES

Dentro de los lineamientos de política general, se han identificado objetivos prioritarios alineados a la Política General del Gobierno al 2021, consensos políticos a largo plazo como son:

- El Acuerdo Nacional, que comprende el conjunto de políticas de Estado elaboradas y aprobadas sobre la base del diálogo y del consenso, luego de un proceso de talleres y consultas a nivel nacional, para definir un rumbo para el desarrollo sostenible del país y afirmar su gobernabilidad democrática (Congreso de la República, 2017).
- El Congreso de la República presenta una sistematización de informes de órganos parlamentarios que han promovido la consulta previa en el procedimiento legislativo, como los informes de la Comisión Multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas (2008-2009), en que se propone la incorporación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas

como parte de un instrumento de gestión estatal, de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, grupo de trabajo «Reglamento e Implementación de la Ley de Consulta Previa en el Congreso de la República» (2011-2012).

Producto de esta labor político-legislativa, en 2011 se aprueba la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, según el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Este dispositivo legal reconoce el derecho de los pueblos indígenas u originarios, a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, en materias referidas a su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo.

- Conforme se colige del informe leyes y políticas públicas al respecto de pueblos indígenas y tribales: Perfiles de países de América Latina que han ratificado el convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Convenio 169), el Perú aún enfrenta grandes retos en esta materia.

Hay también avances en materia de consulta y participación, los que varían de nivel de país a país. Si bien la mayoría de los países ha reconocido el deber de consulta a los pueblos indígenas en la legislación nacional (en algunos casos en la Constitución y en otros en legislaciones sectoriales específicas), pocos son los países que han adoptado un marco regulatorio para la implementación de la consulta previa, y que, con ello, han designado autoridades encargadas de su coordinación y vigilancia. Entre estos países, están Costa Rica, Chile, Perú y

2 El *overruling* es una técnica jurídica de interpretación que se utiliza por parte de los administradores de justicia para cambiar el criterio establecido en jurisprudencia anterior en determinada materia del derecho.

Paraguay. Otros países, Argentina, Colombia y México, tienen mecanismos para la participación continua de los pueblos indígenas en el desarrollo de políticas públicas (Organización Internacional del Trabajo, 2020).

También se han considerado las «políticas sectoriales» que guardan consistencia con la política pública de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios:

De la Base de Datos de Pueblos indígenas u Originarios (BDPI):

- Decreto Legislativo 1360, que precisa funciones exclusivas del Ministerio de Cultura como ente rector en materia de pueblos indígenas u originarios
- Decreto Supremo 009-2021-MC, que aprueba la actualización del mapa etnolingüístico: lenguas de los pueblos indígenas u originarios del Perú, Mapa Etnolingüístico del Perú.
- Resolución Ministerial 202-2012-MC, que aprueba la Directiva 03-2012-MC, que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios.
- Resolución Ministerial 321-2014-MC, que aprueba el listado contenido en la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios de centros poblados en comunidades indígenas de la Amazonía peruana.
- Resolución Ministerial 152-2021-DM-MC, que aprueba el «Listado de distritos con mayor presencia y concentración de población indígena u originaria a nivel nacional».

En ambas políticas identificadas (generales y sectoriales), observamos las medidas, acciones y normas aprobadas en torno a continuar con la aplicación de la política pública de la consulta previa, a través de sistemas, planes y mecanismos, como la creación de la BDPI que ha permitido la identificación, mapeo y ac-

tualización de data constante de la población indígena u originaria del país, con el proceso de consulta previa que registra y publica el Ministerio de Cultura, a través de la plataforma virtual: <https://consultaprevia.cultura.gob.pe>.

7. POLÍTICAS OPERATIVAS: INDICADORES ESTRUCTURALES

Sobre las políticas operativas, se ha elaborado la tabla 2 que identifica las estructuras normativas y administrativas, los sistemas vigentes, la planificación en la política nacional, y finalmente los mecanismos responsables u órganos gubernamentales que tienen a su cargo la implementación y desarrollo del proceso de consulta previa en las comunidades nativas identificadas para este artículo.

8. APLICACIÓN DE POLÍTICAS: INDICADORES DE PROCESO

- Informes de seguimiento y monitoreo: Informe de la Defensoría del Pueblo sobre buenas prácticas defensoriales en consulta previa en 2017. Consulta Previa Lote 189.
- Información presupuestal: El Ministerio de Cultura recibe el 0,5 % del Presupuesto Nacional. Sin embargo, no es el único ente promotor de consultas previas. También esta labor es desarrollada por el Ministerio de Energía, Minas e Hidrocarburos, que cuenta con una asignación mayor. Ejemplo: <https://shorturl.at/uJNUV>
- Aquí también podemos consignar el Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025, formado por 132 instituciones del Estado, empresas privadas, pueblos indígenas, sindicatos y organizaciones de la sociedad civil.

- Niveles de inversión y ejecución: No se pudo determinar.

9. COMENTARIO CRÍTICO

El derecho a la consulta previa busca garantizar el respeto por derechos humanos, como la identidad cultural, la propiedad ancestral, la participación ciudadana y la búsqueda de justicia para todos en un país intercultural. La denuncia de la Onamiap se ha contrastado con diversas fuentes, verificando que, en muchos casos de concesiones a empresas extractivas, no se ha desarrollado un adecuado proceso de consulta previa (Caso Comunidades Campesinas Chila Chambilla y Chilapucará), en el marco de las obligaciones internacionales que subyacen a los estándares internacionales que protegen este derecho, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través del Comunicado 071-2022.

La ley de consulta previa y su reglamento constituyen esfuerzos parlamentarios y políticos que buscan contrarrestar violaciones de derechos humanos a un colectivo social concreto: «pueblos indígenas u originarios», pero estos son insuficientes, si no van aunados a la labor titánica del diseño adecuado de políticas públicas que reduzcan el flagrante incumplimiento anotado en los ocho casos de comunidades nativas que han conducido el sustento material de esta investigación.

Sobre el caso del derecho a la consulta previa dirigido a las comunidades indígenas, es preciso señalar que la Constitución Política del Perú reconoce en el artículo 89 que las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, que tiene concor-

dancia internacional con el artículo 1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como parte de los estándares de derechos humanos para el reconocimiento de la autonomía y participación en las decisiones políticas que afecten su vida en comunidad.

Asimismo, la Carta Fundamental ha reconocido constitucionalmente diversas obligaciones estatales como parte de las políticas públicas que garantiza a los ciudadanos del país, como son educación y salud gratuitas, infraestructura, seguridad, mercado, justicia, entre otros que se desagregan en los artículos 17.7, 58, 59, 63 y 138, respectivamente.

Los derechos humanos son el fundamento y sentido del Estado constitucional de derecho, que se crea para garantizar y defender a las personas en dignidad y respeto de sus libertades fundamentales, aunque aún nos quede un largo camino por recorrer. La aspiración y el modelo se encuentran enmarcados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, guía máxima que nos inspira y conduce por un camino de adecuación progresiva en el ordenamiento jurídico nacional en pro de nuestros derechos³.

Por último, es importante recordar que los estándares internacionales, en materia de derechos humanos desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia, se articulan al derecho nacional a través de la interpretación jurídica, en la denominada teoría del bloque de constitucionalidad, determinada en el artículo 55 y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria, que extiende la interpretación de los derechos fundamentales a las normas contenidas según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificadas por el Estado peruano.

³ Conclusiones presentadas en el artículo publicado por la autora como *brief* del presente trabajo de investigación, en el blog de la Escuela de Posgrado de la Universidad Continental, debidamente referenciado en la parte final de este artículo.

Tabla 2. Procesos de consulta previa en comunidades nativas del Perú

Comunidades nativas	Estructuras	Sistemas	Planes	Mecanismos responsables
Túpac Amaru	Procedimiento administrativo consulta previa Lote 189, en hidrocarburos que aprueba la suscripción de contratos de exploración y explotación de lotes petroleros y gasíferos a Perupetro S. A.	Etapas del proceso de consulta previa en la Ley.	Proceso de consulta previa para el Lote 189 se realizó el 4 de agosto de 2014.	Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM
Betijay			Plan de consulta y la propuesta de medida a consultar en el portal institucional de Perupetro. Acta de reunión preparatoria Plan de Consulta Lote 189.	Acuerdo de Directorio 074-2013 Perupetro Organizaciones indígenas locales pertenecientes a la Organización Regional Aidesep Ucayali (ORAU), la Coordinadora Regional de Pueblos Indígenas de Aidesep Atalaya (Corpiaa) y a la Unión Regional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía (Urpia).
Sempaya	RDR 0152-96-CTA-RU-DRA. Titularidad de predio para su comunidad	No se ha identificado como actor en un proceso de consulta.	La Unión Regional de los Pueblos Indígenas de la Amazonia de la Provincia de Atalaya (Urpia) ha firmado un convenio con el Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego (Midagri) para reconocimiento geográfico.	Unión Regional de los Pueblos Indígenas de la Amazonia de la Provincia de Atalaya (Urpia) Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego (Midagri).
Shahuaya	RD 1641-75-DGRA/AR. Titularidad de predio para su comunidad		Ministerio de Producción otorga tarjetas de permisos a empresas pesqueras, «que contaminan y alteran el ecosistema». Acciones correctivas frente a la denuncia.	Ministerio de Producción Ministerio del Ambiente. Dirección General de la Calidad del Ambiente.
Puerto Firmeza	Procedimiento administrativo consulta previa Lote 200, en hidrocarburos que aprueba la suscripción de contratos de exploración y explotación de lotes petroleros y gasíferos a Perupetro S. A.	Etapas del proceso de consulta previa en la Ley.	Evaluación interna dentro de la consulta, el 23 de febrero de 2020 en la ciudad de Yarinacocha, se realizó la reunión de evaluación en conjunto.	Ministerio de Energía y Minas (Minem), a través de la Oficina de Gestión del Diálogo y Participación Ciudadana de la Oficina General de Gestión Social.
Santa Teresita			Esta reunión tuvo la participación de especialistas del IDL y representantes de Feconau y ORAU.	
Santa Lucía				
Tahurapata	Procedimiento administrativo consulta previa Lote 202-203. Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 202 Perupetro S. A.	Etapas del proceso de consulta previa en la Ley.	No se ha identificado el inicio del proceso de consulta en el buscador del Ministerio de Cultura.	

Fuente: Elaboración propia

Figura 2. Procesos de consulta previa en sector hidrocarburos

Ente promotor	Consulta	Alcance de la medida
Ministerio de Energía y Minas	Lote 164 (Loreto)	Nacional/Regional
	Lote 165 (Loreto)	
	Lote 169 (Ucayali)	
	Lote 175 (Junín)	
	Lote 189 (Ucayali)	
	Lote 190 (Madre de Dios)	
	Lote 191 (Madre de Dios)	
	Lote 195 (Huánuco, Pasco y Ucayali)	
	Lote 197 (Loreto)	
	Lote 198 (Loreto)	

Elaboración: Defensoría del Pueblo de Perú

CONCLUSIONES

- El principal argumento que ha buscado exponer este artículo es el incumplimiento del Estado peruano al derecho de consulta previa que tienen las comunidades indígenas y nativas, un derecho que no ha sido reconocido expresamente en el texto constitucional. Sin embargo, ha sido materia de informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), aquí citadas, extendiendo de manera articulada su ámbito de protección del derecho interno al derecho internacional de los derechos humanos, a través de normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
- Un inadecuado análisis en el diseño de políticas públicas que no contemplen los indicadores estructurales, de proceso y de resultados corre el grave riesgo anotado por el informe de la Onamiap, de su incumplimiento.
- Los ocho casos identificados en Ucayali son las unidades de análisis de este trabajo, en que el otorgamiento de concesiones a empresas privadas sin previa consulta a los comuneros expone su identidad cultural y su patrimonio ancestral.
- El derecho es progresivo y extensivo, evoluciona con las sociedades y con la propia naturaleza humana. Se debe primar la dignidad del ser humano sobre los intereses económicos que afecten la identidad, autonomía y el derecho al consentimiento previo, libre e informado que tienen las comunidades indígenas u originarias en Ucayali y en todo el territorio intercultural de nuestra nación.
- Los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales se desarrollan en el ámbito internacional en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, estableciéndose el derecho a la propiedad territorial como eje neurálgico del

desarrollo cultural y la propia supervivencia de las comunidades nativas, incluidos el uso y el disfrute de sus derechos naturales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bardach, E. (1998). *Los ocho pasos para el análisis de políticas públicas. Un manual para la práctica*. CIDE.
- Caldera, Á. (2005). *Los problemas públicos: naturaleza y estructuración*. Universidad Autónoma de Aguas Calientes. Curso Evaluación de Políticas Públicas, Educación a Distancia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2012). «Análisis crítico de la consulta previa en el Perú». Informes sobre el proceso de reglamentación de la ley de consulta y del reglamento. Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Lima. www.corteidh.or.cr/tablas/r31020.pdf
- Defensoría del Pueblo (2017). «Buenas prácticas de las defensorías del Pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú en procesos de consulta previa». <https://bit.ly/3HWbuAs>
- Equidad. Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos (2021). «Política Nacional de Pueblos Indígenas u Originarios al 2030. ¿En ruta hacia a dónde?». *Equidad*. <https://bit.ly/3VOB7J4>
- Instituto de Derechos Humanos (2006). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Universidad de Deusto. <https://corteidh.or.cr/tablas/24006.pdf>
- Ministerio de Cultura (2016). *Estándares de aplicación del derecho a la consulta previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. <https://bit.ly/2INQkHT>
- (2021a). «Política Nacional de Pueblos Indígenas u Originarios al 2030».
- (2021b). «Listado de pueblos indígenas u originarios consultados». <https://shorturl.at/sAGTU>
- (2022a). «Consulta previa». <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso>
- (2022b). «Consulta previa. Lote 189». <https://bit.ly/3BuRUYB>
- (2022c). «Consulta previa. Lote 200». <https://bit.ly/44G1vcp>
- (2022d). «Consulta previa: Actores». <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/actores>
- (2022e). «Los derechos colectivos de los pueblos indígenas». <https://bit.ly/3Be9wHK>
- (2022f). «Propuesta de plan de consulta del proceso de consultiva previa sobre los proyectos de resoluciones viceministeriales de declaratoria como bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación de los monumentos arqueológicos prehispánicos Intihuatana-Colcaraccay-Runayupana, sectores 1 y 2, y Qillaycancha». <https://bit.ly/3Banw5h>
- Ministerio de Energía, Minas e Hidrocarburos (2016). «Plan de consulta: Proyecto Centrales Hidroeléctricas del Río Araza». <https://bit.ly/3NTDqsm>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2021). «Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025». <https://bit.ly/41j9o4p>
- Ministerio del Ambiente (2003). «Estudio de desempeño ambiental (ESDA) (2003-2013)». <https://bit.ly/3HVBmfD>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR) (s. f.). «Folleto 10: Los pueblos indígenas y el medio ambiente». <https://shorturl.at/fyJKL>
- Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (Onamiap) (2022). «Informe sobre la situación de los pueblos indígenas en el marco de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas».
- Organización de los Estados Americanos (OEA) (2022). «Comunicado de Prensa 071-2022». <https://bit.ly/3MbQk3F>
- Organización Internacional de Trabajo (OIT) (2020). «Leyes y políticas públicas al respecto de pueblos indígenas y tribales: perfiles de países de América Latina que han ratifica-

- do el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989» (Convenio 169). <https://bit.ly/3VLqpDn>
- Ortegón, Pacheco & Prieto (2005). «Metodología del marco lógico para la planificación, el seguimiento y la evaluación de proyectos y programas». Naciones Unidas. Material obligatorio del curso en Paideia.
- Palomino, N. (2022). «Políticas públicas: Concepto y aplicación en el Perú». <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/author/nadia-palomino>
- Perupetro (2014). «Acuerdo de Directorio 114-2014». <https://bit.ly/42GkSQx>
- Tribunal Constitucional (2022a). «Expediente 03066-2019-PA/TC». <https://bit.ly/44I6toN>
- (2022b). «Expediente 03326-2017-PA/TC». <https://bit.ly/3VRoih2>
- Vismara, J. P. (2012). «Pueblos indígenas y derechos colectivos. La consulta previa como garantía esencial para el resguardo de los derechos indígenas. La nueva jurisprudencia de la Corte IDH». www.corteidh.or.cr/tablas/r34437.pdf
- Zambrano, G.; Berganza, I.; Cuentas, V. & Hurtado, E. (2017). Bagua: entendiendo al Derecho en un contexto culturalmente complejo. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP),

SOBRE LA AUTORA

Miembro de la Comisión Especializada de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional del Ilustre Colegio de Abogados de La Libertad. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Docente universitaria especializada en derecho constitucional general, derecho constitucional peruano, derecho procesal constitucional y derecho internacional de los derechos humanos. Fue abogada en el Gobierno Regional de La Libertad y secretaria técnica disciplinaria en la Municipalidad Provincial de Trujillo. Se ha desempeñado en diferentes entidades del sector público como especialista en contrataciones del Estado adscrita a la Gerencia Regional de Infraestructura. Doctoranda en Derecho por la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO). Maestra en Derecho Administrativo y Derecho Constitucional por la Universidad Nacional de Trujillo (UNT). Especialista en Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Abogada por la UPAO.

Mercados de carbono: alcances y desafíos para afrontar el cambio climático

Carbon Markets: Scope and Challenges to Face Climate Change

Nathaly Torres López

Universidad Continental, Huancayo, Perú

 <https://orcid.org/0000-0002-8019-8058>

Andry Tarazona Flores

Pontificia Universidad Católica del Perú

 <https://orcid.org/0000-0002-3077-3309>

RESUMEN

Se desarrollan aquí los alcances teóricos y de evolución que ha tenido a nivel internacional el mecanismo de mercados de carbono. Teniendo como horizonte los tratados y compromisos internacionales referidos al cambio climático y adoptados por los Estados parte. Así también se analizan los avances y retos que afrontan tres países en la consolidación del mecanismo de mercados de carbono.

Palabras clave: mercados de carbono, cambio climático, Conferencia de las Partes, desarrollo limpio, gases de efecto invernadero

ABSTRACT

Development of the theoretical scope and evolution that the carbon market mechanism has had at a global level. Under the realm of international treaties and commitments related to climate change and adopted by the member countries. Likewise, the progress and challenges faced by three countries in the consolidation of the carbon market mechanism are analyzed.

Keywords: carbon markets, climate change, Conference of the Parties, clean development, greenhouse gases

Fecha de recepción:
4/4/2023

Fecha de aprobación:
12/5/2023

1. APROXIMACIONES AL MECANISMO DE MERCADO DE CARBONO FRENTE AL FENÓMENO DEL CAMBIO CLIMÁTICO

1.1. Contexto general

El origen del cambio climático se encuentra en la emisión masiva a la atmósfera de los denominados gases de efecto invernadero (GEI). El Panel Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático de las Naciones Unidas¹ (conocido por el acrónimo en inglés IPCC) estima que es muy probable que la principal causa de las variaciones climáticas observadas en las últimas décadas sea las emisiones antropogénicas. Es decir, causadas por las actividades humanas (IPCC, 2007).

En la actualidad, el cambio climático es el principal problema ambiental y uno de los mayores desafíos de las generaciones presentes y futuras. Son diversas las consecuencias que genera este fenómeno: temperaturas más cálidas, propagación de enfermedades, olas de calor más fuertes, derretimiento de los glaciares, cambio de los ecosistemas, desaparición de especies animales, aumento de nivel del mar, alimentos más caros, entre otros (Oxfam, 2016).

Por ello, el cambio climático constituye una emergencia mundial que va más allá de las fronteras nacionales, pues se trata de un problema que exige soluciones coordinadas en todos los niveles y de la cooperación internacional para ayudar a los países a avanzar hacia una economía con bajas emisiones de carbono (Naciones Unidas, s. f.). Incluso, la Agen-

da 2030² responde al objetivo 13, relacionado con la Acción por el Clima.

En realidad, ningún país es inmune a los efectos del cambio climático, que ya repercuten en el ambiente, la economía, la salud, la seguridad, la agricultura, entre otros aspectos. Ante tal escenario, urge que los países diseñen medidas para adaptar y mitigar los efectos del cambio climático en las relaciones de las personas y con su ambiente.

Por lo expuesto, se escucha con mayor atención al mecanismo de mercados de carbono, que ha sido considerado como parte de la solución del cambio climático (Banco Mundial, 2022).

1.2. Alcances de los tratados internacionales referidos a cambio climático en el mecanismo de mercados de carbono

Los objetivos establecidos en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y en el Acuerdo de París buscan «la estabilización de las concentraciones de GEI en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático» (artículo 2 de la CMNUCC), y «mantener el aumento de la temperatura media mundial debajo de 2 °C con respecto a los niveles preindustriales y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de temperatura a 1,5 °C» (artículo 2 del Acuerdo de París). Por su parte, el Protocolo de Kyoto, en su artículo 3, establece metas cuantificadas de limitación y reducción de las

1 Es un órgano científico y el principal órgano internacional para la evaluación del cambio climático. Fue creado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y la Organización Meteorológica Mundial (OMM) en 1988 para ofrecer al mundo una visión científica clara del estado actual de los conocimientos sobre el cambio climático y sus posibles repercusiones medioambientales y socioeconómicas.

2 Es un programa impulsado por la Naciones Unidas que busca llamar a la acción global durante 15 años. Los países que forman las Naciones Unidas se comprometen a movilizar los medios necesarios para la implementación de los objetivos, mediante alianzas centradas especialmente en las necesidades de los más pobres y vulnerables.

emisiones consignadas por los Estados parte del protocolo (López, 2020: 14).

En tal escenario, se revisará el tratamiento del mecanismo de mercados de carbono en los tres tratados internacionales referidos a cambio climático mencionados en el párrafo previo.

a) Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC)

El año 1992 fue un momento clave en la política internacional sobre cambio climático. Se realizó la firma de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC), que entró en vigor el 21 de marzo de 1994. Posteriormente, este instrumento fue ratificado por casi 200 países, que vienen a ser partes de la convención³.

La CMNUCC reconoció la importancia del problema de cambio climático⁴ y se planteó el objetivo central de estabilizar las concentraciones de GEI en la atmósfera para impedir interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático. También se estableció el compromiso de actuar bajo el principio de las «responsabilidades comunes pero diferenciadas» (Roca, 2019). Para ello, la CMNUCC divide a los países en dos grupos principales, en atención a sus diferentes compromisos.

- Las partes incluidas en el anexo I son los países más industrializados⁵. Una

obligación que afecta solo a estos países es adoptar políticas y medidas relativas al cambio climático para reducir sus emisiones de GEI a los niveles de 1990 no más tarde del año 2000. Esta disposición les obliga a dar ejemplo de firmeza frente a los problemas de cambio climático.

- Las partes incluidas en el anexo II son los países miembros de la OCDE incluidos en anexo I, pero no los países con economías en transición. Deben ofrecer recursos financieros para permitir a los países en desarrollo emprender actividades de reducción de las emisiones de conformidad con lo dispuesto en la convención y ayudarles a adaptarse a los efectos negativos del cambio climático.

Hasta la entrada en vigor de la CMNUCC, eran pocos los estudios de la importancia de los mercados de carbono. Además, la CMNUCC no lo abordó en su contenido.

b) Protocolo de Kyoto

Un segundo momento muy importante fue la aprobación del Protocolo de Kyoto, realizado el 11 de diciembre de 1997, durante la COP-3 en Japón. Las disposiciones del Protocolo de Kyoto tuvieron que ser reglamentadas al detalle para la operación del mercado internacional de

3 El 13 de mayo de 1993, el Estado peruano ratificó la CMNUCC, mediante la Resolución Legislativa 26185.

4 El cambio climático, según la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), es entendido como un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante periodos de tiempo comparables.

5 Los países en la lista de territorios del anexo I: Alemania, Australia, Austria, Bielorrusia, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Croacia, República Checa, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Gran Bretaña, Rumanía, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania.

emisiones de carbono y solo en la COP de Marrakech (2001) se adoptaron las modalidades detalladas para el funcionamiento del Protocolo de Kyoto y así fue posible su entrada en vigor el 16 de febrero de 2005.

Su objetivo central consistió en la disminución de las emisiones de seis GEI⁶ a un nivel inferior en no menor del 5 % respecto a las emisiones de 1990 en el periodo de compromiso, que comprendía de 2008 a 2012. Sin embargo, este plazo fue ampliado en 2012 durante la COP-18, siendo la aplicación de 2012 a 2020, dados los pocos avances y niveles de compromiso verificados (Ruiz, 2017). A febrero de 2021, existen 192 partes en el Protocolo de Kyoto⁷. Es importante destacar que solo los Estados parte de la CMNUCC pueden ser partes en el Protocolo de Kyoto.

Es un protocolo de la CMNUCC, pues se basa en sus principios y disposiciones, incluso sigue su estructura basada en sus anexos. Es una suerte de «reglamento» que precisa algunos elementos procedimentales y programáticos de la CMNUCC. De manera inédita, este tratado estableció compromisos cuantitativos obligatorios de limitación de emisiones para los países industrializados. Asimismo, es el primer documento oficial en mostrar el cambio climático no solo desde la conservación y mitigación, sino también en términos de adaptación (Salvador, 2019).

También un elemento notable del Protocolo de Kyoto es la configuración de mecanismos innovadores para ayudar a dichas

partes a cumplir sus compromisos sobre sus emisiones y de esta manera mitigar sus GEI.

i) Comercio internacional de emisiones: Es el mecanismo que permite negociar la transmisión de las disminuciones de carbono entre los países desarrollados, las que se basan en la compra de derechos de emisión a los países que están por debajo de sus emisiones permitidas (Mayorca y otros, 2018: 6).

ii) Mecanismo de desarrollo limpio (MDL): Es el mecanismo que permite hacer transacciones entre los países desarrollados con los países en vías de desarrollo a través de proyectos que permitan mitigar y/o capturar GEI. Esto por medio de la venta o emisión de certificados de emisiones reducidas, según el artículo 12 del Protocolo de Kyoto (Mayorca y otros, 2018: 7).

iii) Implementación conjunta: Es el mecanismo que se utiliza cuando ambos países, sea inversor o receptor, trabajan de manera conjunta en la ejecución de proyectos que beneficien a los dos. Al igual que los proyectos con MDL, se debe demostrar la adicionalidad para que sea aprobado (Mayorca y otros, 2018: 7).

Es importante destacar que estos mecanismos ofrecen una alternativa financiera para incentivar acciones de conservación de sumideros de carbono (por ejemplo, bosques) o la adopción de tecnologías limpias en países en desarrollo a partir de un mercado o «derechos de contaminación» (para los países industrializados contaminantes) que, en la suma resultante, reducirían la emisión de GEI y mitigar sus efectos. Estos elementos marcaron un precedente que debía llevar a acuerdos futuros mucho más ambiciosos y globales. Sin embargo, no fue así.

6 Siendo los siguientes: i) dióxido de carbono (CO₂), ii) metano (CH₄), iii) óxido nitroso (N₂O), iv) hidrofluorocarbonos (HFC), v) perfluorocarbonos (PFC) y vi) hexafluoruro de azufre (SF₆).

7 El Estado peruano ratificó el Protocolo de Kyoto, mediante el Decreto Supremo 080-2002-RE (10 de setiembre de 2002), y de su enmienda, mediante el Decreto Supremo 039-2014-RE (18 de setiembre de 2014).

c) Acuerdo de París

Cuando se aproximaba 2012, año en que vencía el primer plazo de los compromisos del Protocolo de Kyoto, se consideró oportuno contar con un tratado con un contenido más ambicioso y global. Así, surge el Acuerdo de París, que se concretó en la COP-21, el 12 de diciembre de 2015.

El Acuerdo de París quedó abierto a la firma el 22 de abril de 2016, Día de la Tierra, en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York. Más tarde, entró en vigor el 4 de noviembre de 2016. A finales de 2020, un total de 189 partes ratificaron el acuerdo⁸, que se basa en la CMNUCC⁹.

Por primera vez, todos los países en desarrollo deben reducir sus emisiones para limitar el calentamiento global por debajo de los 1,5 °C antes de 2030. Así todas las naciones tienen una causa común para emprender esfuerzos ambiciosos para combatir el cambio climático y adaptarse a sus efectos, a través de enfoques y soluciones innovadoras para impulsar los esfuerzos en el largo plazo (Deloitte, 2022: 2).

Una novedad del Acuerdo de París es la creación de un mecanismo operativo en que los Estados parte se comprometen a preparar, comunicar y mantener las sucesivas Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC, por sus siglas en inglés) que tengan previsto efectuar (artículo 4, párrafo 2, del Acuerdo de París) (López,

2020: 14-15). Asimismo, este tratado estableció un marco de transparencia (sistema de presentación de información acerca de sus emisiones y sus esfuerzos de aplicación) para todos los países. Este marco cubre la información sobre emisiones y absorciones de GEI y sobre el apoyo (financiación, tecnología, etcétera), tanto proporcionado por todos los países como recibido de ellos, así como información sobre necesidades de apoyo de los países en desarrollo.

Coincidimos con Blanca López (2020) en que el cumplimiento de los objetivos y metas de reducción de emisiones o incremento de remociones de GEI que ampara el Acuerdo de París se logran a través de acciones de mitigación¹⁰. En este sentido, los sistemas de mercado de carbono se crearon para incentivar resultados en la reducción de emisiones de GEI (p. 15).

Aunque el Acuerdo de París no menciona los mercados de carbono de forma explícita, toma importancia el artículo 6 del Acuerdo de París, que puede entenderse así:

- Numeral 6.1: sobre la cooperación voluntaria en la aplicación de las NDC.
- Del numeral 6.2 al 6.3: sobre enfoques de cooperación entre partes para transferir resultados de mitigación.
- Del numeral 6.4 al 6.7: sobre el nuevo mecanismo para la mitigación y el desarrollo sustentable (Mecanismo de Desarrollo Sostenible, MDS).

8 El 22 de abril de 2016, el Estado peruano ratificó el Acuerdo de París, mediante el Decreto Supremo 058-2016-RE.

9 Es importante destacar que, el derecho internacional ambiental ha ido desarrollando principios específicos, los cuales han sido también incorporados en el Acuerdo de París, por lo que es preciso indicar que estos están recopilados en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y otros se encuentran aún en plena evolución. Son los siguientes: el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, el principio de desarrollo sostenible, el principio de equidad, el principio de transparencia, el principio de buena gobernanza, el principio de cooperación y el principio precautorio (Lucas, 2018).

10 El IPCC define las acciones de mitigación como «intervención humana destinada a reducir las emisiones o mejorar los sumideros de gases de efecto invernadero» (IPCC, 2018: 85).

- Numerales 6.8 y 6.9: sobre enfoques de no-mercado.

El artículo 6 precisa que los Estados parte pueden cooperar para alcanzar los objetivos de limitación del aumento de la temperatura establecidos en el acuerdo, a través del cumplimiento de sus NDC (numeral 1 del artículo 6). Esta cooperación puede realizarse mediante la transferencia certificados de carbono, que representan resultados de mitigación monitoreados, verificados y reportados para evitar la doble contabilidad (numeral 2 del artículo 6). En consecuencia, pueden ser transferidos los resultados generados por la implementación de medidas de mitigación que hayan demostrado resultados de reducción de emisiones o incremento de remociones de GEI¹¹ (literal c del numeral 4 del artículo 6), a través de un proceso de verificación independiente bajo los esquemas establecidos en el marco de la CMNUCC (López, 2020: 2).

Como vemos, el artículo 6 del Acuerdo de París establece un marco de reglas para que los países y las empresas puedan intercambiar créditos de emisiones de carbono —bonos de carbono—, en que cada uno de ellos representa una tonelada de carbono eliminado de la atmósfera (Molina, 2020).

En 2021, la ciudad de Glasgow, en Reino Unido, fue sede de la COP-26, que creó el libro de reglas del artículo 6 del Acuerdo de París¹², que rige los mercados mundiales de carbono para que estén alineadas con los objetivos a largo plazo y de mitigación necesarios para no sobrepasar el aumento de la temperatura promedio global en 1,5 °C¹³.

La operativización del artículo permite que los países puedan cooperar de diferentes maneras para lograr sus objetivos climáticos y, con ello, que los países puedan comprar y vender créditos de carbono generados por la reducción o eliminación de las emisiones de GEI (por ejemplo, como consecuencia de la transición de los combustibles fósiles a las energías renovables o del aumento o la conservación de las reservas de carbono en ecosistemas tales como los bosques) (Banco Mundial, 2022).

Al respecto, según el Fund Society (2022), se desprenden tres aspectos fundamentales sobre el comercio de créditos de carbono entre países:

- i) **Créditos de baja calidad:** Los negociadores acordaron limitar el uso de los antiguos créditos de baja calidad y solo podrán utilizarse aquellos créditos registrados desde 2013.

11 No es posible transferir expectativas de reducción de emisiones o incremento de remociones de GEI sobre la base de intervenciones humanas que constituyan medidas de mitigación con potencialidad para obtener resultados en un futuro, sino solo pueden ser transferidos resultados de mitigación medidos, notificados y verificados (López, 2020: 16).

12 En atención al párrafo 37 de la Decisión 1/CP.21, que recomendó que se aprueben «las reglas, modalidades y procedimientos del mecanismo establecido por el artículo 6, párrafo 4, del Acuerdo, sobre la base de: [...] b) La generación de beneficios reales, mensurables y a largo plazo de mitigación del cambio climático; [...] e) La verificación y certificación, por las entidades operacionales designadas, de las reducciones de emisiones generadas por las actividades de mitigación».

13 Además de alcanzar acuerdos respecto al mercado de carbono, terminada la COP 26, se lograron compromisos respecto a acabar con la deforestación, reducir drásticamente las emisiones de metano y movilizar el financiamiento privado en torno al «cero netos».

- ii) Aclaración de las normas sobre la doble contabilidad: Se decidió que los países no podrán vender créditos y contabilizarlos para sus propios objetivos climáticos. Cuando los países vendan créditos, tendrán que hacer los «ajustes correspondientes» en sus cuentas de carbono.
- iii) Garantizar que los mercados de carbono reduzcan el cambio climático: Cuando se emitan créditos para un proyecto, este estará sujeto a una tasa del 5 % para contribuir a la financiación de proyectos de adaptación en los países en desarrollo. Además, cuando se vendan los créditos, se cancelará el 2 % de estos para lograr una reducción global de las emisiones de GEI.

Así, se estableció la existencia de un sistema centralizado separado para la compensación de emisiones, en que el 5 % de los ingresos de las compensaciones se recaudará para destinarlo a un fondo de adaptación para los países en desarrollo. Este sistema se cancelará con el 2 % de los créditos de compensación. Esto tiene como objetivo aumentar los recortes generales de emisiones al evitar que otros países utilicen esos créditos como compensaciones para alcanzar sus objetivos climáticos (Molina, 2021).

Para los expertos, estas reglas ayudan a definir el marco de cómo los gobiernos pueden utilizar al sector privado para apoyarlos en el cumplimiento de sus objetivos climáticos. En esta línea, el director ejecutivo de la Asociación Internacional de Comercio de Emisiones, Dirk Forrister, declaró al *Financial Times*: «Ahora dependerá del sector privado canalizar la inversión verde utilizando estas nuevas estructuras de mercado y acelerar la carrera hacia cero».

Para ello, es importante un entendimiento común sobre el propósito principal y el papel de los mecanismos de mercado y de los enfoques de no-mercado. Además, debe estar claro que lo que se retribuye en los mercados de carbono es el flujo de carbono, no el *stock* de carbono capturado en el bosque. Es decir, para que una persona natural o jurídica pueda obtener retribución en el marco de los mercados de carbono, se le exige la obtención y demostración de resultados de mitigación, expresados en unidades de reducción de emisiones o incremento de remociones de GEI, durante un periodo de tiempo determinado (López, 2020: 15).

Por lo expuesto, en ninguna circunstancia el artículo 6 puede ser origen del aumento global de emisiones de GEI (Gobierno de Chile, 2019), sino representa un esfuerzo continuo para mejorar la oferta de créditos, el fortalecimiento del funcionamiento del mercado y el establecimiento de principios claros de buenas prácticas (Fund Society, 2022).

A manera de conclusión, las sucesivas reuniones para el análisis del Acuerdo de París han hecho que este instrumento sea lo suficientemente dinámico para que sea duradero en el tiempo y garantizar un aumento de ambición progresiva (Ruiz, 2017). Este acuerdo ofrece a muchos países la posibilidad de reafirmar su agenda climática interna y reforzar sus esfuerzos en medidas de mitigación.

1.3. Alcances conceptuales respecto al mercado de carbono y su importancia

Los mercados de carbono sirven como herramienta de mitigación climática en tanto son sistemas comerciales en los que se venden y compran créditos de carbono. Así, los mercados de carbono son un mecanismo clave para

lograr el cumplimiento de las metas y los resultados de mitigación exigidos progresivamente a los Estados parte de la CMNUCC y demás tratados (López, 2022: 3), lo que permite que los mercados de carbono guarden estrecha relación con las NDC, en tanto, los Estados parte pueden hacer efectivo el mecanismo de mercados de carbono para reducir sus emisiones de GEI (Banco Mundial, 2022).

De manera práctica, los mercados de carbono permiten que el dinero empiece a fluir hacia iniciativas de mitigación, como proyectos de reforestación o sistemas mecánicos de captura de carbono, y que establece cómo gobiernos y compañías pueden crear, valorar e intercambiar estos créditos en un sistema de comercio global (Molina, 2021). Un dato para considerar es que, según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (2022a), un crédito de carbono negociable equivale a una tonelada de dióxido de carbono o la cantidad equivalente de un gas de efecto invernadero diferente, que ha sido reducido, secuestrado o evitado.

En cuanto a los tipos de mercados de carbono, se enumeran las siguientes:

i) Los mercados de cumplimiento se crean como resultado de cualquier política o requisito normativo nacional, regional y/o internacional. Este tipo de mercado que es regulado se refiere a todas las comercializaciones en el marco de los proyectos MDL, en que existe intervención por parte de las autoridades de los diferentes Estados participantes, por medio de regulaciones nacionales, regionales o internacionales (Mayorca y otros, 2018: 19).

Al respecto, existe un fuerte interés de diversos países respecto a desarrollar infraestructura digital completa y de última generación para impulsar este tipo de mercados con la debida medición y monitoreo constante.

ii) Los mercados voluntarios de carbono (MVC) pueden ser nacionales e internacionales y permiten a los emisores de carbono compensar sus emisiones inevitables mediante la compra de créditos de carbono emitidos por proyectos que reducen las emisiones de GEI o las eliminan de la atmósfera (Funds Society, 2022). En líneas generales, comprende la emisión, compra y venta de créditos de carbono de forma voluntaria¹⁴.

Este tipo de mercado, al ser voluntario, tiene una naturaleza facultativa, la que no representa obligación alguna para sus participantes. Ha adquirido gran importancia para el sector privado, especialmente para los proyectos forestales y agrícolas, la compra de créditos de carbono, en aras de fortalecer su responsabilidad social corporativa (RSC) y las relaciones públicas, los beneficios ambientales y sociales, entre otros (Mayorca y otros, 2018: 19).

Coincidimos con la diferenciación que realizan Mayorca y otros (2019) entre el modelo de mercado de carbono voluntario respecto al regulado. El mercado voluntario presenta una forma más eficaz al desarrollo sostenible, por las siguientes razones (p. 20):

- Mayor potencial para implementar proyectos pequeños con altos beneficios para la comunidad local en países de bajos ingresos.

¹⁴ Hay muchos factores que ya influyen en los precios de los créditos del mercado voluntario, como el tipo de proyecto, la antigüedad del crédito y el organismo de certificación.

- Procedimientos menos burocráticos y, por lo tanto, menores costos de agencia.
- Mayor flexibilidad lo que permite la inclusión de proyectos de diferente tipología.
- Financiación extra para proyectos de cooperación.
- Tecnologías limpias y mejora de servicios energéticos.

En tal sentido, los proyectos de los mercados voluntarios de carbono (MVC), además de su aporte a la mitigación de los efectos del cambio climático, generan transferencias económicas y tecnológicas a los países en vía de desarrollo de modo que sea sostenible para el aspecto ambiental, económico y social.

2. ANÁLISIS DEL COMPROMISO DE LOS PAÍSES EN EL IMPULSO DEL MECANISMO DE MERCADOS DE CARBONO

2.1. Dos buenas prácticas internacionales respecto al impulso del mecanismo de mercados de carbono

La implementación de los mercados de carbono trae consigo la identificación de los países pioneros en el desarrollo de proyectos de mercado de carbono. Por ello, a continuación, detallaremos dos espacios territoriales con avances significativos en este asunto:

i) Unión Europea

Como gran potencia económica, se ha convertido en un referente y pionero internacional, gracias a su ambiciosa política ambiental y climática (Equipo Europa, 2022), en el desarrollo de mercados de carbono a nivel internacional.

El sistema de comercio de derechos de emisiones de la Unión Europea se im-

plementó en 2005 y es uno de los más exitosos y ampliamente utilizados a nivel mundial, porque es pionera en la creación de un mecanismo de certificación de la eliminación de dióxido de carbono (RDC), que se estableció en 2005 e incluye más de 11.000 instalaciones en todo el Espacio Económico Europeo, lo que abarca cerca del 40 % de las emisiones de GEI de Europa.

Este RDC de la Unión Europea es un régimen de comercio con fijación previa de límites máximos. Es decir, establece límites al total de GEI que pueden emitir las empresas. A manera de ejemplo, cada año se reducen los límites y las empresas reciben o compran derechos de emisión que pueden comercializar según lo necesiten (Carbon Market Watch, s. f.) y, en ese sentido, varios de los Estados miembros de la Unión Europea ya han empezado a desarrollar políticas de apoyo a la RCD (Pernod y otros, 2022), pues la consigna es lograr la neutralidad climática en 2050.

ii) Emiratos Árabes Unidos

Emiratos Árabes Unidos ha demostrado su ambición climática al anunciar una iniciativa nacional para lograr emisiones netas cero en 2050. Es el primer país del golfo Pérsico que reconoce la necesidad de reducir drásticamente las emisiones y de adoptar medidas climáticas (Azadegan, 2021).

Al respecto, Emiratos Árabes Unidos ha mejorado su propuesta de NDC y sus Planes de Acción Nacional de Energías Renovables. A través de estos y otros procesos, han surgido metas más ambiciosas y políticas innovadoras como base para atraer inversión privada, reformar los subsidios energéticos, establecer instituciones de

energía renovable y fondos nacionales, y experimentar con zonas de desarrollo de energía renovable. El objetivo regional acumulado de capacidad de energía renovable para 2035 ahora es de 190 vatios, que resulta ser un aumento de 26 veces con respecto a los niveles de 2018 (PNUD, 2022b).

Incluso, a inicios de 2022, Emiratos Árabes Unidos presentó la primera plataforma digital de intercambio de carbono para el mercado internacional. Se trata de la primera bolsa de comercio de carbono y cámara de compensación de carbono totalmente regulada del mundo. Tendrá su sede en Abu Dabi (capital de los Emiratos Árabes Unidos) y se espera que cumpla con los objetivos y compromisos del país para reducir la emisión de carbono y apoyar a la sustentabilidad a través del comercio del carbono (Wam, 2022).

Así, Emiratos Árabes Unidos se convertirá en la primera jurisdicción a nivel mundial en regular los créditos y compensaciones de carbono como instrumentos de emisión, y en emitir licencias para que las bolsas operan tanto en mercados al contado como derivados. Para ello, el marco regulatorio permitirá a las empresas comercializar y financiar créditos de carbono como activos financieros convencionales, aumentando así la participación y la inversión en programas globales de reducción y compensación de carbono (Wam, 2022).

Además, los Emiratos Árabes Unidos ha ampliado la financiación y la mitigación climática. Asimismo, puesto en marcha políticas para gestionar mejor los riesgos convergentes del cambio climático. Es la agenda actual de los países comprendidos

en esta parte del mundo, lo que, de por sí, lo cataloga como país pionero en el desarrollo de los proyectos de mercados de carbono.

Como se observa, estos dos territorios han desarrollado proyectos de mercado de carbono para reducir las emisiones de GEI y promover la inversión en tecnologías limpias. En esta línea, podemos concluir que los proyectos que desarrollan estos espacios. Si bien tienen características únicas de abordaje, todos buscan contribuir a la lucha contra el cambio climático y promover un desarrollo sostenible a nivel global.

2.2. Experiencia peruana respecto al impulso del mecanismo de mercados de carbono

En el Perú, los mercados de carbono cuentan con mucho potencial de desarrollo, pero en la actualidad no está aún difundido. Sin perjuicio de ello, ya se han vendido más de treinta y tres millones de soles en bonos de carbono en el país (Mayorca, 2018: 29), por lo que permite identificar que es un lugar de oportunidades para la implementación de las políticas de reducción de GEI. Esto no solo contribuiría al cuidado del ambiente, sino al desarrollo de la economía peruana.

A nivel del sistema nacional de áreas naturales protegidas, se encuentra el Bosque de Protección Alto Mayo, ubicado en el departamento de San Martín, que sufrió una deforestación por la invasión agrícola y la tala ilegal. Frente a ello, Conservación Internacional ayudó a proporcionar a los agricultores locales alternativas económicas a la deforestación. Las familias de esta zona se comprometieron a no talar árboles a cambio de beneficios técnicos y financieros.

Estos acuerdos se financian parcialmente con créditos de carbono. Estos créditos generados por este

proyecto pueden formar parte del programa nacional del Perú para cumplir sus compromisos de reducción de carbono con la ONU (Conservación Internacional, 2021). Según el Sernanp, se han vendido seis millones de bonos de carbono en la Reserva Nacional de Tambopata, treinta millones de bonos en el Parque Nacional Cordillera Azul y cuatro millones en el Bosque de Protección Alto Mayo (APAM, 2022).

En el sector privado, diversas empresas¹⁵ han recurrido a la compra de bonos de carbono¹⁶ para compensar sus emisiones de GEI de 2008 a 2020, que no han logrado reducir o evitar. En esta línea, toma mucha fuerza lo señalado por la auditora Deloitte (2022), en que los mercados voluntarios de créditos de carbono (MVC) se mantendrán en crecimiento, impulsados principalmente por el creciente número de empresas y corporaciones que se unen a la búsqueda de estrategias para obtener un balance más discreto de emisiones que se ven motivadas por las siguientes razones:

- i) **Recuperación económica:** La recuperación de la actividad económica incrementó las emisiones contaminantes, con lo cual muchas empresas comenzaron a demandar más certificados para acercarse a sus compromisos de emisión neutral, lo que ocasionó una escalada en los precios de los bonos o certificados del mercado obligatorio.
- ii) **Potencial de la región en proyectos forestales y agropecuarios:** En la región existen áreas en las que podrían impulsarse múltiples proyectos para el MVC.

iii) **Innovación:** Los proyectos de MVC han crecido rápidamente en muchas regiones del mundo. En algunos casos, se han generado cuestionamientos sobre la eficacia de los proyectos para contribuir a la reducción de las emisiones contaminantes. Para ello, es fundamental la calidad y transparencia de la información generada en las etapas tempranas del proyecto.

iv) **Educación e inclusión financiera:** El desarrollo de los proyectos de compensación voluntaria no solo permite que los propietarios puedan contribuir a la reducción de emisiones de una forma rentable, sino que también se convierten en una herramienta para fomentar la inclusión financiera.

Como se observa, en el Perú, el MVC es el tipo de mercado más desarrollado y siguen las reglas del mercado peruano. A diferencia del mercado de cumplimiento (o regulado) está en proceso de implementación, en tanto no se han establecido estrategias de fijación de precios y se ha dado un paulatino reconocimiento de iniciativas tempranas REDD+ (PRCP y otros, 2022).

A nivel del marco normativo nacional, se cuenta con la Ley 30754, Ley Marco sobre Cambio Climático, vigente desde 2018 y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo 013-2019-MINAM, vigente desde 2019. En cuanto a su última presentación de NDC, el Estado peruano busca una meta de reducción de sus emisiones de GEI en 20 % para 2030.

15 Entre ellas se encuentran Open Plaza Pucallpa (8.000 créditos), Ferreyros, Rímac Seguros, Notaría Paino, Shell, Scotiabank, Eneco, Asociación de Bananeros Orgánicos Solidarios, Procter & Gamble (un millón de créditos), Banco de América (100.000 créditos), entre otras.

16 Un bono de carbono es una retribución económica a la conservación, que representa el derecho a emitir una tonelada de dióxido de carbono (CO₂). Para calcular cuántos bonos o créditos de carbono se pueden vender de un área protegida y evitar una doble contabilidad, el Sernanp se guiaba, hasta 2020, de la tendencia de deforestación a través de los datos que publicaba anualmente el Ministerio del Ambiente (Minam) y el trabajo de campo.

Finalmente, para que el Perú sea pionero en la consolidación del mecanismo de mercados de carbono, se requiere desarrollar una política clara y coherente en materia de reducción de GEI a través de las siguientes orientaciones: i) promover e implementar proyectos de reducción de emisiones, ii) establecer un sistema de comercio de derechos de emisión, iii) colaborar con otros países y organizaciones internacionales para el impulso de mercados regulados y iv) fortalecer la capacidad de monitoreo y verificación de emisiones de GEI. Estas medidas pueden ayudar al Perú en la lucha contra el cambio climático y contribuir a la creación de un mundo más sostenible y habitable.

CONCLUSIONES

- El cambio climático es el principal problema ambiental, y uno de los mayores desafíos de las generaciones presentes y futuras. Son diversas las consecuencias que genera este fenómeno: temperaturas más cálidas, propagación de enfermedades, olas de calor más fuertes, derretimiento de los glaciares, cambio de los ecosistemas, desaparición de especies animales, aumento de nivel del mar, alimentos más caros, entre otros.
- Los mercados de carbono son un mecanismo clave para el cumplimiento de las metas y los resultados de mitigación exigidos progresivamente a los Estados parte de la CMNUCC y demás tratados, en tanto los mercados de carbono permiten que el dinero empiece a fluir hacia iniciativas de mitigación, como proyectos de reforestación o sistemas mecánicos de captura de carbono, y que establece cómo gobiernos y compañías pueden crear, valorar e intercambiar estos créditos en un sistema de comercio global.
- Existen dos tipos de mercados de carbono: regulado y voluntario. Este último presenta una forma más eficaz al desarrollo sostenible por diversas razones: i) mayor potencial para implementar proyectos pequeños con altos beneficios para la comunidad local en países de bajos ingresos, ii) procedimientos menos burocráticos y, por lo tanto, menores costos de agencia, iii) mayor flexibilidad lo que permite la inclusión de proyectos de diferente tipología, iv) financiación extra para proyectos de cooperación y v) tecnologías limpias y mejora de servicios energéticos.
- En el Perú, los mercados de carbonos cuentan con mucho potencial de desarrollo, pero que en la actualidad no está aún difundido. No obstante, en el país, ya se han vendido más de 33 millones de soles en bonos de carbono, por lo que amerita identificarlo como un territorio de oportunidades para la implementación de las políticas de reducción de GEI. Asimismo, el mercado voluntario es el más desarrollado en el país, que sigue las reglas del mercado peruano y la normativa respecto al cambio climático.
- Es importante un entendimiento común sobre el propósito principal y el rol de los mecanismos de mercado y de los enfoques de no-mercado. Además, debe estar claro que lo que se retribuye en los mercados de carbono es el flujo de carbono, no el *stock* de carbono capturado en el bosque.
- Las sucesivas reuniones para el análisis del Acuerdo de París han hecho que este instrumento sea lo suficientemente dinámico para que sea duradero en el tiempo y garantizar un aumento de ambición progresiva. Este acuerdo ofrece a muchos países la posibilidad de reafirmar su agenda cli-

mática interna y reforzar sus esfuerzos en medidas de mitigación.

- Los mercados de carbono son una pieza clave para la plena aplicación del artículo 6 del Acuerdo de París, el cual establece un marco de reglas para que los países y las empresas puedan intercambiar créditos de emisiones de carbono —bonos de carbono—. Con la creación del libro de reglas del artículo 6 del Acuerdo de París, se alinearon los objetivos a largo plazo y de mitigación necesarios para no sobrepasar el aumento de la temperatura promedio global en 1,5 °C. Es decir, se ha logrado la operativización del artículo 6, en tanto permite que los países puedan cooperar de diferentes maneras para lograr sus objetivos climáticos y, con ello, los países puedan comprar y vender créditos de carbono generados por la reducción o eliminación de las emisiones de GEI.
- Un elemento notable del Protocolo de Kyoto es la configuración de mecanismos innovadores para ayudar a los Estados parte a cumplir sus compromisos sobre sus emisiones y así mitigar sus GEI: i) comercio internacional de emisiones, ii) mecanismo de desarrollo limpio (MDL), siendo el de mayor protagonismo y iii) implementación conjunta.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- APAM (8 de setiembre de 2022). «Perú con nueva metodología para la venta de bono de carbono a partir del 2023». <https://bit.ly/3O3W7JU>
- Azadegan, O. (20 de octubre de 2021). «Las ambiciones de descarbonización de los EAU podrían ser una gran noticia para la acción climática mundial». <https://shorturl.at/gSJS1>
- Banco Mundial (24 de mayo de 2022). «Países en la cima de los mercados de carbono». <https://bit.ly/3LT8Rkd>
- Carbon Market Watch (s. f.). «Mercado de carbono de la UE». <https://bit.ly/3Mc68n1>
- Conservación Internacional. (8 de febrero de 2021). «Nuevo informe sobre los mercados de carbono: lo que hay que saber». <https://bit.ly/3BbG6Kp>
- Deloitte (2022). «Mercados voluntarios de carbono. Claves para su desarrollo en América Latina». <https://bit.ly/3BaCs3p>
- Equipo Europa (2022). «Mercados de carbono: presente y futuro del EU-ETS». <https://shorturl.at/o2578>
- Fund Society (20 de enero de 2022). «La COP 26 y los mercados de carbono: ¿cuáles son las implicaciones para los inversores?». <https://bit.ly/3Mc10iK>
- Gobierno de Chile. (2019). «Expectativas por parte del país organizador de la COP en el contexto regional». [Presentación de diapositivas]. Cepal. <https://bit.ly/3McWX5W>
- López, Blanca (2020). *Titularidad y naturaleza jurídica de los títulos de carbono forestal en el Perú en el marco de los mercados de carbono AFOLU*. [Tesis de segunda especialidad, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/22202>
- Lucas, Andrea (2018). «El Acuerdo de París sobre cambio climático: temas y principios ambientales renovados». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*, 9 (2), 167-188. <https://bit.ly/41jppLD>
- Mayorca, Jean; Motta, Bryant; Ríos, Elio y Tena-zoa, Gisela (2018). *Oportunidades de desarrollo del mercado de bonos de carbono en el Perú*. [Tesis de maestría por la Universidad ESAN]. <https://bit.ly/3NZalvI>
- Molina, Jorge (16 de noviembre de 2021). «Acuerdo para la creación de los mercados de carbono y la aceleración de las finanzas climáticas: la COP 26 también dejó algunas buenas noticias». <https://bit.ly/3VP9FLm>
- Naciones Unidas (s. f.). «El Acuerdo de París». www.un.org/es/climatechange/paris-agreement

- Oxfam (2016). «10 consecuencias del calentamiento global». <https://bit.ly/2oeZjVx>
- Panel Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático de las Naciones Unidas (IPCC) (2007). «Climate Change 2007: Synthesis Report. Summary for Policymakers». <http://pure.iiasa.ac.at/id/eprint/8667/>
- Pernod, Eadbhard; Fallon, Kathy y Beck, Lee (19 de mayo de 2022). «La UE es pionera en la certificación de la eliminación del carbono: Recomendaciones y principios clave». *Clean Air Task Force*. <https://bit.ly/3NQFckx>
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (25 de marzo de 2022). «¿Cómo avanza la región de los Estados árabes respecto de la acción climática?». <https://bit.ly/3nJD1hH>
- (27 de mayo de 2022). «¿Qué son los mercados de carbono y por qué son importantes?». <https://bit.ly/3nJYCGE>
- PRCP, Von Wobeser, Caro & Cia y Posse Herrera Ruiz (2022). «Finanzas verdes: nuevas tendencias en los mercados de México, Colombia, Chile y Perú». Presentación de diapositivas. PRCP. <https://shorturl.at/ikmB1>
- Roca, Jordi (2019). «Cambio climático: acuerdos internacionales y evolución de las emisiones de CO₂». *Revista de Estadística y Sociedad*, (72), 12-15. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6800020>
- Ruiz, Manuel (2017). «Cambio climático y las perspectivas del Acuerdo de París para el Perú». *Agenda Internacional*, 24(35), 67-79. <https://bit.ly/3O3WnZo>
- Salvador, Gabriela (2019). «La economía llegó a la atmósfera: el reto de la ley marco de cambio climático para la adaptación como política pública». *Themis. Revista de Derecho*, (74), 153-162. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/21239/20942>
- Wam (29 de marzo de 2022). «Abu Dabi lanzará la primera cámara de compensación y bolsa de comercio de créditos de carbono regulada del mundo». www.wam.ae/es/details/1395303035132

SOBRE LOS AUTORES

Nathaly Torres López

Máster en Medio Ambiente: Dimensiones Humanas y Socioeconómicas por la Universidad Complutense de Madrid (UCM), de España. Es doctoranda por la UCM. Con estudios de posgrado en Gerencia Ambiental; Derecho Minero, Gestión y Responsabilidad Socioambiental; Relaciones Comunitarias y Responsabilidad Social Empresarial; Fiscalización Ambiental y de Seguridad en el Sector Hidrocarburos, y Negociaciones Efectivas y Solución de Conflictos por la Universidad de los Andes (Colombia), ESAN y Pacífico, respectivamente. Se ha acreditado en la lista de árbitros de Peruvian Chambers of Business inscrita en el Registro Nacional de Árbitros del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Minjusdh).

Andry Tarazona Flores

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) con especialización en curso en Derecho Ambiental y Recursos Naturales por la misma casa de estudios. Se ha desempeñado en organizaciones privadas como el proyecto Prevenir de USAID, World Wildlife Fund (WWF), la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) y CooperAcción, así como en entidades públicas, tales como el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) y el Ministerio del Ambiente (Minam). Ha sido pasante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y becario de Dejusticia y Konrad Adenauer Stiftung (KAS).

Constitución y ambiente: una aproximación

Constitution and Environment: an Approach

Pierre Foy Valencia

Pontificia Universidad Católica del Perú

 <https://orcid.org/0000-0001-8400-6677>

Fecha de recepción:
27/04/2023

Fecha de aprobación:
30/05/2023

RESUMEN

Se desarrolla un marco general de la relación entre Constitución y ambiente, sus antecedentes, sus procesos de constitucionalización ambiental, los apartados constitucionales y la constitución ambiental, la Constitución, los derechos humanos y el derecho al ambiente, los derechos complementarios al ambiente y el desarrollo infraconstitucional.

Palabras clave: Constitución, ambiente, sistema jurídico, derecho humano al ambiente

ABSTRACT

A general framework of the Constitution and environment relationship is developed, its antecedents, environmental constitutionalization processes, constitutional sections and environmental constitution, Constitution, human rights and right to the environment, complementary rights to the environment and infra-constitutional development.

Keywords: Constitution, environment, legal system, human right to the environment

1. OBJETIVO

El presente trabajo no aborda de manera sistemática las innumerables aristas de la relación Constitución-ambiente. En efecto, aspectos y detalles de los alcances dogmáticos, orgánicos o económicos¹ constitucionales, los principios o la interpretación constitucional ambiental, la jurisprudencia, por citar algunos, requerirían una extensión y análisis que escapan a nuestro propósito en relación con este artículo.

En consecuencia, en el marco contextual y conceptual de esta relación, me limitaré, diríase arbitrariamente, a destacar determinados temas que me provoca desarrollar. Es el caso de los procesos de constitucionalización y sus tipologías, la crítica a su instrumentalización ideopolítica, la seguridad y la racionalidad del discurso constitucional, atado a su desarrollo infraconstitucional, entre otros.

2. CONSTITUCIÓN Y AMBIENTE: ANTECEDENTES

Partimos de una megapremisa fundamental: el impacto moderno de la crisis ambiental en los sistemas jurídicos contemporáneos se replica y es receptado por los sistemas constitucionales comparados de buen tiempo atrás (Foy, 1992). Los tratadistas han estudiado tales sistemas, organizado distintas perspectivas y aproximaciones, lo cual ha llevado a considerar diversas tipologías de contenidos constitucionales, alcances sobre el bloque de constitucionalidad ambiental² o la mal denominada «Constitución ecológica» en nuestro país.

En realidad, el rastreo netamente constitucional de lo ambiental en nuestra experiencia como país, se remonta a la Constitución de

1979 y su recordado (no necesariamente añorado) artículo 123: «Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental».

Sin duda, se trataba de una norma impertinente *sedes materiae* por tratarse de un derecho fundamental situado en el régimen económico. No obstante, un dispositivo sostenía que lo importante era la naturaleza jurídica de esta norma, independientemente de su ubicación formal.

En reciente trabajo, he desarrollado determinadas premisas, caracterizando y realizando una breve retrospectiva del tema «la naturaleza» desde el sistema jurídico constitucional en el periodo 1821-2021 (Foy, 2021). Por supuesto queda claro que lo netamente ambiental se circunscribe desde 1979, en tanto que en los antecedentes se advierten referencias a los recursos naturales, las minas, las tierras, entre otros, los cuales hoy se conocen como elementos o componentes del ambiente, desde una perspectiva sistémica o, si se quiere, ecosistémica.

Cabría tener en cuenta que el despegue jurídico ambiental en nuestro sistema legal no se produjo significativamente a raíz de la carta política de 1979, sino recién en sus postrimerías, hacia 1990, con la dación del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (Decreto Legislativo 613) y en el contexto preparatorio para llevar algunos productos al encuentro de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo en 1992 (Denominada Cumbre de Río 92 o CNUMAD 92), desarrollada en Río de Janeiro.

1 Sobre los ámbitos de la economía social de mercado respecto a la protección constitucional de un medioambiente sano y equilibrado, así como los retos de la inversión pública y privada en relación con las industrias extractivas localizadas en el Perú, ver Álvarez Miranda y Ugaz Marquina (2016).

2 Ver de Calle Hayen (2014).

En realidad, la primera invocación para la defensa constitucional del ambiente fue recién en 1988, en un caso de amparo accionado por el Frente Ecológico Peruano, respecto las amenazas contra el conocido Campo de Marte, en la ciudad de Lima, en que se pretendía realizar una extirpación de los árboles para unas obras o algo parecido. Ello fue impedido por resolución judicial expedida por el juez Vladimir Paz de la Barra (Foy, 2011)³.

No se puede afirmar, pues, que con la Constitución de 1979 y el referido artículo 123 arrancan de manera sostenida los mecanismos para la protección constitucional del ambiente. Se evidencian algunas otras acciones esporádicas.

En una breve caracterización de la Constitución 1979, cabría señalar el tratamiento de los recursos naturales como pertenecientes al Estado, pese a indicar que eran Patrimonio de la Nación⁴. Así, el Estado operaba como agente en el mercado, que competía con los particulares. Ello cambió radicalmente con la carta política de 1993.

3. PROCESOS DE CONSTITUCIONALIZACIÓN AMBIENTAL

Si bien es cierto que algunas Constituciones de la órbita socialista incluyeron cláusulas ambientales, estas eran más en términos nominales y discursivos, toda vez que el acceso a la información y participación en materia ambiental no estaba admitido propiamente,

pese a la propaganda ideológica que pretendía sostener lo contrario. En Europa estos procesos han tenido sus propias dinámicas. Como refiere Velazco: «Algunas Constituciones europeas son anteriores a la irrupción de la preocupación ambiental a principios de los años setenta» (2000: 1).

En nuestra región una primera sistematización o clasificación operativa nos la ofreció Morcillo, al considerar la existencia de:

1	Normas patrimoniales	Comprenderían la regulación del derecho de propiedad, así como el régimen básico de los bienes del Estado y de los particulares.
2	Normas de derechos y garantías	Referidas a las reglas de juego entre el Estado y los particulares, lo que implica derechos (como facultades de hacer y no hacer, es decir, libertades) y garantías (el amparo o ayuda del poder público para poder ejercer plenamente el derecho).
3	Normas institucionales e instrumentales	Que regulan las estructuras, funciones y atribuciones de las ramas del poder y servicios públicos, incluyendo las de instrumentalización (procedimentales).

Fuente: Elaboración propia⁵

³ Ver *Jurisprudencia constitucional sobre derecho ambiental. jurisprudencia de impacto*. Lima: Gaceta Jurídica, número 8, año 2, 2002: Anexo en la tesis de Lozano Flores, Raúl: «La protección del derecho humano al medio ambiente en el Perú: La opción del defensor del Pueblo», Tesis de bachiller en Derecho, Universidad de Lima, 1990.

⁴ Artículo 118.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son *patrimonio de la Nación*. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía, pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por este y de su otorgamiento de los particulares. [El subrayado es mío].

⁵ Extraído de mi trabajo, Foy (1997). «En busca del derecho ambiental». En: *Ambiente y derecho. Aproximaciones y estimativas*. Lima: IDEA PUCP.

Al respecto, cabe recordar a Raúl Brañes cuando aludía al constitucionalismo verde (2001: 94). En esa línea, Ricardo Luis y Pablo Lorenzetti, en la publicación de la OEA (2021: 169), refieren:

«En orden cronológico, se destacan las incorporaciones efectuadas en las constituciones de Panamá (1972), Cuba (1976), Perú (1979, sustituida en 1993), Chile (1980), Honduras (1982), Haití (1982), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Argentina (1994), Costa Rica (1994), Uruguay (1996), Venezuela (1999), México (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009), República Dominicana (2010), entre otras».

Resulta sugerente revisar el capítulo 2 sobre una taxonomía del constitucionalismo ambiental del manual judicial sobre constitucionalismo ambiental de James R. May y Erin Daly (2017), aunque se podrán explorar siempre otras maneras de sistematizarlos:

Capítulo 2

Una taxonomía del constitucionalismo ambiental

A. Derechos sustantivos

B. Derechos ambientales procesales

C. Otros aspectos del constitucionalismo ambiental:

1. Obligaciones, deberes y políticas ambientales

2. Derechos al agua

3. Derechos de la naturaleza

4. Sostenibilidad y confianza pública

5. Cambio climático

6. Dignidad

Fuente: Elaboración propia

En sus últimos trabajos, Brañes (2001) elaboró un estudio —más desde una perspectiva ambiental, antes que propiamente constitucional— en que identifica y sistematiza contenidos am-

bientales en los textos de los países de América Latina y el Caribe a inicios el siglo XXI:

- El desarrollo sostenible.
- El deber del Estado y de las personas de proteger el medio ambiente.
- Las restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales con la finalidad de proteger el medio ambiente.
- Las restricciones al ejercicio de ciertos derechos fundamentales y la idea de patrimonio ambiental.
- El derecho de todas las personas a un medio ambiente adecuado.
- Los mecanismos jurídicos para hacer efectivo el derecho a un medio ambiente adecuado.
- El deber de accionar en defensa de los intereses ambientales.
- La conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.
- La diversidad biológica.
- Los recursos genéticos y la bioseguridad.
- Vida silvestre.
- Zonas geográficas protegidas.
- Áreas naturales protegidas.
- Los desastres naturales.
- Agricultura, reforma agraria y medio ambiente.
- Las bases constitucionales para la regulación de ciertos asuntos ambientales.
- La evaluación del impacto ambiental.
- La ordenación del territorio.
- El daño ambiental.
- Los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos.
- La protección del medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas.
- La protección del patrimonio cultural.

- La educación ambiental.
- La participación social en la gestión ambiental y el derecho a la información.
- La participación de los pueblos indígenas en la gestión ambiental.

No menos interesante resulta el enfoque de Luca Mezzetti (*La Constitución ambiental en el derecho público comparado: modelos normativos, organización administrativa y situaciones jurídicas subjetivas*, 2002).

En resumen, como se advierte a modo referencial, existen diferentes aproximaciones⁶ para aludir a los contenidos y alcances constitucionales ambientales, al menos en nuestra región en lo que concierne a estos procesos de constitucionalización ambiental (Landa, 2022)⁷.

4. APARTADOS CONSTITUCIONALES Y CONSTITUCIÓN AMBIENTAL

En los últimos tiempos, a los ya reconocidos apartados o enfoques dogmático, orgánico y económico de las Constituciones, se han sumado progresivamente la denominada «Constitución cultural», así como la Constitución «ecológica», que —para nuestro medio— debiera ser Constitución ambiental, solo que se ha remedado la terminología de la Corte Suprema colombiana.

Ahora bien, independientemente de este facilismo terminológico, no deja de ser atendible el contenido. En tal sentido, el TC peruano comparte con su homólogo colombiano el enfoque de la triple dimensión de la Constitución ecológica:

Como principio	Que irradia todo el orden jurídico, pues es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la nación.
Como derecho	De todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales.
Como conjunto de obligaciones	Impuestas a las autoridades y a los particulares, «en su calidad de contribuyentes sociales»[1].

[1] Agregado del TC peruano (STC 3610-2008-PA/TC, fundamento 33). Tomando en cuenta doctrina y jurisprudencia constitucional comparada, se denomina al conjunto de disposiciones de la carta fundamental, referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, Constitución ecológica.

Fuente: Elaboración propia

Reiteramos la crítica a la denominación de Constitución ecológica, pues en nuestro sistema se viene afirmando progresivamente la conceptualización de lo ambiental. Sin embar-

6 «Según José Borrero, la estructura del constitucionalismo ambiental asiático se identifica con: A) Derechos y Obligaciones del Estado; B) Preceptos sobre Política Ambiental y Manejo de los Recursos Naturales; C) Derechos y Obligaciones de los ciudadanos; D) Derechos y Obligaciones sociales o colectivos; E) Equidad Intergeneracional (como en Irán y Papúa Nueva Guinea. Resulta interesante advertir el Preámbulo de la Carta Política de este último Estado. Como señala el propio Borrero, resulta paradigmático en el escenario internacional de preceptos constitucionales, reconocer el “crédito planetario” como fundamento de la justicia entre generaciones para garantizar el respectivo uso de la oferta ambiental biosférica de parte de las generaciones venideras; F) Los Derechos de la Naturaleza, que ciertamente, ninguna Carta Política los ha incorporado, aunque un tanto se aproximan Papúa Nueva Guinea e Irán; sin embargo la Constitución de la India (artículo 48 A), al referirse a los bosques, lagos ríos y vida silvestre ordena tener compasión por las criaturas vivientes. En *Los derechos ambientales. Una visión desde el sur*. Fipma, 1994». Citado por Pierre Foy y Susana Cutire en «Aproximaciones a la Constitución ambiental». Artículo para la revista *Actualidad Gubernamental*, Lima diciembre de 2010.

7 Este autor integra estos procesos de constitucionalización a partir de «Un enfoque desde la Constitución de la Tierra».

go, el enfoque en cuanto sus contenidos proveniente de Colombia estimo adecuado.

5. CONSTITUCIÓN, DERECHOS HUMANOS Y DERECHO AL AMBIENTE

De muy larga data es esta alegoría o simbología de las llamadas oleadas o generaciones de los derechos humanos de primera⁸, segunda⁹ y tercera generación¹⁰. Incluso ya se habla de cuarta, quinta y hasta sexta generación, con alcances exploratorios otrora inusitados, como los derechos humanos en el ciberespacio, la transexualidad, entre otros (Flores, 2015).

Se ha convencionalizado integrar el denominado derecho al ambiente al escenario de los derechos de tercera generación o de solidaridad. Se trata de una concepción que unifica su validez a partir de tener en cuenta la vida de todos, desde una escala global, lo cual requiere por su propia naturaleza, la realización de acciones y esfuerzos conjuntos, compartidos y de cooperación mundial.

En realidad, desde una perspectiva de la antropología filosófica, por ejemplo, si seguimos al clásico de E. Cassirer (1968), tendríamos que hacer un ajuste contemporáneo en el sentido que el hombre, el humano, tiene manifestaciones como las del lenguaje, el arte, la religión, el pensamiento, la biología, la nutrición, por mencionar algunas. Por otra parte, su dimensión individual es inconcebible sin la de orden social. Ambas son inextricables, indivisibles, salvo abstracción ideológica mediante.

Como predicaba hace años el reconocido psicólogo Gordon Allport, todos somos iguales, un tanto diferentes y a la vez únicos. Sin embargo —afirmo—, estas variables psicosociales y culturales, son imposibles de concebirse fuera de un contexto ecosistémico. Esa es la dimensión de la antropología cultural que falta enfatizar. El hombre, el ser humano como un ser ecosistémico. En esa dirección debe ir el reconocimiento de los derechos humanos, independientemente de las múltiples teorías que pretenden explicarlos. En consecuencia, sin el reconocimiento a gozar de las condiciones ecosistémicas innatas, no se puede hablar a plenitud de los derechos humanos.

Desde una perspectiva jurídica, en realidad, los principales compromisos internacionales sobre derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humano, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y su Protocolo Facultativo (ONU, 2006), no han adoptado expresamente y de manera universal el derecho humano al ambiente. Independientemente de los reconocimientos regionales o de otras aproximaciones.

Es recién este 2022, al medio siglo de realización de la Conferencia de las Naciones sobre sobre Medio Humano (Estocolmo, 1972), que, mediante Resolución 76/300 del 28 de julio 2022, la ONU declara el derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible. En efecto:

8 Primera generación: Derechos civiles y políticos: Estados Unidos Carta de Derechos de los Estados Unidos. Francia: Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (siglo XVIII) consagrados por primera vez a nivel global por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y dándole lugar en el derecho internacional en los artículos 3 al 21 de la Declaración Universal y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

9 Segunda generación: Derecho económicos sociales y culturales: Declaración Universal de los Derechos Humanos artículos 22 al 27 de la Declaración Universal y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

10 Ver de Huertas (2012), *Fundamentos y generaciones de derechos fundamentales*, pp. 29 y ss.

La Asamblea General, guiada por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas:

1. *Reconoce* el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano;
2. *Observa* que el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible está relacionado con otros derechos y el derecho internacional vigente;
3. *Afirma* que la promoción del derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible requiere la plena aplicación de los acuerdos multilaterales relativos al medio ambiente con arreglo a los principios del derecho ambiental internacional;
4. *Exhorta* a los Estados, las organizaciones internacionales, las empresas y otros interesados pertinentes a que adopten políticas, aumenten la cooperación internacional, refuercen la creación de capacidad y sigan compartiendo buenas prácticas con el fin de intensificar los esfuerzos para garantizar un medio ambiente limpio, saludable y sostenible para todos.

Fuente: <https://shorturl.at/kIQY4>

En la escena internacional existe una profusa normativa con incidencia o relevancia ambiental. Sin embargo, no se cuenta con una norma marco que integre los temas ambientales, salvo las diversas declaraciones, como las de Estocolmo (1972) o la de Río (1992), pero, propiamente a un nivel ecuménico, se carece de una norma con esos alcances sobre el derecho al ambiente. Hace años se discute la posibilidad sobre una Convención Global Ambiental, sin haberse aún llegado a un acuerdo definitivo¹¹.

En nuestra región, la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969) no incluyó derechos de los que luego se denominarían de tercera generación como el del derecho al ambiente. Para suplir ello, se expidió el Protocolo de San Salvador (1976), el cual sí lo considera:

«Artículo 11. Derecho a un medio ambiente sano

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente».

Sin embargo, como para la época eran muy novedosos y hasta abstrusos, no se les dio el mismo estatus procesal y de legitimación como el de los derechos contenidos en la convención. Para ello, se estableció lo que se conoce como el efecto o enfoque oblicuo. Es decir, solo se puede invocar ese derecho a partir de la discusión de otro más reconocido contemplado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Como refiere la interpretación que al respecto elabora AIDA (2008: 102):

«Para asuntos ambientales, como se ha mencionado, no puede exigirse de forma directa la violación del derecho al medio ambiente sano. En estas situaciones, deberá evidenciarse cómo esta afectación al ambiente desconoce también otro u otros derechos reconocidos en la Convención o la Declaración Americana. Debido a que el derecho al ambiente sano consagrado en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador no es de exigibilidad directa ante la Comisión y la Corte, por ende, deben usarse mecanismos indirectos, argumentando la violación de este derecho vinculada con la violación de otros derechos humanos de protección directa. Así, la determinación del mecanismo indirecto a utilizar es esencial para fundamentar coherentemente las violaciones».

11 Sostiene Espinoza González (2015: 89): «Se puede sostener que el derecho humano al medio ambiente no cuenta con un estatus consolidado a nivel internacional, aunque podría quizá hablarse de una norma en formación de carácter consuetudinario (si bien aún faltan elementos de la necesaria *opinio iuris*)».

No obstante, como se indica en la citada guía (AIDA, 2008), la CIDH ha tomado como norma interpretativa de las obligaciones derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) al Protocolo de San Salvador, pues el artículo 11 de este protocolo solo aborda de manera muy básica el derecho a un medio ambiente sano y no ser «directamente invocable como derecho justiciable», se ha aplicado como norma interpretativa (véase el caso *Yakye Axa*).

Esta fragilidad del estatus regional del derecho al ambiente condujo, por ejemplo, a que, mediante solicitud de Colombia, esta Corte emita una opinión consultiva acerca de las obligaciones ambientales de los Estados que forman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), considerando: «El derecho a un medio ambiente saludable es un derecho humano fundamental», precisando las «obligaciones de los Estados cuando han causado o puedan causar daño ambiental significativo, incluyendo daños transfronterizos»¹².

En resumen, los temas abordados en esta opinión se expresan mediante tres ítems:

1. La protección del medio ambiente y los derechos humanos.
2. El término jurisdicción en el artículo 1.1 de la Convención Americana, a efectos de la determinación de las obligaciones esta-

tales respecto de la protección del medio ambiente.

3. Obligaciones derivadas de los deberes de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, en el contexto de la protección del medio ambiente.

Un tema central sin duda se relaciona con la justiciabilidad de los derechos humanos y ciertamente en relación con el derecho al ambiente. Como refieren Romina Picolotti y Sofía Bordenave, en su trabajo «La justiciabilidad del derecho ambiental desde una perspectiva de derechos humanos» (2002):

Si bien la protección del medio ambiente ha sido consagrada en numerosos instrumentos internacionales y se ha logrado un reconocimiento universal de la necesidad de actuar en ciertas áreas para evitar la destrucción del planeta Tierra, la tutela se ha basado más en la retórica y la buena voluntad que en la exigibilidad. El derecho internacional ambiental no ha previsto los mecanismos necesarios para que el ciudadano pueda reclamar legalmente el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados en los tratados ambientales. Entendemos por justiciabilidad ambiental la posibilidad de reclamar ante un juez el cumplimiento de las obligaciones y la realización de derechos que hacen a la protección del medio ambiente.

Es de presumir que esto evolucione y se intensifique, pues estamos a varias décadas del protocolo mencionado¹³. Por otra parte, se viene agitando en la región —con presión global a modo

12 La decisión es del 15 de noviembre de 2017 conteniendo la Opinión Consultiva OC-23/17. Resumen ejecutivo: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_23_esp.pdf / Texto completo: www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es

13 En la región se han expedido diversas resoluciones sobre la materia. Es el caso de la Resolución 1819 sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente de la Asamblea General de la OEA.122, la cual señala: «El efectivo goce de todos los derechos humanos, incluyendo el derecho a la educación, los derechos de reunión y de libertad de expresión, así como el disfrute pleno de los derechos económicos, sociales y culturales, podría facilitar la mejor protección del medio ambiente, mediante la creación de condiciones para modificar los patrones de conducta que conllevan la alteración del ambiente, la reducción del impacto ambiental derivado de la pobreza y patrones de desarrollo no sostenibles, la difusión más efectiva de información sobre el problema, y la participación más activa de los grupos afectados por el problema en los procesos políticos».

de *lobby* y desde la ONU— la bandera de los derechos humanos al ambiente, que se estaría expresando mediante el denominado Acuerdo de Escazú. Es decir, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, que no es norma jurídica en nuestro país.

Como señalaré en el apartado 6, considero que este acuerdo es innecesario, pleonástico, repetitivo de temas ya regulados. Obedece a una estrategia ideológica que instrumentaliza los derechos humanos y del ambiente para otros propósitos antisistémicos. Un verdadero caballo de Troya ideológico (Foy, 2020).

6. DERECHO AL AMBIENTE

En relación con la caracterización del derecho al ambiente como tal, se han escrito e impulsado muchos discursos doctrinales, normativos y jurisprudenciales¹⁴. En nuestra dos últimas cartas políticas, la regulación explícita al derecho al ambiente es por todos conocida.

Constitución de 1979	Constitución de 1979
Artículo 123. Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental.	Artículo. 2. Toda persona tiene derecho: 22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

Fuente: Elaboración propia

En una primera aproximación comparativa, se puede afirmar que el enfoque de la carta política de 1979 pretende ser más analítico, semi-descriptivo. En tanto que la de 1992 postula un modelo sintético del derecho al ambiente.

Lamentablemente hay una tendencia en la región, la cual, amparada en supuestas posiciones garantistas y publicistas, pretende extender y sobrecargar los derechos fundamentales, ingresando en una vorágine y espiral de detallismos que a la larga atentan contra las libertades y con cierta vocación controlista.

Curiosamente, estas tendencias constitucionalistas —le denominan «constitucionalismo social latinoamericano» (Esborraz, 2016)— se asocian a orientaciones denominadas progresistas, de avanzada y propiamente de izquierdas, cuya consecuencia fáctica deviene en deplorables para los derechos ciudadanos y colectivos, en un marco ostensible de autoritarismo, corrupción, disfrazado de nueva democracia.

En este sentido, el expansionismo racional que debiera caracterizar a los derechos humanos se desnaturaliza y se pone al servicio de valores subalternos. Si se cuentan con las bases constitucionales suficientes o esenciales, ¿cuál es el motivo expansionista para ser más puntillosos en desagregar y desplegar más derechos, cuando esto se puede afinar en sede infraconstitucional?

Ahora bien, en relación con el actual alcance dogmático sobre el derecho al ambiente (artículo 2 inciso 22), uno de los temas que se discute arduamente se refiere al contenido esencial de este derecho y a sus elementos para delimitar su contenido como derecho fundamental. Según Huertas,

la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales corresponde ser aplicada al mo-

¹⁴ Tarea titánica que no es nuestro propósito desarrollar en esta oportunidad.

mento de analizar los límites al ejercicio de los derechos fundamentales y no a propósito de identificar el contenido que merece protección a través de los procesos constitucionales. (2012: 49).

Esta reflexión no nos aclara a qué momentos se está refiriendo, si al de la labor legislativa o a la aplicativa, que ciertamente en el caso del juez constitucional o más en específico del Tribunal Constitucional, lo cual a su vez tiene una expresión constructiva o generativa de derechos.

En nuestra jurisprudencia se ha afirmado una doble lectura constitucional del derecho al medio ambiente (véase Tabla 1),

Complementariamente, el Tribunal Constitucional ha resuelto que el derecho al ambiente equilibrado y adecuado comporta un deber negativo y positivo frente al Estado según los aspectos mostrados en la Tabla 2.

Tabla 1. Lectura constitucional

El derecho a gozar de ese medio ambiente	El derecho a que ese medio ambiente se preserve
Consiste en la facultad de las personas de poder disfrutar de un ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad. De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría carente de contenido.	El derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado genera obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el ambiente.
Sentencias recaídas en los expedientes 0048-2004-PI/TC, 1206-2005-AA/TC y 2002-2006-AC/TC.	

Fuente: Elaboración propia

Tabla 2. Comparación de dimensiones

Dimensión negativa	Dimensión positiva
Se traduce en la obligación del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de acto que afecte al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la salud humana.	Le impone deberes y obligaciones al Estado para conservar un ambiente equilibrado, por ejemplo, emitir disposiciones legislativas destinadas a que desde diversos sectores se promueva la conservación del ambiente. Ello no solo supone tareas de conservación, sino también de prevención que afecte a ese ambiente equilibrado.
Sentencia recaída en el Expediente 00004-2010-PI/TC.	

Fuente: Elaboración propia

En perspectiva ambiental en términos de la relación con los denominados derechos reaccionales y prestacionales, el Tribunal Constitucional, en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el alcalde de la Municipalidad Provincial de Nazca contra la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Ley 29022¹⁵ (Expediente 00030-2010-PI/TC), resolvió:

«§6. La supuesta vulneración del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado 27. Así pues, el derecho al ambiente equilibrado y adecuado participa tanto de las propiedades de los *derechos reaccionales-libertad negativa* (de no dañar el medio ambiente) —como de los *derechos prestacionales-libertad positiva* (evitar, proteger y/o reparar los daños inevitables que se produzcan)—. En su faz reaccional, exige de los particulares y el Estado abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana. En su dimensión prestacional, impone a los particulares y al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en tareas de conservación, prevención y evidentemente de reparación o compensación de los daños producidos».

En resumen, los marcos conceptuales constitucionales generales sobre los derechos fundamentales se aplican en particular a los derechos al ambiente, adquiriendo en ese proceso sus propias características y singularidades.

7. DERECHOS COMPLEMENTARIOS AL AMBIENTE Y DESARROLLO INFRA CONSTITUCIONAL

No es pacífica —nunca lo fue— la discusión acerca de los modelos de constitucionalización de los derechos fundamentales. Son muchos

los factores que convergen. Sin embargo, en los últimos tiempos se propende a reclamar una proliferación de derechos según los «diversos ismos» en ciernes, como el feminismo, ecologismo-ambientalismo, animalismo, indigenismo o etnicismo, entre otros. Ello, en primera línea, resulta estimable en cuanto a su reconocimiento constitucional.

Sin embargo, cuando se pretende combinar e interrelacionar normativamente, estos «ismos», con todos los diversos derechos (por ejemplo, información, participación, justicia, por mencionar algunos), en sede constitucional, entonces empiezan los problemas y las desnaturalizaciones. ¿En qué sentido?

Pues parece ocioso y pleonástico, en sede constitucional, estampar en una interminable e *in crescendo* lista de derechos, por ejemplo, derecho a la participación indígena, derecho a la información indígena, derecho indígena de acceso a la justicia, derecho indígena al ambiente, derecho a la salud ambiental indígena. Y así equivalentemente respecto al derecho de la mujer en materia ambiental, a la participación ambiental a la información ambiental. Ello sería de nunca acabar

La reflexión sana y seria vendría a ser la siguiente: si se cuenta con los derechos básicos y esenciales en sede constitucional, ¿qué sentido tiene pretender elaborar y explicitar diversas asociaciones o combinaciones interderechos, en el mismo texto constitucional? Cuando todo ello técnicamente se puede realizar en sede infraconstitucional. No tiene sentido explicitar en la carta política el derecho a la participación ciudadana en materia ambiental, cuando esa conexión es derivable en sede in-

15 Ley para la expansión de infraestructura en telecomunicaciones, que establecía plazo para que empresas operadoras de telecomunicaciones que hayan instalado infraestructura antes de la vigencia de la referida ley la adecúen a su contenido normativo.

fraconstitucional, como en el caso de la Ley General del Ambiente y que ciertamente goza de soporte y legitimidad constitucional a partir de los derechos tanto al ambiente como a la participación ciudadana¹⁶.

Una estrategia para esquivar esta racionalidad sintética y no reiterativa del discurso constitucional consiste en jaquear o sobrecargar la Constitución mediante convenios o acuerdos conteniendo derechos ya contemplados en la carta política. Ahí tenemos el caso del mencionado acuerdo de Escazú.

En resumen, es correcto y razonable aludir a los derechos de acceso ciudadano en materia ambiental, léase participación, información o justicia ambiental, o a los de salud y educación ambiental, entre otros, pues todas estas combinaciones tienen su debido sustento constitucional y se desarrollan tanto legislativa como reglamentariamente en sede infraconstitucional.

Crítica al Acuerdo de Escazú. A colación de la innecesaria sobrecarga de derechos fundamentales vía normas con rango constitucional por tratarse de derechos humanos resumen algunas conclusiones del trabajo «Lo bueno lo malo y lo feo del Acuerdo de Escazú. ¿Falsas urgencias?» (Foy, 2020):

- a. El Acuerdo de Escazú (AdE) es prescindible y la inconveniencia de su ratificación por el Perú obedece a que genera riesgos de diverso tipo (seguridad nacional y ambiental, económico y hasta geopolítico), antes que ventajas para el desarrollo sostenible del país, debiendo advertirse de no confundir los intereses del Estado y la Agenda País, con intereses contrarios, ni con agendas particulares
- b. Los propósitos garantistas de los valores e instrumentos aplicativos para el funcionamiento del Acuerdo en referencia, esencialmente

preexisten en el actual sistema jurídico y se conectan con los alcances vigentes que corresponden a temas de derechos humanos.

- c. Todo el armatoste normativo del AdE, pese a que en lo esencial preexiste en el sistema jurídico ambiental peruano, se presta simbólicamente, para ser esgrimido al servicio de un activismo y radicalismo antisistema (independientemente de los grupos más cívicos que actúan con responsabilidad). Más aún, considerando el contexto *realpolitik* e ideológico, en que opera el SIDH, así como las subsecuentes decisiones supranacionales que inciden en la seguridad y recursos del país.
- d. En cuanto a los derechos de acceso ciudadano en asuntos ambientales previstos en el Acuerdo de Escazú, el sistema legal peruano los ha desarrollado exhaustivamente, por ende, es injustificable su redundancia normativa, peor aún mediante desagregados puntillosos y reglamentaristas con rango constitucional, avalado por el abuso del principio de expansión de los derechos humanos.
- e. No se encuentra justificado esa suerte de pleonismo jurídico-ambiental, que representa el Acuerdo de Escazú. Lo recomendable es fortalecer el desarrollo jurisprudencial nacional e internacional, así como las capacidades de los Estados, para hacer prevalecer sus normativas e instituciones, sin condicionamientos políticos.

CONCLUSIONES

- Se ha pretendido desarrollar algunos de los temas de la extensa y compleja relación entre Constitución y ambiente, partiendo desde una perspectiva antecedentes básicos.
- En el marco contextual y conceptual de esta relación, diríase que se han destacado arbitrariamente determinados temas, como el de los procesos de constitucionalización y sus tipologías, la crítica a su ins-

¹⁶ Para una revisión analítica y exhaustiva de la Ley General del Ambiente, puede verse nuestro *Tratado de derecho ambiental. Una lectura del derecho ambiental desde la Ley General del Ambiente* (Foy, 2020).

trumentalización ideopolítica, la seguridad y racionalidad del discurso constitucional, atado a su desarrollo infraconstitucional, entre otros.

- Particular atención nos concita la necesidad de racionalizar la relación del derecho al ambiente con otros derechos, para su integración en sede infraconstitucional, para contener la arremetida y proliferación de «microderechos» o derechos derivados en la carta política.
- Los contenidos temáticos-ambientales en las diversas Constituciones contemporáneas conduce a una multivariada de sistematizaciones y tipologías.
- La difícil armonización entre los alcances del derecho al ambiente y los derechos humanos es un tema de permanente decantar, máxime atendiendo a la cuestión de la justiciabilidad y los riesgos de su ideopolitización.
- La mención crítica al Acuerdo de Escazú obedece a querer mostrar los riesgos de pretender sobrecargar las cartas políticas, amparados en el supuesto expansionismo de los derechos humanos mediante las normas con rango constitucional, como parte de una arremetida controlista y autoritaria.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez, E. y Ugaz, R. (2016). Protección constitucional del medioambiente en una economía social de mercado. *USMP Vox Juris* (31) 1, pp. 17-27.
- Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA) (2008). *Guía de defensa ambiental: construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el sistema interamericano*. Ciudad de México: AIDA.
- Brañes, R. (2001). «Tres décadas de evolución del derecho ambiental y su aplicación en América Latina». Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, 28 y 29 de noviembre de 2001, Comisión Nacional del Medio Ambiente y Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Calle, F. (2014). *El derecho ambiental y el Tribunal Constitucional del Perú*. Lima: Universidad Alas Peruanas. <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/335>
- Cassirer, E. (1968). *Antropología filosófica: Introducción a la filosofía de la cultura*. 5.ª ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Esborraz, D. F. (2016). «El modelo ecológico alternativo latinoamericano entre protección del derecho humano al medio ambiente y reconocimiento de los derechos de la naturaleza». *Revista Derecho del Estado*, número 36, pp. 93-129.
- Espinosa, A. (2015). «Derechos humanos y medio ambiente: el papel de los sistemas europeo e interamericano». Tesis doctoral. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Getafe, España.
- Flores, L. (2015). «Temas actuales de los derechos humanos de última generación». Puebla (México): Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. <https://shorturl.at/adt38>
- Foy, P. (2021). «Consideraciones jurídicas sobre la naturaleza en el contexto del bicentenario patrio: una indagación constitucional (Perú 1821-2021)». En: *Desafíos y perspectivas de la situación ambiental en el Perú*. Lima: Instituto de la Naturaleza, Tierra y Energía (INTE-PUCP). <https://shorturl.at/hnDT1>
- Foy, P. (2020). «Lo bueno lo malo y lo feo del Acuerdo de Escazú. ¿Falsas urgencias?». <https://bit.ly/42jG13e>
- Foy, P. (2018). *Tratado de derecho ambiental. Una lectura del derecho ambiental desde la Ley General del Ambiente*. Lima: El Pacífico.
- Foy, P. (2011). «A propósito de la —mal denominada— constitución ecológica». En: *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales*, año I, número 1.

- (1992a). «Consideraciones sobre el impacto de la crisis ambiental y de los nuevos paradigmas en los sistemas jurídicos contemporáneos». En: *Revista del Foro*, Colegio de Abogados de Lima, número 1.
- (1992b). «Consideraciones sobre derecho constitucional, desarrollo y medio ambiente». En: *Revista del Foro*, Colegio de Abogados de Lima, n.º 2.
- Häberle, Peter (2002). *Constitución como cultura. Bogotá*. Universidad del Externado de Colombia.
- Huerta, L. A. (2012). «Protección judicial del derecho fundamental al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo». Tesis doctoral. Facultad de Derecho de Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Landa Arroyo, César (2022). *Los DESCA+ en el Perú. Un enfoque desde la Constitución de la Tierra*. Lima: Palestra.
- May, James R. y Daly Erin (2017). «Judicial Handbook on Environmental Constitutionalism». Environmental Constitutionalism United Nations Environment Programme.
- Mezzetti, Luca (2002). «La Constitución ambiental en el derecho público comparado: modelos normativos, organización administrativa y situaciones jurídicas subjetivas». En: *Lecturas de derecho del medio ambiente*. Tomo III, pp. 471-495. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Morcillo, Pedro (1990). *Legislación y aspectos institucionales ambientales en algunos países miembros prestatarios del BID*. Ciudad de México, I-5.
- OEA/OAS (2021). *Justicia y derecho ambiental en las América*. (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.D/XV.25).
- ONU, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2006). *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*. Nueva York y Ginebra: ONU.
- Picolotti, Romina y Bordenave, Sofía (2016). «La justiciabilidad del derecho ambiental desde una perspectiva de derechos humanos». *Revista Derecho del Estado*, n.º 36, enero-junio, pp. 93-129.
- Rosatti, Horacio (2004). *Derecho ambiental constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- Velasco Caballero, Francisco (2000). «Protección del medio ambiente en el constitucionalismo europeo». Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. Publicado en *Noticias de la Unión Europea*, número 190, pp. 183 y ss.

SOBRE EL AUTOR

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Magíster en Derecho Ambiental por la Universidad del País Vasco, y en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctorado realizado en la misma casa de estudios. Algunas de sus publicaciones son: *Manual de derecho en comunidades nativas* (1985), *Situación de los derechos humanos en la Amazonía* (1991), «En busca del Derecho ambiental» en *Derecho y ambiente: aproximaciones y estimaciones* (1997), «Consideraciones ambientales sobre el área de conflicto entre Perú y Ecuador» en *Perú-Ecuador: entre la guerra y la paz* (1998) y fue editor y prologuista de la *Agenda21* (1998). Sus publicaciones actuales son: «El sistema jurídico ambiental peruano» en la *Revista de Justicia & Democracia* (2013), *Consideraciones jurídicas sobre las negociaciones ambientales* (2013) y *Derecho ambiental y empresa* (2014).

El régimen legal de las sociedades de propósito exclusivo en materia de proyectos de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos en el Perú

The Legal Regime of Exclusive Purpose Companies in Terms of Public Works Infrastructure And Public Services Projects in Peru

Richard Martin Tirado

Pontificia Universidad Católica del Perú

 <https://orcid.org/0000-0001-7272-0654>

RESUMEN

A diferencia de la contratación pública tradicional, referida a las adquisiciones de bienes y a la contratación de obras y servicios, las operaciones en las que se exige la constitución de una provisión de servicios públicos (SPE), se configuran para proyectos de largo plazo, en las cuales es indispensable contar en calidad de contraparte contractual del Estado, a una organización empresarial debidamente constituida con las reglas previstas en la Ley General de Sociedades (LGS). Es decir, se debe contar con un sujeto de derecho que tenga la condición de persona jurídica. En este sentido, el autor busca ahondar en el régimen legal de las sociedades de propósito exclusivo para la gestión de infraestructuras y de SPE.

Palabras clave: Sociedades propósito, obras públicas, infraestructura

ABSTRACT

Unlike traditional public contracting, referring to the acquisition of goods and the contracting of works and services, the operations in which the constitution of an SPE is required, are configured for long-term projects, in which it is essential count as a contractual counterpart of the State, a business organization duly constituted with the rules provided for in the LGS, that is, it must have a subject of law that has the status of legal person. In this sense, the author seeks to delve into the legal regime of the exclusive purpose companies for the management of infrastructures and provision of public services (hereinafter the SPE).

Keywords: Purpose Partnerships, Public Works, Infrastructure

Fecha de recepción:
10/4/2023

Fecha de aprobación:
14/5/2023

1. INTRODUCCIÓN

El tema del presente artículo es el régimen legal de las sociedades de propósito exclusivo para la gestión de infraestructuras y de provisión de servicios públicos (SPE).

En el Perú, es poco o nulo lo que se ha escrito sobre el régimen legal aplicable a las SPE, desde la perspectiva del derecho administrativo, pues, valgan verdades, se percibe que este es un asunto propio del funcionamiento corporativo de las sociedades que en general contratan con el Estado. Así, se olvida que estamos ante organizaciones empresariales que deben su constitución y funcionamiento a un conjunto de reglas propias del derecho administrativo y no solo a la regulación establecida en la Ley General de Sociedades (LGS).

Usualmente, la legislación de los diversos países involucrados en los procesos de promoción de la inversión privada exige la constitución de una SPE, la que debe ser organizada por los propios promotores y accionistas del proyecto y que se encuentran sujetas a la legislación interna del lugar en el que se debe ejecutar el proyecto.

La obligación de constituir una SPE tiene diversas justificaciones. En esencia, los contratos derivados de los procesos de promoción de la inversión privada en sus diversas modalidades tienen suficientes razones para esta exigencia, a efectos de la ejecución de un proyecto, pues, a diferencia de los clásicos contratos con financiamiento exclusivo del Estado y que se encuentran regulados en la Ley de Contrataciones del Estado y sus normas reglamentarias, nos encontramos ante un tipo de contratación a largo plazo, en la cual concurren requisitos especiales y en que ciertamente no basta exigir a la contraparte estatal el simple cumplimiento

de las reglas de un típico postor a título individual o consorciado.

No debe olvidarse que las SPE se encuentran vinculadas al desarrollo previo de un procedimiento licitatorio diseñado para el otorgamiento de un proyecto y que —como consecuencia de este— se torna indispensable contar con un sujeto de derecho, que sea —dadas las características de los proyectos de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos— una organización empresarial creada especialmente para la ejecución de las tareas inherentes a estos proyectos. Así, se justifica plenamente que para la formalización de los respectivos contratos derivados de los procesos de promoción de la inversión privada se deba delimitar el rol que cumplen los sujetos que hayan participado en el procedimiento de selección como postores y que hayan sido declarados como adjudicatarios de la buena pro, con respecto de los que finalmente deban celebrar el respectivo contrato y, por ende, asuman los derechos y obligaciones propios del proyecto, durante un periodo de tiempo.

A diferencia de la contratación pública tradicional, referida a las adquisiciones de bienes y a la contratación de obras y servicios, las operaciones en las que se exige la constitución de una SPE se configuran para proyectos de largo plazo, en las cuales es indispensable contar en calidad de contraparte contractual del Estado, a una organización empresarial debidamente constituida con las reglas previstas en la LGS. Es decir, se debe contar con un sujeto de derecho que tenga la condición de persona jurídica.

Tal como se ha señalado, ello se justifica en razón que en el régimen clásico de contratación pública es posible admitir la participación en forma indistinta ya sea en forma individual o consorciada, de personas naturales y/o jurídicas, sin ninguna clase de restricción más allá

de la exigida en cada procedimiento de selección, pues nos encontramos ante operaciones contractuales que usualmente son de ejecución inmediata y en las cuales el financiamiento de estas se encuentra asegurado *ex ante*, pues, según las disposiciones aplicables a este tipo de contratos, no puede convocarse a ningún tipo de licitación, si previamente no se encuentra incorporada esta en el presupuesto de la entidad convocante y aprobada en el respectivo Plan Anual de Contrataciones, bajo sanción de nulidad, y sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiera lugar por la inobservancia de este tipo de obligación.

En contraposición a estas reglas de la contratación pública clásica, en el caso de los contratos derivados de los procesos de promoción de la inversión privada nos encontramos ante un fenómeno distinto. Ello implica la necesidad de establecer requisitos para la celebración y ejecución de estos contratos.

Es importante señalar que en los proyectos de inversiones de gran envergadura se requiere contar con el apoyo de entidades del sistema financiero internacional, las cuales exigen a los promotores y accionistas de los proyectos, la constitución de una SPE, pues a través de ellas se puede crear una nueva empresa en función de capitales mínimos o iniciales, a los cuales se les podrá agregar otros nuevos. Precisamente, la SPE, como contraparte del Estado en el respectivo contrato, es el instrumento que permite asumir compromisos financieros con los acreedores para la ejecución del proyecto.

La constitución de una SPE nos ofrece algunas ventajas comparativas, como la posibilidad que una empresa en giro o en funcionamiento no vea afectada su capacidad financiera ni la liquidez de sus propias operaciones ante las demandas del proyecto, tal como ocurriría en el supuesto en el que no se constituya una SPE.

Este aislamiento de los flujos de un proyecto a través de la constitución de una SPE nos permite contar con adecuados mecanismos de repago de la deuda a los acreedores del proyecto y, por ende, contar con una mayor garantía frente a terceros. Dependiendo de cada caso y de la naturaleza del proyecto, se deberán establecer los mecanismos para el adecuado control de los pagos en favor de los acreedores.

Para entender la lógica que acompaña al financiamiento de proyectos en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, se suele distinguir entre el financiamiento corporativo y el *project finance*. Precisamente, es en este último mecanismo en que se exige la constitución de una SPE para efectos del financiamiento de un proyecto. En esencia, cuando es necesario aislar los flujos de un proyecto del resto de operaciones de una empresa, se constituye una SPE.

En el documento elaborado por ESAN (2018: 44), se sostiene que el *project finance* constituye «un mecanismo de apalancamiento financiero, mediante una compleja estructura de contratos y obligaciones para el desarrollo de proyectos de inversión de largo plazo».

Engel, Fischer y Galetovic (2014: 144) lo expresan así:

Existen varias razones para preferir el Project Finance en vez del financiamiento corporativo. El apalancamiento aumenta el retorno esperado sobre el capital, incluso después de ajustar los mayores costos de financiamiento. Asimismo, es más difícil levantar capital que emitir deuda, especialmente si se trata de proyectos sin historia.

El *project finance* nos permite ejecutar un proyecto aislando los flujos de otras operaciones. A diferencia de lo que ocurre en un esquema de financiamiento corporativo, en el cual se alude a

un conjunto de proyectos, el carácter especial de determinados proyectos nos permite justificar, de alguna forma, la necesidad de canalizar una inversión concreta a través de una SPE.

Engel, Fischer y Galetovic (2014: 136-137) sostienen el carácter dinámico del financiamiento de los proyectos en función de que estos se orienten a la fase de construcción o de operación de un proyecto. Así, se distingue entre los patrocinadores operacionales y los financieros. En el primer caso, se alude a los patrocinadores vinculados a la industria de la infraestructura que suelen ser atraídos por el negocio en sí mismo de la construcción. En cambio, los patrocinadores financieros son aquellos a los que les interesa el financiamiento del proyecto.

Por otra parte, desde el punto de vista financiero, no es lo mismo el tipo de financiamiento que se genera cuando el proyecto se encuentra en una fase de construcción o en la fase de operación. En este último caso, suelen aparecer los bonistas en reemplazo de los prestamistas bancarios, como una clara evidencia del tipo de intereses en juego.

Son varios los argumentos que justifican la existencia de un *project finance*, entre los cuales se pueden identificar los siguientes:

- La posibilidad de utilizar grandes recursos de capital —usualmente privados—, con los que el Estado no cuenta para la ejecución de un proyecto.
- La necesidad de atenuar o mitigar los riesgos inherentes a la ejecución de determinados proyectos, lo cual requiere de la participación de una organización especializada.
- La alternativa de no comprometer los recursos internos de una empresa en un solo tipo de proyecto o en un proyecto de gran envergadura.

- La exigencia de contar con mecanismos de garantía en favor de los acreedores del proyecto.

En la búsqueda del uso eficiente de los recursos asignados a través del *project finance*, se utiliza una nueva sociedad a la que se suele denominar como SPE. En nuestra legislación, en materia de proyectos de infraestructura y de servicios públicos, no existe una forma jurídica concreta que regule el funcionamiento de esta sociedad, siendo la de uso más común, pese a sus dificultades, la sociedad anónima cerrada, que no se encuentra exenta de interferencias en su actuación, por las restricciones que operan con respecto al número tope de accionistas así como por las restricciones para la libre transferencia de acciones, supuesto que la acerca más a una típica sociedad de personas antes que a una sociedad de capitales, que resulta el escenario más adecuado para la operación de la SPE.

La SPE, según ESAN (2018: 46), es:

«La titular de los activos del proyecto y será la encargada de su gestión, ejecución y explotación. Asimismo, suscribirá la cadena de contratos necesarios para que el proyecto opere. Además, será la responsable de recibir los ingresos y flujos de caja futuro que se generen en un proyecto de inversión, permitiendo el aislamiento de los riesgos de los accionistas respecto del proyecto, pues solo arriesgarán los fondos propios invertidos como accionistas, sin afectar su capacidad financiera y su liquidez».

Para Engel, Fischer y Galetovic (2014: 135), existen tres características adicionales en los proyectos de APP que son importantes:

- En primer lugar, son suficientemente grandes y justifican una administración independiente, en especial durante la fase de construcción y, en algunos casos, en la etapa de operación.

- En segundo lugar, durante la fase de construcción y de operación, se subcontrata gran parte de las tareas con proveedores especializados.
- En tercer lugar, cuando los servicios son contratables, es posible unificar la construcción y la operación. Esto genera una serie de esfuerzos por internalizar los costos de operación y mantenimiento.

Es importante señalar que detrás de la constitución de una SPE existen un conjunto de actores involucrados, como los accionistas (*sponsors*), los que usualmente son aquellos que tuvieron una participación en el procedimiento de selección. No obstante, los accionistas se encuentran obligados a diferencia de lo que ocurre en el régimen clásico de la contratación pública, a constituir una SPE para efectos de la ejecución del proyecto.

Valcárcel (2006: 369), al comentar este aspecto para el caso de la constitución de las sociedades concesionarias, plantea la necesidad de distinguir el rol del promotor con la propia empresa concesionaria en los siguientes términos:

«Nos encontramos ante figuras distintas cuanto menos desde el punto de vista de su intervención y de la labor que asumen en las operaciones que damos cuenta.

[...].

1. El promotor. Es el agente o agentes que respondiendo a una demanda concreta de la Administración promueven la constitución de una empresa que se presentara al concurso convocado por aquella o se compromete a la ejecución de la misma una vez le haya sido adjudicado el proyecto [...].

2. La concesionaria o sociedad vehículo. Lo normal es que, una vez adjudicado el contrato, el grupo de empresas que se presentaron conjuntamente como licitador único (como promotor), cumplan el compromiso plasmado en la oferta y constituyan una organización temporal en concreto, una unión temporal de empresa (UTE)».

Con respecto a la vinculación de los promotores con la sociedad, Valcárcel (2006: 370) no duda en señalar:

La sociedad [...] constituida ad hoc para la realización de una determinada infraestructura, es la que se vincula directamente con la Administración, en definitiva, la que ocupa la posición de parte contratante y la que va a tener que responder ante la autoridad pública. Será la perceptora de los pagos, flujos, *cash flow* que satisfagan los usuarios del bien o servicios en la fase de explotación con los que se sufragarán los gastos en que se hubiese incurrido y se obtendrán los beneficios que condicionaron el interés por el proyecto.

Es posible que se encuentren también involucrados, en función de la magnitud del proyecto, otra clase de actores, como los acreedores permitidos, que vienen a constituir aquellas empresas u organizaciones —usualmente del sistema financiero—, que apoyan al desarrollo del proyecto con el financiamiento.

Las características y requisitos para la participación de los acreedores permitidos se suelen establecer a nivel de cada proyecto y en función de la envergadura de estos.

Según lo señalado, los promotores y socios del proyecto deben tener la suficiente habilidad para identificar escenarios para el desarrollo de sus operaciones. A partir de ello, la constitución de una SPE se hace indispensable y nos permitirá afrontar con mayores elementos de juicio, entre otros aspectos, la composición de capital de la SPE, el manejo especializado de los flujos, los riesgos de los aportes, etcétera.

Ahora bien, el carácter especial y complejo de los proyectos de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos nos obliga a la adopción de medidas específicas para regular la participación de aquellos sujetos que actúan en calidad de contraparte del Estado. Precisamente, el objetivo del

presente artículo es verificar el conjunto de requisitos que resultan exigibles para el funcionamiento de una SPE como una organización distinta a la adjudicataria de la buena pro.

En el contexto descrito, se evaluarán los alcances de la normativa existente en el Perú, y los retos que —a casi de treinta años de vigencia del modelo de promoción de la inversión privada— se hacen exigibles en el marco del funcionamiento de las SPE.

En la actualidad y debido a los sucesivos cambios del marco legal aplicable a los procesos de promoción de la inversión privada en el Perú, se advierte que la constitución y funcionamiento de las SPE no tienen una regulación especial desde el punto de vista administrativo. Se puede afirmar que la opción del legislador nacional ha sido, desde un inicio, permitir que en cada caso, y atendiendo a las características de los proyectos, se constituyan diversos tipos de SPE, en las que se utilice los tipos o modelos societarios previstos en la LGS.

La normativa vigente en materia de asociaciones público-privadas (APP), establecida por el Decreto Legislativo 1362, del 21 de julio de 2018, que regula el régimen de promoción de la inversión privada, mediante asociaciones público-privadas y proyectos, en activos y su reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo 240-2018-EF, no escapa a esta afirmación.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Una nota característica de los procesos de privatización en los países de Iberoamérica es que estos no han adoptado respuestas uniformes en relación con el déficit creciente en materia de infraestructura y de provisión de servicios públicos. En este contexto y siguiendo a Cassagne (2019: 594), se puede afirmar:

[...] en la mayoría de los países de Latinoamérica se sufre un evidente déficit en lo concerniente a las obras necesarias para su desarrollo económico y social. El mayor problema radica en que la necesidad de dotar al país de infraestructura básica se enfrenta con la insuficiencia de recursos estatales para llevar a cabo las grandes inversiones que se requieren para la construcción de obras de tales características.

Frente a este escenario, y como parte de la respuesta de nuestros países ante los retos y desafíos en materia de dotación de infraestructura y de provisión de servicios públicos, se advierte la necesidad de parte de los Estados de generar políticas públicas para reducir la brecha con diferentes fórmulas. Para ello, se han venido implementando nuevos esquemas de colaboración público-privada para el desarrollo de los proyectos.

En el Perú, por cambios normativos, las APP han sido parte de esta respuesta, y han surgido como un modelo de dotación de infraestructura y de provisión de servicios públicos, en el que frente a la carencia de recursos públicos y de otras fortalezas que son propias del sector privado, se nos plantea la posibilidad que, al amparo de una nueva técnica de contratación administrativa, tanto el sector público como el privado, puedan generar en forma conjunta e proyectos en los que cada parte aporte lo mejor de sus capacidades.

Para Cassagne (2020: 121), estamos, a propósito de este tipo de mecanismos, ante un nuevo modelo de organización de proyectos, en el que la administración, y en definitiva el Estado, se repliega en la gestión de determinados derechos, pero, a la vez, se concentra en la función de garantizar y regular las prestaciones que satisfacen las necesidades colectivas, cuya gestión se adjudica en forma preferente a los sectores privados y que, finalmente, traducen

una manifiesta aplicación del principio de subsidiariedad en la actuación estatal.

La concepción del Estado regulador y garante que se deriva de esta nueva forma en el que se compromete la actuación del Estado obedece, pues, a un conjunto de factores, que, según Cassagne (2020: 120), se apoyan en las ineficiencias del aparato estatal, los altos costos de las prestaciones a cargo del Estado, etcétera. Por contradictorio que ello parezca, el Estado regulador y garante no termina abdicando de su función social, sino busca fortalecer su actuación, tratando que se alcancen los mejores niveles de calidad y eficiencia en los servicios públicos, mediante la colaboración privada.

Dejando en claro que existe un rol regulador y garante del Estado, ello implica reformular el rol del Estado como prestador directo de servicios para asegurar la provisión de estos por medio de la imposición de obligaciones a los particulares. Así, el Estado asume una posición de asegurador directo del funcionamiento y de la calidad de servicios, y vigila el mercado para que los operadores respeten la competencia y la regulación pública.

A partir de este nuevo enfoque de la gestión contractual y en el que se advierte la posibilidad de establecer mecanismos de gestión indirecta de los proyectos a través de particulares, se generan dos tipos de relaciones, las cuales inciden en el tipo de contratos que se derivan de los procesos de promoción de promoción de la inversión privada. Según esta afirmación y de cara a establecer los supuestos que justifican la constitución y funcionamiento de las SPE como contraparte contractual del Estado, se pueden identificar las siguientes relaciones contractuales:

- La existencia de un contrato principal regulado por el derecho administrativo, y que

se deriva del procedimiento de selección y otorga al adjudicatario de la buena pro, un título habilitante para la explotación de un servicio o la ejecución de la obra. En el ordenamiento jurídico peruano, ello origina la celebración de un contrato que se suscribe, por un lado, entre el Estado, representado por una entidad que forma parte de la estructura de la organización estatal, y, por el otro, una sociedad constituida para efectos de la ejecución del proyecto (la SPE), y que, tal como se ha señalado, se creará para efectos exclusivos de este.

- La existencia de un contrato accesorio entre la SPE y el usuario del servicio, el cual se encuentra regulado por el régimen privado común, dada la presunta igualdad de derechos y obligaciones de las partes contratantes.

3. LAS SOCIEDADES DE PROPÓSITO EXCLUSIVO Y LOS MODELOS PREVISTOS EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

3.1. Generalidades

En el Perú, no existe una legislación propia para el caso de las SPE en el ámbito de los proyectos de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. La opción que se utiliza es aplicar en forma genérica las disposiciones de la Ley General de Sociedades (LGS) y la remisión supletoria a los tipos societarios establecidos en este cuerpo legal. Ahora bien, la naturaleza de las operaciones a cargo de las SPE nos revela la necesidad de contar con un marco legal específico a futuro, pues este tipo de organizaciones escapan al diseño tradicional de las sociedades reguladas en la LGS.

En concordancia con la LGS, en nuestro país se opta por un modelo de contrato que se forma-

liza con el inversionista al momento de la etapa de cierre, pero cuyos alcances y efectos son absolutamente distintos a los que se utilizan para el régimen clásico de contratación pública.

Si bien hasta este momento de la explicación el tema no parece tan complejo, en realidad sí lo es, pues implica superar un conjunto de paradigmas que siempre han venido acompañando a la formalización del contrato administrativo. En efecto, hasta este punto del análisis, no parecerían existir grandes dificultades ni diferencias con lo que ocurre en el régimen clásico de contratación pública. Sin embargo, debe advertirse que una vez adjudicada la buena pro en los procedimientos de selección aplicables a los contratos de promoción de la inversión privada, se abre un escenario normativo y económico absolutamente distinto y que se encuentra, en mi opinión, directamente vinculado a la triple dimensión (como procedimiento, acto y contrato), que acompaña a las actuaciones que se desarrollan en los proyectos de promoción de la inversión privada.

En el modelo peruano, se opta por dejar abierto a cada contrato la regulación de las SPE, aspecto que no deja de ser polémico, pues en el tiempo ello puede generar una afectación a los principios de igualdad y predictibilidad, en tanto se terminen exigiendo distintos requisitos a una organización u otra, sin mediar una razón objetiva que las distinga. Sobre este tema, somos de la opinión que se deben establecer requisitos mínimos de cumplimiento obligatorio para todas las sociedades, para generar uniformidad en el funcionamiento de este tipo de organizaciones.

El carácter personalísimo del contrato que celebra el Estado con la SPE exige conocer las características de cada parte a lo largo de la relación contractual. Por ello, no deja de ser un

tema relevante el que —en estos casos— nos encontremos ante un tipo de contrato a largo plazo, en el que resulta indispensable que la contraparte del Estado cumpla durante la vigencia de este, con requisitos mínimos para ejecutar el contrato.

El reconocimiento del carácter *intuitu personæ* de este tipo de contratos no deja de ser un tema polémico en el debate doctrinal y ha merecido cuestionamientos como los formulados por Blanquer (2012: 1083), en la línea de objetar el sentido tradicional del término. No obstante, nos adherimos a la postura de considerar el carácter *intuitu personæ* de este tipo de contratos, en función a la trilogía existente entre el procedimiento de selección, el otorgamiento del título habilitante en favor del adjudicatario de la buena pro y la ulterior obligación de constituir la SPE por parte de los promotores del proyecto.

En el mismo sentido que Pérez Hualde (2017: 127), sostengo el carácter *intuitu personæ* de este tipo de contratos, pues:

«La atribución de potestades y el otorgamiento de privilegios públicos hacen imprescindibles que el contrato sea celebrado con personas cuidadosamente seleccionadas. Por lo tanto, no es posible la libre transferencia, cesión o subcontratación, abierta o encubierta de sus derechos y obligaciones a favor de terceros».

Pese a que existen autores como Blanquer (2012: 1084) que cuestionan el sentido terminológico de la expresión *intuitu personæ* en este tipo de contratos, y expresan sus reparos a las limitaciones que se puedan plantear en función de esta categoría a los supuestos de subrogación de un tercero en la posición contractual de un concesionario de un servicio público, coincidimos con este autor en la necesidad de exigir a todo tipo de concesionario el cumplimiento directo y personal de las obligaciones, pues:

Dejando al margen la selección del adjudicatario por supuestas razones de confianza subjetivas y centrándonos en el cumplimiento del contrato, resulta indicado añadir que la concesión de servicio público es un contrato *intuitu personæ* en el sentido de que la ejecución o cumplimiento del contrato debe realizarse sin intermediarios. El servicio debe ser prestado de forma personal y directa por el propio adjudicatario y no por un tercero con quien se hayan contratado las prestaciones esenciales que son objeto del contrato.

Por mi parte, coincido en que el adjudicatario de la buena pro debe cumplir a cabalidad con los compromisos asumidos en mérito al otorgamiento del título habilitante para la ejecución del proyecto. Por ello, el carácter *intuitu personæ* de la relación contractual que se genera en nuestros países como consecuencia de la adjudicación de la buena pro no niega la existencia de un conjunto de criterios objetivos en la selección del adjudicatario y en la posterior celebración del contrato administrativo, que inclusive se deben salvaguardar en aquellos supuestos en los que opera la subrogación del concesionario de un servicio público, pues, finalmente, nos encontramos ante la exigencia de cumplir las obligaciones derivadas de un mismo contrato. Y es que, como reafirma Pérez Hualde (2017:128):

Las cualidades personales de la empresa concesionaria son los puntos más importantes a ponderar al momento de la decisión de adjudicación en licitación de este tipo de contratos. Tienen particular relevancia, por encima de cualquier ponderación estrictamente económica, pues la relación será prolongada, se trata de un contrato de larga duración y las condiciones técnicas y económicas sufrirán numerosas transformaciones durante su ejecución.

A partir de lo señalado, se advierte la necesidad de exigir a la SPE que acredite el cumplimiento de requisitos mínimos, los que —en rigor— deberían estar regulados en una norma, pero

que en el modelo peruano se exigen caso por caso en función de los contratos respectivos.

Según lo expresado, y pese a no existir en nuestro país una regulación normativa sobre las SPE, se advierte que, en este tipo de organizaciones, es necesario contar con disposiciones específicas vinculadas a los siguientes aspectos:

- Objeto o giro exclusivo de la sociedad.
- Sometimiento a la ley nacional.
- Capital social mínimo de la sociedad.
- Plazo determinado o determinable de vigencia de la sociedad, el cual no debe ser inferior al periodo del contrato principal.
- Participación mínima del adjudicatario de la buena pro en la estructura de la futura sociedad.
- Intervención de un operador especializado que sustente la ejecución del contrato.
- Reglas mínimas para las acciones de reorganización empresarial, como la transformación societaria, fusiones, escisiones, etcétera.
- Restricciones para la libre cesión del contrato a favor de terceros.
- Otras exigencias en función del proyecto.

En el Perú, el régimen legal aplicable para la constitución y funcionamiento de las SPE es el dispuesto en la LGS y en los no previsto, en las bases y en las exigencias mínimas que se establecen en los contratos derivados de los procesos de promoción de la inversión privada. Sin embargo, existen determinadas exigencias de la LGS que terminan siendo incompatibles con el funcionamiento de las SPE, como en el caso del número de accionistas que se exigen para la constitución de una sociedad anónima abierta (artículo 249.1) o para la libre transferencia de acciones en el caso de la sociedad anónima cerrada (artículos 237 y 238).

No cabe duda entonces que estamos ante un tipo especial de organización societaria, en la cual se requiere de normas mínimas que regulen su funcionamiento. Esta problemática no es ajena en la doctrina comparada.

Autores como Rufián (2018:82), en el caso de la legislación chilena, sostienen la necesidad de contar con este tipo de sociedades a propósito de las empresas concesionarias en razón que:

«El concesionario es lo que se denomina entonces una sociedad vehículo del proyecto (SPV o SPV, *Special Purpose Vehicle*), constituida *ad hoc* para el desarrollo del proyecto y titular del contrato de concesión». El ente concedente se relaciona con el SPV principalmente como origen del activo que se pretende desarrollar, ya que se trata de infraestructuras relacionadas con la prestación de servicios públicos y además puede ser el 'único cliente' de la SPV dependiendo de la naturaleza del contrato».

Coincido con Rufián (2018: 82), cuando se afirma que la sociedad concesionaria es un «vehículo jurídico, técnico y financiero encargado de la administración del contrato de concesión». Por ello, es que —según el artículo 9 de la Ley de Concesiones de Chile— el adjudicatario quedará obligado a «constituir, en el plazo y con los requisitos que el Reglamento o las Bases Administrativas establezcan, una sociedad de nacionalidad chilena, o agencia de la extranjera con quien se entenderá celebrado el contrato de concesión».

En mi opinión, es necesario establecer reglas normativas para la constitución y funcionamiento de las SPE. No obstante, este debate no se ha producido todavía en nuestro país, y lo que básicamente se advierte es una regulación en función de cada caso. Pese a la flexibilidad con la que se ha venido abordando este tema, es necesario contar con reglas mínimas.

Hace algunos años, autores como Fernández Daza (1996: 21), a propósito del análisis de la Ley de Autopistas de España, Ley 8/1972 del 10 de mayo, señaló:

«En general, todas estas medidas resultantes de la regulación primitiva de la concesión han resultado ser excesivamente restrictivas para el mejor desenvolvimiento de las sociedades, sin embargo, no se ha producido una derogación general de las normas que las imponen. Se ha seguido el camino de la negociación individual de cada una de las sociedades concesionarias con la administración concedente, que poco a poco, ha ido aliviando la presión de algunas de estas normas a través de acuerdos singulares [...]».

En el Perú, la LGS establece formas societarias a las cuales se adecúan las SPE. Sin embargo, es necesario establecer criterios claros y concretos para distinguir entre una modalidad u otra prevista en la LGS, y, a partir de ello, verificar cuáles de los tipos legalmente habilitados por este marco normativo, resultan los más eficientes para el funcionamiento de las SPE.

3.2. Las partes del contrato de promoción de la inversión privada y la necesidad de contar con una sociedad de propósito exclusivo para efectos de la ejecución de los proyectos

No se puede contar con una idea certera sobre el régimen legal de las SPE, si previamente no tenemos una definición de la naturaleza jurídica de los contratos administrativos que la sustentan. En efecto, es necesario que se identifiquen a las partes que celebran estos contratos, lo cual es un aspecto distintivo con respecto a los actores que participan en este.

A propósito del análisis de las partes en el contrato de concesión de servicios públicos y que también resulta válido para el caso de la legis-

lación peruana que ha optado por un modelo genérico de contrato de APP, en el que la concesión de servicios públicos es una especie de aquel, Pérez Hualde (2017: 95) señala sobre las partes del contrato:

Podemos sintetizar precisando que el contrato de concesión de SP, en tanto contrato administrativo, posee —como señalamos— solo dos partes claramente diferenciada: ‘concedente y concesionario’. Esto es así, sin perjuicio de la presencia de otros sujetos activos participantes en la relación jurídica sobre la que transita el contrato y que encuentra su fuente en la relación pública que caracteriza al SP que es su objeto. En otras palabras, observamos la presencia de las «partes» contractuales y la de otros sujetos que ejercen en ese ámbito facultades propias, de las que se hallan investidas por las constituciones, nacional y provinciales —según los casos—, y las leyes en virtud de la regulación de esa relación que tiene por finalidad la efectiva realidad de la garantía constitucional.

Tal como se ha señalado, en nuestra legislación no existe una definición expresa de los contratos de promoción de la inversión privada. En el marco del Decreto Legislativo 1362, en la actualidad se cuenta con una legislación de APP y de sus diversas modalidades, entre las cuales se encuentra el contrato de concesión. En realidad, el legislador peruano ha optado por un enunciado general no exento de críticas, en el que se permite la adopción de una serie de modalidades contractuales a partir de una normativa general de APP.

Lo expuesto se encuentra reconocido en el artículo 21 del Decreto Legislativo 1362 en los siguientes términos:

«Artículo 21.- Contratos de asociación público-privada

21.1. El contrato que se celebra para desarrollar un proyecto bajo la modalidad de asociación público-privada constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que

dicho instrumento le otorga frente a terceros; en especial, los mecanismos de recuperación de las inversiones y los beneficios adicionales expresamente convenidos, pudiendo incluir servicios complementarios.

21.2. El inversionista puede explotar los bienes objeto del contrato de asociación público-privada, directamente o a través de terceros, manteniendo en todo momento su calidad de único responsable frente al Estado peruano. Sin perjuicio de lo anterior, los proyectos de asociación público-privada que recaigan sobre bienes públicos, no otorgan al inversionista un derecho real sobre los mismos.

21.3. El inversionista no puede establecer unilateralmente exenciones en favor de usuario alguno, salvo lo establecido por ley expresa».

El referido artículo alude actividades que se expresan en este tipo de contrato, pero no define en que consiste el contrato de APP. Como consecuencia de ello, se puede concluir lo siguiente:

- Se constata la falta de una definición unívoca de aquello que constituye un contrato de APP. El precepto legal antes señalado no nos permite conocer con certeza en que supuestos opera este tipo de relación contractual. En realidad, al establecerse una fórmula genérica como la reseñada en el artículo 21 del Decreto Legislativo 1362, lo que termina ocurriendo es que no se conocen los elementos que definen a un contrato bajo esta modalidad.
- No es posible efectuar una identificación de los elementos típicos del contrato de APP. Ello se corrobora con una lectura atenta del artículo 21 del Decreto Legislativo 1362, pues en este precepto legal se alude a una modalidad contractual, pero no se precisa en qué casos corresponde establecer que nos encontramos ante este tipo de contratos. Si bien puede ser de utilidad práctica contar con un «contrato genérico» de APP,

ello no deja de generar problemas por carecer de parámetros objetivos.

- En algunos casos se constata una superposición entre los diversos contratos típicos preexistentes o incluso esta generalidad del contrato de APP, nos permite considerar al interior de esta categoría a la concesión, asociación en participación, contratos de gerencia, contratos de riesgo compartido, contratos de especialización, así como cualquier otra modalidad contractual permitida por ley.
- Una cabal comprensión de la naturaleza jurídica del contrato de APP en el Perú nos exige acudir a la triple dimensión que acompaña a estos contratos, como son el procedimiento, acto y contrato en sí mismos considerados. Ello se explica porque nos encontramos ante un procedimiento de selección de un inversionista, un acto de otorgamiento del título habilitante a favor de los postores seleccionados y a la posterior calificación como sujeto contratante por parte del inversionista constituido en una SPE.
- El contrato de APP es el resultado de actuaciones desde el procedimiento de selección, el acto administrativo de otorgamiento de la buena pro en favor del adjudicatario que le permite a este último, contar por un tiempo determinado con una habilitación legal para desarrollar y/o gestionar un servicio o infraestructura pública. Y, por último, nos encontramos ante un contrato administrativo pactado entre el Estado y una SPE, en virtud del cual esta asume, a su cuenta y riesgo, las obligaciones y derechos derivados del contrato.
- La triple dimensión que se genera en este tipo de proyectos ha hecho que la doctrina

defina al contrato derivado de los procesos de promoción de la inversión privada, como la relación celebrada entre el Estado y una SPE, en virtud del cual esta última asume a su cuenta y riesgo, en el marco del principio del equilibrio financiero, el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato y el derecho a obtener la tarifa pactada, en el plazo y según las condiciones legales y reglamentarias del instrumento legal de adjudicación.

En esta parte del trabajo, resulta muy útil despejar algunas dudas sobre el alcance de las relaciones que se establecen entre las partes contratantes, en los siguientes términos:

- En primer lugar, nos encontramos ante una relación compleja, pues se asume que existe un contenido contractual y otro de carácter reglamentario entre las partes contratantes. Ello se refleja en derechos y obligaciones aplicables a los sujetos contratantes. Este argumento no es superficial, tiene enormes implicancias en la práctica, pues determina, de una forma u otra, el diseño del contrato. A partir de este doble sentido de la relación, se ha afirmado que estos contratos tienen un carácter complejo, pues, en muchos aspectos, se advierten cláusulas que en esencia son normativas, y otra que son de contenido netamente contractual. En la actualidad y dada la evolución del marco regulatorio aplicable a los referidos contratos, ya no resulta necesario que este marco normativo se incorpore en forma expresa en los contratos, pues ellos operan por mandato legal y en algunos supuestos por una expresa remisión del contrato a la normativa aplicable.
- En segundo lugar, el contrato constituye una relación jurídica principal, que se de-

riva de actuaciones administrativas previas que, luego de transitar por un procedimiento de selección y el acto de otorgamiento de la buena pro, determinan la celebración de un contrato de APP. Como consecuencia de todas las actuaciones previas, la ulterior celebración del contrato determina una relación jurídica principal y, a partir de ella, la celebración de relaciones contractuales accesorias, como los contratos de garantía, seguridades, usufructo, uso, arrendamiento, superficie, prenda, hipoteca u otros, que solo tienen efecto en función de la validez y vigencia del contrato principal.

- En tercer lugar, nos encontramos ante un contrato personalísimo o *intuitu personae*, en que cobran una vital importancia las características de cada parte contratante. Por ello, es necesario que, en este tipo de contratos, se considere que, a diferencia de otros sujetos que participan en la contratación estatal, es relevante conocer *ex ante* y durante la ejecución contractual con quién se encuentra vinculado el Estado en calidad de contraparte.

Reiteramos que este aspecto se identifica con mayor claridad si se evalúan las actuaciones desde la perspectiva del procedimiento que acompaña a la selección del postor, el título habilitante que se manifiesta con el otorgamiento de la buena pro en favor de un postor, y, finalmente, la constitución de una SPE, para actuar en calidad de contraparte del Estado. Pues bien, ello implica que, en el tránsito a esta conversión en una SPE, se fijen requisitos que le otorgan una determinada identidad a esta persona jurídica y que nos obligan a establecer decisiones o características especiales, de cara a un contrato administrativo de largo plazo.

Tal como se ha establecido, la SPE, que se constituye para efectos de la ejecución del contrato,

tiene características especiales que la hacen diferente a cualquier otro modelo societario. Ello no es un tema accesorio, pues debe tenerse en cuenta que el adjudicatario de la buena pro y la ulterior constitución de una SPE para la ejecución del contrato cuentan con unas notas personalísimas. En tal sentido, no es admisible que se modifique unilateralmente la estructura del capital social de la SPE o se pretenda ceder la posición contractual de la SPE, adoptar acciones de reorganización societarias, subcontrataciones u otros modos de alteración del sujeto de la relación contractual, sin el consentimiento de la contraparte estatal.

- En cuarto lugar, nos encontramos ante un contrato constitutivo de derechos y obligaciones para las partes, pues, una vez celebrada la relación contractual, se activarán derechos y obligaciones para las partes. Como se ha señalado, el acto del otorgamiento de la buena pro genera un título habilitante en favor del adjudicatario, que, en rigor, no tiene un contrato formalizado, pero que —a partir de esta habilitación— tiene un derecho exclusivo por el periodo del futuro contrato a la explotación de la actividad.

A partir de este escenario, al adjudicatario de la buena pro, antes de constituirse en una SPE, se le abren las puertas del mercado financiero, pues ya tiene en firme un título habilitante. Hasta antes de obtener la condición de adjudicatario solo tenía una simple expectativa. El otorgamiento del título habilitante convierte a esta expectativa en un derecho en exclusiva, el cual se materializa con la celebración del respectivo contrato.

No obstante, se debe estar muy atento a la fase de cierre y celebración del contrato, pues se han presentado numerosos casos a nivel de proyectos en experiencias comparadas, así

como en casos nacionales en los que —a pesar de haberse adjudicado la buena pro— el Estado, *a posteriori* de esta decisión, se ha negado a celebrar el respectivo contrato.

Frente a esta circunstancia, es indudable que, en función de los mecanismos de protección que resultan aplicables a los inversionistas y pese a no existir un contrato formalmente celebrado entre las partes, se puede invocar beneficios en favor del inversionista (como confianza legítima, trato discriminatorio, etcétera), en los que se pone de manifiesto la postura contraria a la acción unilateral del Estado.

Queda claro, entonces, que estamos ante un supuesto de responsabilidad del Estado que, en función de la oportunidad en la que se determine su negativa a contratar con el adjudicatario posteriormente organizado bajo la forma de una SPE, será materia de reglas de responsabilidad pre- o poscontractual y a la eventual obligación de pagar indemnizaciones por parte del Estado.

- En quinto lugar, nos encontramos ante un contrato sujeto a un régimen jurídico particular, pues se trata de un contrato administrativo, que, por su propia naturaleza, se encuentra sometido a las reglas de derecho público. Así, se podrá advertir la existencia de potestades administrativas que se reflejan en la aplicación del *ius variandi*, reversión, rescate, revocación, interpretación contractual, caducidad, intervención, etcétera.
- En sexto lugar, estamos ante la presencia de un contrato que no supone la transferencia de activos o de una infraestructura estatal, pues, en este tipo de relación contractual, solo se cede la explotación del servicio y el uso de la infraestructura por un tiempo determinado. Una vez terminada la relación

contractual por el cumplimiento del plazo o del objeto del contrato, o concluida en forma anticipada el contrato, los bienes integrantes de esta son devueltos al Estado. Se trata de un contrato en el cual no se cede la titularidad.

- En sétimo lugar, y por ello no menos importante, nos encontramos ante un contrato de carácter temporal, en la medida en que se trata de la ejecución de proyectos sometidos a una temporalidad, al término del cual se debe retomar la gestión a manos del Estado, salvo que este opte por licitar y entregar su gestión nuevamente a terceros. Se trata de un contrato de largo plazo, en el cual se pacta el cumplimiento de derechos y obligaciones durante un periodo de tiempo. A diferencia de otro tipo de modalidades contractuales, el plazo es un elemento esencial del contrato y, por definición, no puede ser pactado en forma discrecional.

3.4. Los sujetos parte del contrato

3.4.1 El Estado

Las partes que suscriben el contrato derivado de los procesos de promoción de la inversión privada, que usualmente en el Perú se someten al Decreto Legislativo 1362 y a sus diversas modalidades contractuales, son el Estado y la SPE.

En representación del Estado, participa una entidad que forma de la estructura de la organización estatal. Es decir, es la Administración Pública, responsable de la infraestructura o de la titularidad del servicio público, la cual debe decidir qué proyectos son los adecuados para ser entregados al sector privado.

La entidad debe contar expresamente con la competencia para celebrar el contrato. Par-

tiendo de esta atribución específica, este sujeto puede ser una entidad que forma parte del gobierno nacional, regional o local, o la entidad a la cual se le haya asignado competencia más allá de ser parte de un determinado nivel de gobierno. Este tema tiene enormes implicancias desde el punto de vista práctico, pues, al analizar la intervención de los organismos reguladores en las controversias arbitrales que se derivan de los contratos, una de las dificultades que se nos presentan para admitir su intervención, es cómo superar el hecho objetivo que esta entidad no suscribe el contrato y, por ende, no califica como parte signataria y, menos aun, como parte no signataria debido a su rol de entidad regulatoria y, finalmente, que su incorporación a los procesos arbitrales como parte coadyuvante de la entidad es contraria a su garantía de actuación en términos de independencia, imparcialidad y neutralidad.

3.4.2 La sociedad de propósitos especiales

Se entiende por una SPE a la persona jurídica que, por su cuenta y riesgo, se obliga con la entidad estatal a construir y mantener, operar, gestionar o, simplemente, construir y conservar las actividades comprometidas en el marco del proyecto. Las obligaciones que asumen las SPE pueden ser una o varias de las actividades mencionadas. En general, la SPE está facultada para ejecutar todas aquellas actividades que no le estén prohibidas por la ley o el contrato, y que sean necesarias por su adecuada ejecución.

Como se ha señalado, el procedimiento de selección concluye con la adjudicación de la buena pro en favor de uno de los postores participantes. Ello se determina por un acto administrativo de otorgamiento del título habilitante, mediante el cual se efectúa la aceptación de la oferta. En forma posterior a estas actua-

ciones, se producirá el cierre y celebración del contrato, lo que, a su vez, originará la formalización del contrato.

Con el cierre y celebración del contrato se formaliza la relación contractual del Estado en su rol de entidad y de la SPE constituida para efectos del proyecto. El contenido de la relación contractual se realiza con la suscripción del referido contrato por la entidad y el inversionista, fijándose las condiciones contractuales, que regirán para las partes durante un determinado periodo.

Rufián (2018: 82) señala, a propósito de la exigibilidad en el caso de Chile de determinados requisitos para el funcionamiento de las sociedades concesionarias:

[...] Normalmente, la legislación internacional sobre concesiones exige que se forme una sociedad ad hoc, creada por los promotores del proyecto en el país que convoca la concesión y regida por la legislación del Estado donde se sitúa la concesión, independientemente de la nacionalidad de los promotores o adjudicatarios. Debido a que con frecuencia a las licitaciones se presentan consorcios formados por varias empresas que tienen personalidad jurídica distinta, la sociedad concesionaria será una nueva sociedad cuyos socios son los que formaron el consorcio adjudicatario, ligados entre sí por algún tipo de vínculos anterior a la formación misma de la sociedad».

Más adelante, Rufián (2018: 83) agrega:

«Las razones para crear un vehículo específico para desarrollar un proyecto de concesiones son de variada naturaleza, pero básicamente son razones jurídicas relacionadas con los procesos de contratación pública; comerciales, para aislar las responsabilidades de la sociedad de las otras actividades de sus accionistas; y financieras, para facilitar el aislamiento de los flujos financieros de la sociedad relacionados con el proyecto».

En forma específica, el artículo 3 del derogado texto único ordenado (TUO) de las Normas con Rango de Ley que Regulaban la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos, aprobado mediante el Decreto Supremo 060-96-PCM, indicaba:

«Artículo 3.- Entiéndase por Concesión al acto administrativo por el cual el Estado otorga a *personas jurídicas* nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la Promcepri, por un plazo establecido» (las cursivas son mías).

Por otra parte, el artículo 5 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362, aprobado por el Decreto Supremo 240-2018-EF establece:

«Artículo 5.- Definiciones:

Los siguientes términos tienen los significados que a continuación se indican.

14. Inversionista: Es la persona jurídica que como resultado de participar en el proceso de promoción como proponente o postor, resulta adjudicatario de la buena pro, y suscribe el Contrato de APP o PA con la entidad pública titular del proyecto»

En la primera versión del contrato estándar de asociaciones público-privadas presentado por Proinversión, en noviembre de 2019, se indica como una nota al modelo lo siguiente:

«2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto Supremo 240-2018-EF, en este modelo de contrato estándar de asociación-público-privada se emplea el término Inversionista para referirse a la persona jurídica que como resultado de participar en el proceso de promoción como proponente o postor, resulta adjudicatario de la buena y suscribe el contrato de APP con la entidad pública titular del proyecto. El término inversionista podrá ser sustituido por concesionario, contratista, o cualquier otro término que resulte pertinente de acuerdo con el tipo contractual a ser implementado, el cual

deberá ser determinado por la entidad pública titular del proyecto con base a las especificidades del proyecto a ser desarrollado».

En nuestro país, la contraparte contractual es siempre una persona jurídica, a la que se denomina «sociedad», por lo que un consorcio o una asociación en participación no calificarían como tal en los términos de la LGS, a diferencia de lo señalado en la Ley de Contrataciones del Estado, en que se permite que el contratante sea adicionalmente una persona natural e incluso que integre un consorcio, tanto de personas naturales y/o jurídicas.

Esta diferencia encuentra su sustento en que la generalidad de los proyectos de gestión de servicios públicos y/o de desarrollo de infraestructura pública que son entregados por el Estado a un inversionista privado suponen altos niveles de inversión y financiamiento por parte de este último. Ello no necesariamente sucede en las relaciones contractuales que se realizan en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, pues, en aplicación de esta norma, el Estado se vincula con un agente privado para que este brinde desde la prestación de servicios individuales —para lo cual no existe necesaria justificación para exigir la presencia de una persona jurídica como contraparte del Estado— hasta la construcción de una infraestructura, lo cual nunca involucrará su gestión.

Otro factor que justifica la existencia de una persona jurídica en calidad de sociedad es que este tipo de contratos constituyen relaciones jurídicas de largo plazo, en las que difícilmente pueda responder una persona natural en función de la temporalidad del proyecto.

3.4.2 El rol del operador

Según lo señalado, puede indicarse que el operador del contrato es un tercero que en algunos

casos forma parte de la estructura societaria de la empresa como especialista en las actividades propias del proyecto, a quien se le ha encargado determinadas actividades que requieren de una alta especialización técnica, para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato.

Es importante advertir la necesidad que se delimite en forma precisa en los contratos, el rol del operador y se diferencie su actuación con respecto del asesor. Se han presentado casos en los que, por una deficiente regulación del contrato, se ha confundido el rol del operador con el asesor. Ello es de vital importancia, pues la figura del operador es esencial para el desarrollo del proyecto, a diferencia del asesor que es sustituible.

Cuando no se entiende bien la figura del operador, se pueden presentar complicaciones en la ejecución del contrato, pues el operador es el sujeto que concentra la especialización para el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales.

El tema es muy sensible, pues no basta identificar al contrato como un simple negocio económico-financiero en el cual solo sea necesario tener recursos disponibles para la ejecución del proyecto, sino también es importante que se tenga un operador especializado para el desarrollo y cumplimiento del objeto del contrato.

No es extraño, por ello, que en gran parte de los proyectos sometidos a las reglas de APP en general y de los contratos modales, se exija la participación de un operador especializado que nos garantice que la ejecución del proyecto está en manos de una organización acreditada en el desarrollo de las actividades involucradas. No basta, pues, en este tipo de proyectos asegurar el financiamiento del mismo.

En contraposición al rol del operador, nos encontramos con la figura del asesor. Este últi-

mo no es parte de la relación contractual y no forma parte de la calificación efectuada para la selección del adjudicatario de la buena pro. En consecuencia, su admisión, permanencia y sustitución, por otro de iguales o mejores condiciones, no afecta la ejecución del contrato. Una situación distinta se presenta en el operador, cuya participación es intrínseca al contrato y que, usualmente, integra la estructura de la sociedad como una exigencia indispensable para la celebración y ejecución del contrato.

3.4.3 La participación de los organismos reguladores

Los organismos reguladores no son parte de la relación jurídica que nace del contrato. Sin embargo, producto de la redefinición de los roles del Estado, se encuentran facultados legal y contractualmente para incidir de manera intensa y permanente durante la ejecución de este. Ello no los habilita a suscribir el contrato en calidad de partes contratantes.

No se puede admitir, entonces, que los organismos reguladores celebren contratos derivados de los procesos de promoción de la inversión privada, pues formalmente estas entidades han sido creadas para fines y propósitos específicos. En rigor, no pueden ser reconocidos como partes contratantes (o en materia de solución de controversias como partes signatarias). Tampoco es válido admitir su reconocimiento como partes no signatarias para posibilitar su intervención en los procesos arbitrales. Lamentablemente, este último supuesto ha sido recogido en la legislación peruana, por el artículo 56.3 del Decreto Legislativo 1362.

Se puede afirmar con Tassano (2016:111) que:

los organismos reguladores se crean, además, para garantizar un marco institucional de seguridad y estabilidad en las reglas de juego y la inversión. En esa línea, su éxito dependerá del

entendimiento de las relaciones entre la estructura del mercado, el diseño de las reglas y los requerimientos institucionales.

Desde un punto de vista funcional, se puede entender que la función regulatoria se manifiesta en dos componentes que sustentan su actuación. Por una parte, se encuentra el componente económico, a través del cual la regulación se encarga, principalmente, de regular las actividades económicas que se concentran en monopolios. Así, ante la ausencia de un equilibrio natural proporcionado por la competencia, la Administración Pública (a través de los organismos reguladores) interviene e impone reglas que permitan regular el poder económico que se concentra en grupos determinados. Por otra parte, existe un componente social que es también resguardado por la función regulatoria. Se entiende, en este último caso, que en el desarrollo de las actividades económicas se generan consecuencias directas o indirectas en otros bienes jurídicos protegidos por el Estado, siendo la función regulatoria la que protege el bienestar de los ciudadanos que pueden verse afectado con estas actividades.

En nuestro país, la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley 27332, en su artículo 2, refiere la naturaleza de los organismos reguladores. Indica:

«Artículo 2.- Naturaleza de los organismos reguladores

Los organismos reguladores a que se refiere el artículo precedente son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera».

Si bien en el referido artículo se precisa que las citadas entidades son organismos públicos descentralizados, la Sexta Disposición Transi-

toria de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley 29158, señala que toda referencia a estos organismos se entenderá referidas a las entidades públicas ejecutoras o especializadas, según corresponda. En concordancia con ello, el artículo 31 de la citada ley, señala que los organismos reguladores constituyen organismos públicos especializados.

En el artículo 32 de la Ley 29158, se establece, igualmente, que los organismos reguladores se crean para actuar en ámbitos especializados en el mercado o para garantizar el efectivo funcionamiento de los mercados no regulados.

Asimismo, el artículo 3 de la Ley 27332 establece las funciones que asumen los organismos reguladores en los ámbitos de su competencia, siendo estas las siguientes: a) función supervisora, b) función reguladora, c) función normativa, d) función fiscalizadora y sancionadora, e) función de solución de controversias y f) función de solución de reclamos de los usuarios. Así, el artículo citado establece:

«Artículo 3.- Funciones

3.1. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los organismos reguladores ejercen las siguientes funciones:

- a) Función supervisora: Comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el organismo regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisada;
- b) Función reguladora: Comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito;
- c) Función normativa: Comprende la facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos

- de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;
- d) Función fiscalizadora y sancionadora: Comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;
- e) Función de solución de controversias: Comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre estas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y,
- f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan».

En el modelo peruano de promoción de la inversión privada, se debe distinguir el rol que cumplen las entidades a cargo de la promoción de la inversión, como Proinversión y los ministerios en el caso del Gobierno nacional, con respecto al rol que le compete desarrollar a los organismos reguladores. En efecto, las agencias de promoción se encargan de encaminar los procesos de promoción de este tipo de inversiones. Para ello, es necesaria la coordinación con diversas entidades de la administración pública, entre las cuales necesariamente se encuentran los organismos reguladores.

Las atribuciones de los organismos reguladores se observan en las etapas previas al contrato y/o la inversión, la etapa de ejecución contractual y/o ejecución de las inversiones, y la etapa de posinversión durante la vigencia de los contratos de promoción de la inversión privada.

En realidad, los organismos reguladores surgen como consecuencia del nuevo rol del Estado, en el que se manifiesta la intervención administrativa sobre las relaciones de los particulares, para controlar el poder derivado de una situación de

monopolio natural y de corregir las externalidades que influyen en los costes de la actividad que no estén directamente relacionados con la misma. No obstante, no existe justificación legal para otorgarles la condición de parte contratante.

4. REQUISITOS EXIGIBLES A LAS SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECIAL

4.1. La SPE debe tener un objeto social exclusivo

A diferencia de las sociedades anónimas tradicionales que contemplan un estatuto abierto y general para el desarrollo de todo tipo de actividades, en el caso de las SPE se debe exigir una «exclusividad» del objeto social, para dotar a este tipo de organizaciones de un sentido de especialidad y delimitación de sus operaciones. Igualmente, ello nos sirve para facilitar los mecanismos de supervisión del contrato por parte de los organismos reguladores.

No resulta un tema adjetivo la exigencia de contar con un objeto exclusivo por parte de una SPE. En realidad, ello es una consecuencia del conjunto de derechos y obligaciones a las que se ha comprometido el inversionista, de modo tal que, en principio, solo se deberían realizar a través de la SPE aquellas actividades que son propias del giro u objeto social.

Según lo señalado, el objeto social de la SPE deberá indicar en forma específica y concreta su rol en el contrato a efectos de delimitar el ejercicio de sus respectivos derechos y obligaciones. Por ello, es importante que se obligue a que la SPE incorpore, en su denominación, su calidad de contraparte del respectivo contrato celebrado con el Estado, para cuyo efecto se agregará a su denominación un nombre que permita identificarla con certeza, como una sociedad de propósito especial.

En el supuesto de no establecerse un objeto social específico por parte de la SPE, se puede terminar generando una distorsión en el desarrollo de sus actividades y, lo que es más grave aún, una afectación de sus flujos económicos.

Ello no quiere decir que la SPE se encuentre limitada en el desarrollo de diversas actividades. Por el contrario, en la medida en que el propio estatuto lo permita y se tenga claramente determinado el objeto de la SPE, es posible desarrollar otras actividades como los medios que sirvan para alcanzar el objeto social establecido para el desarrollo del proyecto. Lo importante es que, a través de un adecuado control de sus flujos, la administración de los ingresos propios del giro del negocio, así como de la aplicación de reglas de contabilidad regulatoria, no se termine afectando el funcionamiento de la SPE.

En la medida en que el cumplimiento del objeto social de la SPE se encuentre claramente establecido, es viable que se desarrollen actividades accesorias o complementarias, siempre y cuando estas actividades no se confundan o generen subsidios cruzados con otras, pues ello afectaría el giro del negocio. De ocurrir este último supuesto, se podrían generar problemas de gestión en la SPE y generar las alertas regulatorias sobre el proyecto.

La exigencia de un objeto social exclusivo en el caso de las SPE no es un tema ajeno en la legislación nacional. Por ejemplo, en el caso de las empresas de intermediación laboral, las administradoras de fondos de pensiones (AFP) o en el caso de las entidades bancarias y financieras, la ley exige que este tipo de sociedades se constituyan bajo la forma de sociedad anónima y tengan un objeto social exclusivo.

En la primera versión del contrato estandarizado de APP presentado por Proinversión en noviembre de 2019, se establece, en el numeral 6.1.b, como un requisito a cumplir por el inversionista a la fecha del cierre comercial, que el estatuto de la sociedad contenga como mínimo:

«6.1. Requisitos del inversionista

[...]

i. El objeto social se debe circunscribir exclusivamente a la ejecución del objeto del contrato».

4.2. La adopción por parte de la SPE de una de las formas societarias reguladas en la Ley General de Sociedades

En nuestro ordenamiento jurídico la sociedad anónima suele ser la forma más utilizada para la constitución de una SPE. La LGS le dedica uno de sus cinco libros, estableciendo en forma adicional dos formas especiales, como las sociedades anónimas abiertas y las sociedades anónimas cerradas.

Según Hundskopf (2021: 48),

estas modalidades especiales pertenecen en realidad a una sola forma societaria buscando con ello una mayor versatilidad y adecuación. Se resalta en algunos casos su carácter personalista a través de las sociedades anónimas cerradas o familiares, con limitaciones a la libre transferencia de acciones (entre otras características), y en otros casos, se establece una preponderancia meramente capitalista donde la *affectio societatis* se ve relegada para realizar de forma más rápida su transacción en el mercado bursátil, que es lo que ocurre con las sociedades anónimas abiertas.

En el esquema general de la sociedad anónima ordinaria y de las dos formas especiales establecidas por el legislador, no se advierte que la LGS nos otorgue respuestas definitivas con respecto a las dificultades que se nos presentan para la constitución y funcionamiento de la SPE. En efecto, la sociedad anónima abierta se encuentra diseñada para ser una cabal ex-

presión de una sociedad de capitales y, en este contexto, debería ser la forma societaria más adecuada para canalizar el funcionamiento de una SPE. Sin embargo, la realidad nos demuestra que la SPE no opera como una típica sociedad de capitales, en la medida en que existen obligaciones que se deben cumplir debido a la singularidad de sus actividades.

Por otra parte, la sociedad anónima cerrada no encaja en forma natural en el espacio diseñado para el desarrollo de una SPE, pues por mandato legal se encuentra excluida del mercado de valores, y a lo cual se le debe agregar la existencia de restricciones con respecto al número de socios, a la libre transferencia de las acciones y a otros supuestos, todo lo cual nos acerca más a la lógica de una sociedad de personas.

En el Perú, el diseño de la LGS permite la constitución de un modelo general u ordinario de sociedad anónima, a la cual es posible aplicar las disposiciones contenidas del artículo 50 al 233 de esta ley. Asimismo, contempla la existencia de dos formas o modalidades especiales de sociedades anónimas, como la sociedad anónima abierta y la sociedad anónima cerrada.

En aplicación del principio de autonomía de la voluntad de los socios fundadores de una sociedad y siempre que ello no se encuentre limitado en las bases administrativas y en las estipulaciones contractuales, es factible constituir una SPE que opere bajo supuestos distintos a los requisitos establecidos, tanto para la sociedad anónima abierta como para la cerrada.

En tal sentido, se deberá cumplir con las formalidades previstas en las disposiciones generales exigidas para toda sociedad regulada por la LGS y con las regulaciones propias de las sociedades anónimas.

4.3. La sociedad debe estar sometida a la legislación nacional

La SPE deberá ser constituida en el Perú y someterse al ordenamiento jurídico nacional y a los tribunales y leyes del Perú.

En las bases aplicables a los procedimientos de selección, deberá obligarse a que la SPE se encuentre sometida a la legislación peruana.

La razón que justifica el sometimiento a la legislación no solo se asocia al carácter administrativo de los contratos que se celebran entre el Estado y la SPE, sino al hecho de que la operación contractual se sustenta en la gestión indirecta de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos cuya titularidad es del Estado peruano.

4.4. La SPE debe constituirse en una nueva organización empresarial

Para el inicio efectivo de las actividades de la SPE, será indispensable constituir una sociedad anónima según la LGS.

Se ha afirmado que la SPE deberá adoptar cualquiera de las formas aplicables a la sociedad anónima reguladas en la LGS, con los requisitos que caso por caso en función de los proyectos se exigen a los inversionistas en las bases y en los respectivos contratos de promoción de la inversión privada.

En tal sentido, la organización de la sociedad deberá seguir las reglas previstas en la LGS, que, en el caso del Perú, adopta un modelo estandarizado de sociedad anónima y dos formas especiales de aquella, como la sociedad anónima abierta y la sociedad anónima y la sociedad anónima cerrada.

En el presente artículo nos concentraremos en el análisis de las dos formas especiales que se

regulan en la LGS, pues es precisamente en estos supuestos en los que tenemos mayores dificultades para la constitución y funcionamiento de la SPE.

La sociedad anónima abierta

Según el artículo 249 de la LGS, existen requisitos formales para la constitución de una sociedad anónima abierta.

Este tipo de sociedades se concibe para sociedades de participación masiva en su accionariado y tiene una gran incidencia de mecanismos de control externos, fundamentalmente de parte de la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV). En tal sentido, según el artículo 249 de la referida LGS, la sociedad anónima es abierta si se cumplen previamente con una o más de las siguientes condiciones:

1. Hizo oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones.
2. Tiene más de 750 accionistas.
3. Más del 35 % de su capital pertenece a 175 o más accionistas, sin considerar dentro de este número aquellos accionistas cuya tenencia accionaria o individual no alcance al dos por mil o exceda del 5 % del capital.
4. Se constituye como tal.
5. Todos los accionistas con derecho a voto aprueban por unanimidad la adaptación a este régimen.

Entre las normas propias de la sociedad anónima abierta, pueden destacarse:

- El derecho de concurrencia a la junta: Solo participan en la Junta General los accionistas con acciones con derecho a voto cuyas acciones están inscritas en la sociedad anónima abierta con diez días de anticipación (artículo 256 de la LGS).
- Quórum y convocatoria: El quórum de la sociedad anónima abierta para las juntas es, en primera convocatoria, el 50 % de acciones suscritas con derecho a voto. En segunda será de 25 % y en tercera convocatoria será cualquier número. Los acuerdos se adoptan por la mayoría de las acciones presentes; sin que sea posible exigir un quórum mayor o mayorías más altas (artículo 256 de la LGS).
- Estipulaciones no válidas: No son válidas las estipulaciones del pacto social o del estatuto de la sociedad anónima abierta que contengan:
 1. Limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones.
 2. Cualquier forma de restricción a la negociación de las acciones.
 3. Un derecho de preferencia a los accionistas de la sociedad para adquirir acciones en caso de transferencia de estas (artículo 254 de la LGS).
- Aumento de capital sin derecho preferente: Pueden acordarse aumentos de capital por nuevos aportes, suprimiendo el derecho de suscripción preferente siempre que el acuerdo cumpla con los requisitos legales y cuente con el voto del 40 % de las acciones con derecho a voto (el porcentaje puede ser menor si las acciones creadas sean objeto de oferta pública), y que al acuerdo no está

destinado a mejorar directa o indirectamente la posición accionaria de algún o algunos accionistas (artículo 259 de la LGS).

- Auditoría externa anual: A diferencia de la sociedad anónima cerrada, en que la auditoría es facultativa, este tipo de sociedad se encuentra sujeta a auditoría externa anual obligatoria (artículo 260 de la LGS).
- Derecho de información fuera de la junta: Deberá proporcionarse la información que le soliciten, fuera de junta, los accionistas que representen no menos del 5 % del capital pagado, siempre que no se trate de información reservada o de asuntos cuya divulgación pueda ocasionar daño a la sociedad (artículo 261 de la LGS).
- Derecho de separación: Los accionistas tienen derecho a separarse si no votaron a favor del acuerdo para excluir sus acciones de Registro Público del Mercado de Valores (artículo 262 de la LGS).
- Tiene una estructuración simple con determinados matices propios de las sociedades de personas.
- El capital social se concentra en un número reducido de accionistas, para fomentar un adecuado control de la organización.
- Requiere la presencia de un número de accionistas no menor de dos y no mayor a veinte y no tener acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores.
- Existe un derecho de adquisición preferente, salvo que exista una disposición contraria en el estatuto.
- La existencia de un directorio es opcional, pudiendo operar sin este órgano.
- Las funciones del directorio pueden ser transferidas a la gerencia general.
- La decisión de contar o no con directorio dependerá en el fondo del número de accionistas que conformen la sociedad.
- El estatuto puede contemplar otras causales de exclusión de los socios distintas o complementarias a las previstas en la LGS.
- Se puede establecer estatutariamente la necesidad que la sociedad autorice la transferencia de acciones a terceros.
- Se puede limitar la representación de un accionista a otro o a su cónyuge o ascendiente o descendiente del primer grado (opción muy común en el caso de las sociedades familiares).
- Las convocatorias a juntas pueden efectuarse por medios distintos a la publicación en diarios.
- Se contempla la posibilidad de que existan juntas no presenciales que operan como los directorios no presenciales.

La sociedad anónima cerrada

El artículo 234 de la LGS establece puntualmente:

La sociedad anónima puede sujetarse al régimen de la sociedad anónima cerrada cuando tiene no más de veinte accionistas y no tiene acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores. No se podrá solicitar la inscripción en dicho registro de las acciones de una sociedad anónima cerrada».

De optarse por un modelo de sociedad anónima cerrada, se deberá tomar en cuenta al margen de los aspectos operativos inherentes a esta sociedad, que existe un límite formal o tope de asociados, que en el presente caso no pueden exceder de veinte.

Es importante señalar que este tipo de sociedad se caracteriza por los siguientes aspectos.

- Se regula la transferencia de acciones en el caso de sucesión, previa determinación del estatuto o pacto social del régimen de transferencia a favor de los socios sobrevivientes.
- El derecho de separación procede cuando el socio no ha votado a favor de las limitaciones de las acciones o del derecho de adquisición preferente.
- El pacto social, estatuto o el acuerdo de la Junta General adoptado con el 50 % de las acciones suscritas con derecho a voto puede disponer la realización de una auditoría externa anual.

4.5. Los límites a los procesos de reorganización empresarial

Es importante señalar que cuando nos referimos a la constitución de una SPE, no solo nos estamos refiriendo a una sociedad específicamente creada luego de la adjudicación de la buena pro, sino también a una nueva sociedad que sea consecuencia de alguna de las formas de reorganización previstas en la LGS.

En efecto, la premisa fundamental es que la SPE no tenga antecedentes o historia previa. No obstante, en la realidad se nos presentan una serie de supuestos en los que no ocurre ello.

Por otra parte, en lo que respecta a las diversas modalidades de reorganización reconocidas en la LGS, habría que analizar cada modalidad prevista en este cuerpo legal.

La LGS regula las siguientes formas de reorganización empresarial:

- Transformación (artículo 333 y siguientes).
- Fusión (artículo 344 y siguientes).
- Escisión (artículo 367 y siguientes).

- Otras formas de reorganización (artículo 391 y siguientes).

Ahora bien, en el caso de las diversas modalidades de reorganización reconocidas en la LGS, se nos plantea la interrogante de verificar si uno o más de las modalidades previstas en este cuerpo legal es compatible con los objetivos y fines que persiguen las SPE.

La LGS regula las siguientes formas de reorganización empresarial:

- Transformación (artículo 333 y siguientes).
- Fusión (artículo 344 y siguientes).
- Escisión (artículo 367 y siguientes).

A continuación, se evaluará qué implicancias se pueden derivar con respecto a la constitución de una SPE en la que se cuente con la participación de sociedades que hayan sido producto de acciones previas de reorganización, en el entendido que las SPE requieren de sociedades sin historia previa.

4.5.1 En el caso de la transformación societaria

La transformación de una sociedad se encuentra vinculada al cambio de la forma utilizada para su funcionamiento, pero, tal como lo refiere Salas (2017: 155), no afecta ninguna característica esencial de la sociedad. Así, se mantienen los derechos y obligaciones de la sociedad original, a pesar de la adopción de una nueva forma societaria. En consecuencia, para la ejecución de un proyecto de obras públicas de infraestructura y de servicios, puede ser perjudicial que se utilice a una persona jurídica ya existente para el desarrollo de las operaciones a futuro del proyecto.

No se debe olvidar que el objetivo que se encuentra inmerso en la constitución de una SPE

es el de contar con una persona jurídica nueva con «cero pasivos», para desarrollar la ejecución de un proyecto. En este supuesto, se trata de contar con una sociedad nueva y no una preexistente, la cual deberá celebrar el contrato con el Estado. A partir de esta relación jurídica que se puede calificar como «nueva», se establecerán un conjunto de derechos y obligaciones entre las partes contratantes.

Según lo señalado, el artículo 333 de la LGS regula diversos supuestos de transformación, a saber.

- La posibilidad de que una sociedad regulada por la LGS adopte cualesquiera de las otras formas previstas en la referida ley.
- La posibilidad de que una sociedad regulada por la LGS adopte la forma de cualquier otra persona jurídica contemplada en las leyes del Perú, lo cual podría habilitar la transformación de una sociedad en otros tipos no regulados en la LGS.
- La posibilidad de que cualquier persona jurídica constituida en el Perú (que no tenga necesariamente uno de los tipos previstos en la LGS) adopte una de las formas societarias reguladas por la LGS.

En forma complementaria, los artículos 394 y 395 de la LGS establecen, a decir de Elías (2015: 359), dos formas nuevas y modernas de transformación, como es el caso de a) la reorganización de sociedades constituidas en el extranjero y b) la reorganización de sucursales de sociedades constituidas en el extranjero.

En opinión de Elías (2015: 359), los procesos de transformación no constituyen un simple cambio de tipo societario, sino que ellos en sí mismos considerados implican cambios en la naturaleza de la persona jurídica transformada.

El gran debate que se ha suscitado entre los especialistas de esta materia es verificar qué ocurre en los supuestos en los que se transforma una persona jurídica a una forma o tipo societario que resulte incompatible con la persona jurídica originalmente constituida.

Para el presente artículo, nos interesa resaltar si los derechos y obligaciones de la persona jurídica original se transmiten en el escenario de una transformación societaria a una SPE.

Coincidimos con el razonamiento de Elías (2015: 363), en el sentido que la transformación de una persona jurídica no implica el cambio de personalidad de esta, pero sí produce un conjunto de impactos en la nueva sociedad. No se trata, pues, solo de un cambio formal como se pretende señalar, sino que ello repercute en las diversas relaciones entre los socios o entre la sociedad y terceros, en la responsabilidad de los socios o en otros aspectos del funcionamiento de la sociedad.

Estos aspectos se encuentran reconocidos del artículo 334 al 343 de la LGS, en los cuales se reconocen los diversos efectos de la transformación societaria. Así, se advierte la necesidad de contar con una SPE expresamente constituida para efectos de la ejecución de un proyecto y de no utilizar a empresas sometidas a transformación societaria en la medida en que subsiste el riesgo de asumir un conjunto de obligaciones preexistentes de la persona jurídica transformada.

4.5.2 En los casos de fusión societaria

En lo que respecta a los procesos de fusión, es también posible identificar las siguientes precisiones:

En principio, según el artículo 344 de la LGS, por la fusión «dos o más sociedades se reúnen

para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos esta ley».

Desde un punto de vista jurídico, la fusión adopta las siguientes formas:

1. La fusión de dos o más sociedades para constituir una sociedad incorporante, hecho que origina la extinción de la personalidad jurídica e las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque, y a título universal de los patrimonios fusionados a la nueva sociedad.
2. La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente que origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal y en bloque, los patrimonios de las absorbidas.

En ambos casos, los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso.

Tal como se puede advertir, en ambos supuestos de fusión, sea por incorporación o por absorción, existen derechos y obligaciones que se trasladan a la sociedad incorporante o absorbente, hecho que no guarda compatibilidad con las características de sociedades sin historia que se requieren para el caso de las SPE.

En el caso de la fusión por incorporación contemplada en el artículo 344.1 de la LGS, pese a que la personalidad jurídica de las empresas que se fusionan se extingue, por mandato expreso de la ley, sus derechos y obligaciones se transfieren a la sociedad incorporante.

En el segundo caso previsto en el numeral 344.2 de la LGS, ocurre exactamente lo mis-

mo en los casos de fusión por absorción, pues aun cuando no se crea o constituye una nueva persona jurídica, tanto la sociedad como las sociedades absorbidas se extinguen, pero transfieren sus derechos y obligaciones a la sociedad absorbente. Por ello, consideramos que este supuesto de fusión tampoco facilitaría la constitución de una SPE.

4.5.3 En los casos de escisión de sociedades

Los procesos de escisión se encuentran regulados en el artículo 367 y siguientes de la LGS. Por ello, es posible que nos encontremos ante diversos supuestos en los cuales la constitución de una nueva sociedad podría eventualmente ser utilizado para el caso de una SPE.

En efecto, ello ocurre si una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, cumpliendo con los requisitos establecidos por ley.

La escisión adopta dos modalidades:

- La división de la totalidad del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques patrimoniales que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades ya existentes o ambas cosas a la vez.
- La segregación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que no se extingue y que los transfiere a una o más sociedades, o son absorbidos por sociedades existentes o ambas cosas a la vez.

En el caso de escisiones de una sociedad, tanto por división como por segregación, cabe la constitución de una sociedad siempre y cuando ella sea una nueva sociedad.

En términos operativos el trámite de modi-

ficación y en su caso de constitución de una nueva sociedad requieren una adaptación forzosa a la LGS.

No cabe, en este sentido, que se proceda a reorganizar ninguna sociedad para que pueda participar como SPE.

4.6. La exigencia de un capital mínimo

En muchos ordenamientos jurídicos, la exigencia de un capital mínimo es utilizada como una forma de desincentivar a los negocios o inversiones promovidos por pequeños empresarios.

En este sentido, el establecimiento de un monto mínimo de capital social genera un efecto disuasivo para los negocios pequeños que pretender utilizar la forma de una sociedad anónima. Sin embargo, en el caso de las SPE se justifica la necesidad de contar con un capital social mínimo para el desarrollo de operaciones por parte de SPE como una garantía frente a terceros. Para ello, se puede plantear que el capital mínimo de la sociedad no sea inferior a un porcentaje de la inversión a desarrollar.

En el caso del Perú, no se exige para la constitución de sociedades sometidas al régimen de la LGS, un capital mínimo. Esta exigencia se impone por mandato legal para determinados tipos de sociedades. En las SPE, esta exigencia se impone caso por caso en función del proyecto.

Es evidente que el monto del capital es un elemento fundamental de la sociedad y nos indica la importancia de esta. Sin embargo, el monto del capital no define la propia estructura interna u organizativa de la sociedad. En realidad, el monto del capital termina siendo un tema indistinto en cualquier tipo de sociedad. Sin embargo, en el caso de la SPE es relevante, por ser parte de los compromisos y seguridades que debe ofrecer el inversionista al Estado.

En la primera versión del contrato estandarizado de APP presentado por Proinversión en noviembre de 2019, se establece en el numeral 6.1.b como un requisito a cumplir por el inversionista a la fecha del cierre comercial que el estatuto de la sociedad contenga como mínimo:

«Requisitos del inversionista

[...]

d. Acreditar un capital social mínimo de (---), el cual deberá estar íntegramente suscrito y pagado un (---) por ciento y el restante deberá ser pagado conforme al cronograma siguiente:

[...]».

4.7. La existencia de un plazo mínimo para el funcionamiento de la SPE

En términos formales el plazo de duración de una sociedad puede ser de carácter determinado o indeterminado. Sin embargo, en el caso de una SPE ello no es así.

En tal sentido, en el estatuto de la SPE se debe establecer que el plazo de la sociedad no debe ser menor o inferior al periodo del contrato celebrado entre las partes. En el supuesto en que se establezca un plazo determinado para su funcionamiento, la SPE deberá constituirse por un plazo mínimo similar a la duración del proyecto. En tal sentido, se debe exigir que el adjudicatario de la buena pro constituya una SPE en los plazos que establezcan las bases administrativas.

4.8. La participación en el accionariado de la SPE de los adjudicatarios de la buena pro

Un tema de vital importancia es que los adjudicatarios de la buena pro, ya sea en forma individual o colectiva, no necesariamente se deben comprometer con integrar el capital social de la SPE al 100 %. Tal como se ha expuesto, el *project finance* nos permite contar

con otros tipos de financiamiento específicos para el desarrollo del proyecto. No obstante, y a efectos de no generar distorsiones en la gestión de la futura SPE, sobre todo en los supuestos de verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos de carácter técnico, económico y financiero, se puede exigir la participación de las empresas adjudicatarias de la buena pro del proyecto, en un porcentaje específico del accionariado de la SPE.

Tampoco existe objeción a la posible participación en el accionariado de la SPE, de parte de entidades sin fines de lucro, como las asociaciones civiles, fundaciones u otros tipos de personas jurídicas.

En tal sentido, no debería existir ningún impedimento para que personas jurídicas, con fines de lucro o sin ellos, puedan ser accionistas de la SPE, pues existe una diferencia entre los fines propios de una organización sin fines de lucro y los medios empleados para la realización de estos fines.

4.9. La disolución de la SPE

Según el artículo 407 de la LGS, hay diversas causales de liquidación de una sociedad.

Por ejemplo, el artículo 407.1 de la LGS establece como causal de disolución, el vencimiento de plazo de duración de la sociedad. Es decir, en los supuestos en los que el estatuto de una SPE establezca que esta tenga un plazo similar al periodo materia del contrato, ello implicará una causal de disolución de pleno derecho.

En rigor, el procedimiento de disolución a seguir se encuentra en principio regulado por las disposiciones establecidas en la LGS. Sin embargo y tal como se viene proponiendo en el presente documento, es necesario establecer algunas precisiones que garanticen la

continuidad de funcionamiento del proyecto, incluso más allá del periodo del contrato celebrado entre las partes.

Es indispensable que se regulen los supuestos en los que la SPE se deberá disolver por las causales previstas en la LGS. En el contexto descrito, estas medidas deberán ser comunicadas previa y simultáneamente al regulador y a la entidad estatal contratante.

4.10. La cesión de posición contractual de la SPE

Como se ha señalado, debe existir límites para la cesión de la posición contractual de la SPE. Ello encuentra su justificación en el carácter *intuitu personæ* de los contratos derivados de los procesos de promoción de la inversión privada.

Usualmente, se reconocen en el derecho societario a dos grupos de sociedades: las sociedades de personas o sociedades civiles y las sociedades de capitales.

Existen sendas diferencias entre uno y otro grupo de sociedades. Para el presente artículo, se destaca la libre transferencia de las participaciones o acciones que forman parte del capital de las sociedades.

En las sociedades de capitales, la regla es la libre transferencia de las acciones, sin mayores formalidades que la comunicación de esta decisión a la sociedad para su respectiva inscripción en el Libro de Matrícula de Acciones. Este fenómeno no debería ser de aplicación para el caso de las sociedades de personas, en las que el capital de la sociedad se encuentra representado en participaciones, las cuales tienen requisitos para la transferencia de las participaciones a los demás socios, así como a la propia sociedad, y en defecto de aquellos, para ser ofertados a terceros.

En las acciones de la SPE, se advierte que, pese a constituirse en una típica sociedad de capitales bajo las formas establecidas en la LGS, se debe establecer reglas para la libre transferencia de acciones o, en su caso, para los supuestos de cesión posición contractual. Así, se puede constatar que, a pesar de que la sociedad anónima se encuentra configurada como una típica sociedad de capitales para el caso de las SPE, esta característica está atenuada por las restricciones existentes a la libre transferencia de las acciones que forman el capital social o en los supuestos de cesión de posición contractual. Ello no hace sino confirmar la premisa que venimos sosteniendo, en el sentido que la SPE, en el ámbito de los proyectos de infraestructura y de servicios públicos, escapa a las reglas generales de las diversas formas societarias establecidas en la legislación nacional.

El fundamento de esta postura restrictiva se encuentra en los contratos derivados de los procesos de promoción de la inversión privada, en que nos encontramos ante relaciones jurídicas de carácter *intuitu personæ*, en que la condición del sujeto parte que contrata con el Estado se debe mantener durante la vigencia del proyecto. Así, cualquier modificación del estatus del sujeto con el que contrata el Estado (novación subjetiva) o de la prestación (novación objetiva) debe estar sometida a la aprobación de la contraparte contractual y, en su caso, a la opinión previa de los organismos reguladores.

En la medida en que el objeto de la SPE está definido *ex ante*, y ha sido un elemento esencial para la selección del adjudicatario de la buena pro, que luego debe suscribir como persona jurídica el respectivo contrato, es evidente que esta SPE se encuentra obligada al cumplimiento de actividades en función del contrato celebrado con el Estado en su condición de contraparte contractual.

En función de la forma societaria que se establezca para el funcionamiento de la SPE, se pueden establecer limitaciones específicas para los accionistas y para el funcionamiento de la propia sociedad. En tal sentido, no se debería constituir una SPE como resultado de procesos de transformación, fusión y/o escisión societaria, sea cual fuere la modalidad utilizada. Asimismo, la SPE se debería encontrar prohibida durante el periodo de ejecución del proyecto, de transformarse en cualquier otro tipo de persona jurídica distinta a una sociedad anónima.

CONCLUSIONES

- En el modelo peruano, el Decreto Legislativo 1362 establece un régimen de atipicidad contractual para los casos de los contratos de APP. A partir de ello, se cuenta con un tipo genérico de contrato, en el que una de las partes es el Estado representado por las entidades de los distintos niveles de gobierno, y una sociedad especialmente constituida para fines del proyecto, la cual se somete a la regulación establecida por la Ley General de Sociedades.
- En los procesos de promoción de la inversión privada que concluyen en la celebración y ejecución de sendos contratos de APP bajo diversas modalidades, se advierte actuaciones directamente vinculadas entre sí, como la convocatoria a un procedimiento especial de selección, un acto administrativo de otorgamiento al adjudicatario de la buena pro de un título habilitante para el desarrollo de un proyecto y, finalmente, la celebración de un contrato entre el Estado y un inversionista que adopta la forma de una sociedad regulada por la Ley General de Sociedades.

- El *project finance* es un mecanismo especial de financiamiento de proyectos que, a diferencia de otras formas de obtención de recursos como el *corporate finance*, exige la constitución de una persona jurídica con características propias, como las SPE. En el contexto descrito, en los contratos de APP, se establece la obligación de parte de los inversionistas de constituir una nueva persona jurídica para la ejecución del proyecto.
- La necesidad de constituir una SPE se deriva de la propia naturaleza de los proyectos sometidos a esquemas de *project finance*, en que se requiere contar con una persona jurídica nueva y que se constituya para efectos exclusivos de la ejecución del proyecto. Esta es, finalmente, la sociedad que celebra en nuestro país el respectivo contrato de APP y que, por ende, asume los derechos y obligaciones del contrato.
- En la medida en que existe una clara y objetiva identidad de los sujetos partes de la relación contractual que establece el Estado con las sociedades creadas para el desarrollo de un proyecto, no es posible admitir la participación de los organismos reguladores como parte contratante (o signataria) de estos contratos o como partes no signataria de estos, como equivocadamente se ha dispuesto en el Decreto Legislativo 1362, pues ello distorsiona el rol que deben cumplir los organismos reguladores.
- El artículo 14 del Decreto Legislativo 1071, Ley de General de Arbitraje, no regula el supuesto de incorporación de terceros, como los organismos reguladores en el proceso arbitral, sino la participación de partes no signatarias. En realidad, se trata de un precepto legal que busca establecer que una parte que no celebró el convenio arbitral deba formar parte de este, en atención a su comportamiento. Sin embargo, los organismos reguladores no son parte de los contratos y, en atención a ello, no pueden suscribir los mismos ni constituirse en partes no signatarias del convenio arbitral, pues su rol e intereses en el contrato son distintos a los aplicables a las partes contratantes.
- En el Perú se ha optado por un modelo flexible de constitución y funcionamiento de las SPE en función de cada caso concreto y atendiendo a la envergadura y características propias de cada proyecto. Si bien esta opción es instrumentalmente válida, no se encuentra exenta de problemas, pues debe tomarse en cuenta que ello afecta la predictibilidad e igualdad de condiciones entre los distintos sujetos que son contrapartes contractuales del Estado.
- Es necesario establecer reglas mínimas para la adecuada constitución y funcionamiento de las SPE, en la medida en que ellas no necesariamente se adecúan en forma automática a las disposiciones establecidas en la Ley General de Sociedades. Por ello, se advierte la necesidad de adoptar criterios mínimos, vinculados al objeto social, el uso de las diversas formas societarias, la exigencia de capital mínimo, la sujeción de la SPE a la legislación nacional, las limitaciones aplicables a las acciones de reorganización empresarial, cesiones de posición contractual, entre otras.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Blanquer, D. (2012). *La concesión de servicio público*. Tirant lo Blanch.

- Cassagne, E. (2019). «El régimen de participación público-privado en Argentina». En: *Anuario Iberoamericano de Regulación. Hacia una regulación inteligente*, Universidad Externado de Colombia.
- Cassagne, J. C. (2020). *Derecho administrativo y derecho público general. Estudios y semblanzas*. Euros Editores.
- Elías, E. (2015). *Derecho societario peruano. La Ley General de Sociedades*. Gaceta Jurídica.
- ESAN (2018). *Project finance para proyectos de APP en el Perú: evaluación tributaria, contable y financiera*. Serie Gerencia para el Desarrollo 71.
- Fernández, J. M. (1996). *Régimen jurídico de las concesiones de carreteras en España. Un precedente para Chile*. Serie Documentos de Trabajo, 260, diciembre. Centro de Estudios Políticos.
- Hundskopf, O. (2021). «Derecho comercial». *Temas societarios*, tomo XX. Universidad de Lima.
- Pérez Hualde, A. (2017). *Concesión de servicios públicos*. Astrea.
- Proinversión (2019). *Primera versión del contrato estándar de asociación público-privada*. Proinversión.
- Rufián, D. (2018). *Manual de concesiones de obras públicas*. Fondo de Cultura Económica.
- Salas, J. (2017). «Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades». *Colección lo esencial del derecho*, número 25. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Tassano, H. (2016). «Competencia y regulación». *Derecho PUCP*, número 76, Lima.
- Valcárcel, P. (2006). *Ejecución y financiación de obras públicas. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*. Fundación Caixa Galicia. Centro de Investigación Económica y Financiera. Editorial Aranzadi, Navarra.

SOBRE EL AUTOR

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Administración Pública, máster en Contratación Pública y Estudios Completos de Maestría en Derecho Internacional Económico. Profesor de Derecho Administrativo en la PUCP y otras facultades de Derecho. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Profesores de Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación y de la Red Internacional de Bienes Públicos.

El procedimiento administrativo sancionador del Tribunal de Contrataciones y la gran ausencia del órgano instructor y de otras garantías menos favorables que las establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General

The Sanctioning Administrative Procedure of the Procurement Tribunal and the Great Absence of the Instructing Body and Other Less Favorable Guarantees than Those Established in the General Administrative Procedure Law

Victoria Raquel Pérez Aguilar

Universidad San Ignacio de Loyola

RESUMEN

El presente trabajo busca analizar la importancia del órgano instructor y de otras garantías en el procedimiento administrativo sancionador a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado desde un punto de vista administrativo y constitucional, según la Ley del Procedimiento Administrativo General y los criterios de diversas resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional.

Palabras clave: procedimiento administrativo sancionador, contrataciones con el Estado

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the importance of the existence of the instructing body, as well as other guarantees in the Sanctioning Administrative Procedure in charge of the State Procurement Court from an Administrative and Constitutional point of view, in application of what is established in the Law of General Administrative Procedure and the criteria of various Resolutions issued by the Constitutional Court.

Keywords: Sanctioning Administrative Procedure, Contracts with the State

Fecha de recepción:
5/4/2023

Fecha de aprobación:
4/5/2023

El presente trabajo busca analizar la importancia del órgano instructor y de otras garantías en el procedimiento administrativo sancionador a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado desde un punto de vista administrativo y constitucional, según la Ley del Procedimiento Administrativo General y los criterios de diversas resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional.

1. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Debemos recordar que la potestad sancionadora de la administración pública se sustenta en la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), específicamente en el Capítulo III del Título IV del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley 27444, capítulo que regula los principios, reglas y garantías aplicables en el procedimiento administrativo sancionador.

En relación con el procedimiento administrativo sancionador, el TUO de la LPAG señala, en su artículo 229, que las disposiciones en materia de procedimiento administrativo sancionador se aplican supletoriamente a los procedimientos establecidos en leyes especiales. Señalan, además, que la regulación de las normas especiales debe observar los principios de la potestad administrativa sancionadora establecidos en la LPAG, así como la estructura y las garantías previstas para el referido procedimiento (Guzmán Napuri, 2013: 734).

Se aprecia, entonces, cómo la LPAG establece la posibilidad de que existan normas especiales en relación con la potestad sancionadora. Así, encontramos disposiciones especiales al procedimiento administrativo sancionador, como la que corresponde a la Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225, que en su artículo 50, y del 257 al 270 del Reglamento de la Ley de

Contrataciones, regula la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado de la que nos ocuparemos en breve.

Aunque el procedimiento sancionador regulado por el TUO de la Ley 27444 establece en su artículo 247 numeral 247.2 que las disposiciones reguladas son de aplicación supletoria a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, como lo sería la Ley de Contrataciones del Estado, el mismo numeral en su parte *in fine* establece que los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en esta norma.

En relación con la estructura, principios y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador tenemos que la LPAG regula lo siguiente:

En cuanto a la estructura

En relación con la estructura del procedimiento sancionador, encontramos que el TUO de la Ley 27444 establece en el numeral 1 del su artículo 254 que se debe diferenciar entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción. En esta línea, el numeral 2 del artículo 248 señala que se debe establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas.

Verificamos entonces que, en clara discordancia con lo señalado en la LPAG, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, específicamente en el literal a) del artículo 260, establece que es el propio Tribunal de Contrataciones el encargado de realizar la evaluación correspondiente y, eventualmente, iniciar el procedimiento sancionador, si fuera el caso y aplicar la sanción correspondiente.

Lo señalado en el párrafo anterior implica que será el propio Tribunal de Contrataciones, a través de las diferentes salas que lo componen, el encargado de realizar todo el procedimiento sancionador, haciendo las veces de órgano instructor y órgano resolutor a la vez, situación que resulta ser una condición menos favorable al administrado, pues no podría garantizarse la imparcialidad, afectando así el principio del debido procedimiento.

En cuanto a las garantías y principios

En relación con las garantías y principios a respetar en el procedimiento administrativo sancionador, tenemos que la LPAG establece 11 principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora de las entidades públicas, entre los cuales encontramos al principio de legalidad¹, debido procedimiento², razonabilidad³, tipicidad⁴, irretroactividad⁵, concurso de infracciones⁶, continuación de infracciones⁷, causalidad⁸, presunción de licitud⁹, culpabilidad¹⁰, *non bis in idem*¹¹.

- 1 Legalidad. Solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.
- 2 Debido procedimiento. No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas
- 3 Razonabilidad. Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:
 - a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
 - b) La probabilidad de detección de la infracción;
 - c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
 - d) El perjuicio económico causado;
 - e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
 - f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
 - g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.
- 4 Tipicidad. Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía...
- 5 Irretroactividad. Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables...
- 6 Concurso de Infracciones. Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.
- 7 Continuación de infracciones. Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo...
- 8 Causalidad. La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.
- 9 Presunción de licitud. Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.
- 10 Culpabilidad. La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.
- 11 Non bis in idem. No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.

Estos principios se aplican, de manera adicional, a los principios generales previstos en el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley 27444, los que son: principio de legalidad¹², debido pro-

cedimiento¹³, impulso de oficio¹⁴, razonabilidad¹⁵, imparcialidad¹⁶, informalismo¹⁷, presunción de veracidad¹⁸, buena fe procedimental¹⁹, celeridad²⁰, eficacia²¹, verdad material²², participación²³, sim-

- 12 Principio de legalidad. Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas
- 13 Principio del debido procedimiento. Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo... La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.
- 14 Principio de impulso de oficio. Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias
- 15 Principio de razonabilidad. Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido
- 16 Principio de imparcialidad.- Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.
- 17 Principio de informalismo. Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.
- 18 Principio de presunción de veracidad. En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.
- 19 Principio de buena fe procedimental. La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental.
- 20 Principio de celeridad. Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.
- 21 Principio de eficacia. Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados. En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.
- 22 Principio de verdad material. En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas...
- 23 Principio de participación.- Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión.

plicidad²⁴, uniformidad²⁵, predictibilidad o de confianza legítima²⁶, privilegio y controles posteriores²⁷, ejercicio legítimo del poder²⁸, responsabilidad²⁹ y acceso permanente³⁰.

El principio que tomaremos como fuente de análisis para el desarrollo del presente trabajo será el de debido procedimiento, ya que este principio es el que exigiría a las entidades que desarrollen procedimientos especiales en el marco de su potestad sancionadora, a tener diferenciada y separada la fase instructora y la sancionadora, debiendo encomendar estas fases a autoridades distintas.

El principio del debido procedimiento, desde el punto de vista del derecho administrativo, lo encontramos regulado en el inciso 2 del artículo 246 del TUO de la Ley 27444, que establece:

«Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

[...]

2. Debido procedimiento. No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas. [...]».

Se entiende entonces que constituye una garantía el hecho de que, en todo procedimiento administrativo sancionador, se debe separar entre la fase instructora y la sancionadora precisando la norma que estas etapas deben ser encomendadas a autoridades distintas, situación que no se produce en el procedimiento administrativo sancionador a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado.

24 Principio de simplicidad. Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.

25 Principio de uniformidad. La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidos en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados

26 Principio de predictibilidad o de confianza legítima. La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener...

27 Principio de privilegio de controles posteriores. La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.

28 Principio del ejercicio legítimo del poder.- La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.

29 Principio de responsabilidad. La autoridad administrativa está obligada a responder por los daños ocasionados contra los administrados como consecuencia del mal funcionamiento de la actividad administrativa, conforme lo establecido en la presente ley. Las entidades y sus funcionarios o servidores asumen las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

30 Principio de acceso permanente. La autoridad administrativa está obligada a facilitar información a los administrados que son parte en un procedimiento administrativo tramitado ante ellas, para que en cualquier momento del referido procedimiento puedan conocer su estado de tramitación y a acceder y obtener copias de los documentos contenidos en dicho procedimiento, sin perjuicio del derecho de acceso a la información que se ejerce conforme a la ley de la materia.

De la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado, su estructura y su procedimiento

La potestad sancionadora del organismo supervisor de las contrataciones del Estado ha sido delegada expresamente al Tribunal de Contrataciones (TCE) a través del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado³¹, que establece que el TCE sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando incurran en alguna de las infracciones señaladas en el referido artículo. Asimismo, a través del artículo 59³², se establece que el TCE es un órgano resolutorio parte de la estructura administrativa del OSCE y puede, entre otras funciones, aplicar las sanciones de multa, inhabilitar temporal y definitivamente.

En cuanto a su estructura, he mencionado que no cuenta con un órgano instructor. Por ello, es importante conocer algunas diferencias entre el procedimiento administrativo sancionador del Tribunal de Contrataciones y el regulado por la Ley de Procedimiento Administrativo General.

En relación con la prescripción

Respecto a la prescripción, el TUO de la Ley 27444 señala su carácter supletorio, pues en el numeral 252.1 del artículo 252 se indica que la facultad de la autoridad para determinar la

existencia de infracciones prescribe en el plazo que haya sido previsto por las leyes especiales que regulen sus respectivas materias.

En relación con la prescripción, el TUO de la Ley de Contrataciones del Estado establece, en su numeral 50.7 del artículo 50, que las infracciones para efectos de las sanciones prescriben a los tres años, mientras que, para cuestiones relativas a la presentación de documentación falsa, prescribe a los siete años de cometidas, tal como se aprecia en el siguiente cuadro:

TUO de la Ley 27444	TUO de la Ley de Contrataciones del Estado
Artículo 252 252.1 La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, <i>prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales</i> , sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás obligaciones que se deriven de los efectos de la comisión de la infracción. En caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años.	Artículo 50 50.7 Las infracciones establecidas en la presente norma para efectos de las sanciones prescriben a los tres (3) años conforme a lo señalado en el reglamento. Tratándose de documentación falsa la sanción prescribe a los siete (7) años de cometida.

31 Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas

50.1. El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5, cuando incurran en las siguientes infracciones...

32 Artículo 59. Tribunal de Contrataciones del Estado

59.1. El Tribunal de Contrataciones del Estado es un órgano resolutorio que forma parte de la estructura administrativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Cuenta con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones. Tiene las siguientes funciones:

a) ...

b) Aplicar las sanciones de multa, inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, residentes y supervisores de obra, según corresponda para cada caso.

Ya he mencionado que los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales, como la Ley de Contrataciones, no deberían contener disposiciones menos favorables para el administrado que las señaladas en el procedimiento administrativo general, pues lo regulado en la Ley de Contrataciones, en relación con la prescripción de las infracciones, es otra disposición menos beneficiosa para los administrados. Ello en relación con la prescripción por la infracción referida a la presentación de documentos falsos o adulterados, para la cual se establecen siete años de prescripción.

En relación con supuestos eximentes y atenuantes

En el TUO de la Ley 27444, específicamente en el artículo 257³³, se regulan distintos supuestos que eximen y disminuyen la responsabilidad de los administrados respecto a sus infracciones cometidas.

Sin embargo, al revisar la Ley de Contrataciones y su Reglamento, nos percatamos que este no regula ningún supuesto eximente de

responsabilidad por comisión de infracciones. Señala, además, de manera expresa en el numeral 264.3 del artículo 264³⁴ del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado: «Los supuestos eximentes del TUO de la Ley 27444 no es de aplicación para los procedimientos a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado». Así, se limita simplemente a enumerar distintos supuestos para la determinación gradual de la sanción, lo cual conlleva a entender que de manera implícita se han regulado solo supuestos que atenúen la responsabilidad, pero no eximentes.

En relación con el recurso de reconsideración

Respecto a esta figura, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 269, señala que puede interponerse recurso de reconsideración contra lo resuelto en el procedimiento sancionador en el plazo de cinco días hábiles. Por su parte, el TUO de la Ley 27444 indica, en su artículo 218 numeral 218.2, que, al igual que la apelación, el plazo para la interposición de este recurso es de 15 días.

33 Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.
 b) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.
 c) La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción.
 d) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.
 e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.
 f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 255.

2.- Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito. En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.
 b) Otros que se establezcan por norma especial.

34 Artículo 264. Determinación gradual de la sanción

[...]

264.3. En los procedimientos sancionadores de competencia del Tribunal no se aplican los supuestos eximentes establecidos en el artículo 255 del TUO de la Ley 27444, ni los supuestos de caducidad previstos en el artículo 257 de dicha norma.

TUO de la Ley 27444	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado
<p>Artículo 257</p> <p>1. Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada. b) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa. c) La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción. d) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal. f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 255. <p>2. Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito. <p>En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.</p> <ul style="list-style-type: none"> b) Otros que se establezcan por norma especial. 	<p>Artículo 264</p> <p>264.1. Son criterios de gradualidad de las sanciones de multa o de inhabilitación temporal los siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Naturaleza de la infracción. b) Ausencia de intencionalidad del infractor. c) La inexistencia o grado mínimo de daño causado a la Entidad. d) Reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada. e) Antecedentes de sanción o sanciones impuestas por el Tribunal. f) Conducta procesal. <p>264.3. En los procedimientos sancionadores de competencia del Tribunal no se aplican los supuestos eximentes establecidos en el artículo 255 del TEO de la Ley 27444, ni los supuestos de caducidad previstos en el artículo 257 de dicha norma.</p>

TUO de la Ley 27444	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado
<p>Artículo 218</p> <p>218.2. El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.</p>	<p>Artículo 269</p> <p>269.1. Contra lo resuelto por el Tribunal en un procedimiento sancionador puede interponerse recurso de reconsideración dentro de los cinco (5) días hábiles de notificada o publicada la respectiva resolución.</p> <p>269.5. El Tribunal resuelve dentro del plazo de quince (15) días hábiles improrrogables de presentado sin observaciones o subsanado el recurso de reconsideración.</p>

Acá encontraríamos otra disposición menos favorable para el administrado, pues solo tendrá cinco días para presentar un recurso de reconsideración en el supuesto que no se encuentre conforme lo resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado y no un plazo mayor, como el señalado en el TUO de la LPAG.

2. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

En relación con la potestad sancionadora, es importante señalar que, en el marco constitucional, no encontramos sustento expreso respecto a esta potestad de la administración pública. Sin embargo, el máximo intérprete de la Constitución Política del Perú, y me refiero al Tribunal Constitucional, ha reconocido la plena vigencia y proyección de todos los principios que componen el debido proceso al régimen de las infracciones administrativas³⁵.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha enfatizado en reiteradas sentencias que las entidades de la administración pública tienen la obligación de observar los principios del procedimiento sancionador, toda vez que estos garantizan el respeto por los derechos del administrado.

En relación con el principio del debido proceso, el Tribunal Constitucional ha señalado que este supone, en primer término, que todos los administrados tienen derecho a la existencia de un procedimiento administrativo previo a la producción de las decisiones administrativas que les conciernan. Asimismo, este principio

implica que la administración pública debe producir sus decisiones cumpliendo las reglas que forman el procedimiento, de modo que es flagrantemente violatorio de este principio emitir actos administrativos sin escuchar a los administrados³⁶.

Podemos, entonces, afirmar que la separación entre la fase de instrucción y la sancionadora a la que se refiere el TUO de la Ley 27444 representa una garantía para el administrado, garantía que tiene como sustento el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el principio al debido procedimiento considerados en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú³⁷ y en el inciso 1.5 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley 27444.

Considero que, mediante la separación de las fases antes indicadas, se pretende garantizar que exista total imparcialidad ante la decisión de imponer sanción a un administrado, evitando que la autoridad administrativa adopte su decisión tomando en cuenta juicios de valor previamente concebidos, por lo que resulta de suma importancia que las fases instructiva y sancionadora deben ser encomendadas a autoridades distintas.

CONCLUSIONES

- Es necesario e indispensable, para garantizar un debido procedimiento, que exista una adecuada separación entre órgano instructor y órgano sancionador en el procedimiento administrativo sancionador a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado.

35 STC 01873-2009-PA/TC, FJ 12.

36 Expediente 1628-2003-AA/TC, sentencia del 29 de agosto de 2004. Fundamento jurídico 6.

37 Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 3. La observancia al debido proceso y la tutela jurisdiccional. [...]».

- Es necesario también que se pueda analizar el periodo de prescripción señalado para la infracción referida a la presentación de documentos falsos o adulterados. Debe considerarse como plazo máximo de prescripción para esta infracción cuatro años.
- Es necesario que se pueda analizar el plazo con el que cuenta el administrado para reconsiderar la decisión emitida por el Tribunal de Contrataciones luego de un pro-

cedimiento administrativo sancionador, en caso de no encontrarse de acuerdo con ella, debiendo ampliarse a un plazo de 15 días para interponer este recurso.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Guzmán Napuri, Christian (2013). *Manual del procedimiento administrativo general*. Lima: Instituto Pacífico.

SOBRE LA AUTORA

Gerente general en Pérez Asesores & Consultores. Especialista en contrataciones públicas. Funcionaria certificada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Árbitra inscrita en el Registro Nacional de Arbitraje del OSCE y en diversas instituciones arbitrales. Ponente en temas de arbitraje y contrataciones del Estado. Magíster en Gestión Pública por la Universidad César Vallejo. Abogada por la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO).

NORMAS PARA LOS AUTORES

1. Los artículos deberán estar escritos o traducidos al castellano.
2. Los artículos deberán ser enviados en formato electrónico (archivo en Word compatible) al correo electrónico del Editor de la Revista.
3. Deben ser trabajos inéditos. Si el artículo se encuentra sustentado en textos escritos anteriormente por el autor debe citar la respectiva fuente.
4. Los trabajos serán sometidos a arbitraje ciego por pares para determinar su publicación.
5. El autor deberá acompañar la siguiente información:
 - Título del artículo. Subtítulo si corresponde.
 - Nombre completo del autor.
 - Referencia del autor de entre 25 hasta 50 palabras.
 - Dirección postal y electrónica.
 - Resumen del artículo.
 - Cuando se incluya comentarios sobre el origen del texto se colocará en nota al pie de página mediante asterisco.
6. La diagramación del texto deberá ajustarse a las siguientes especificaciones:
 - El formato de la página debe ser A4.
 - Los márgenes deben ser de 3 cm.
 - La extensión debe ser de mínimo 8000 palabras, sin incluir las notas al pie de página.
7. Las citas bibliográficas de otros autores serán indicadas en el interior del trabajo, mediante notas al pie de página, empleando la nomenclatura ob. cit, ibid., loc. cit., entre otros.
8. Los textos citados en el interior del trabajo deben incluirse en la bibliografía, que va al final del artículo. Un modelo es: APELLIDO, Nombre - «Título secundario». En: Nombre del editor, traductor o compilador. Título principal. Edición. Ciudad: Editorial, año, pp. # .

