



Revista

# Derecho Público Económico

Año 1, n.º 2 | julio-diciembre 2021 | ISSN en línea: 2955-8603



Revista

# **Derecho Público Económico**

## Revista Derecho Público Económico

Año 1, n.º 2 | julio-diciembre 2021

ISSN en línea: 2955-8603

Edición: Setiembre 2022

### 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, Fondo Editorial

### Diseño y diagramación

Yesenia Mandujano Gonzales, Fondo Editorial

### Corrección de estilo

Jorge Coáguila Quispe

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

<b>Editorial</b>	<b>7</b>
<b>Presupuesto por resultados (Ppr): una mirada a los programas presupuestales (PP) del sector justicia</b> Alfonso Gutiérrez Aguado	<b>11</b>
<b><i>Nudges</i>: un pequeño empujón a la regulación. Su aplicación en las políticas contra la COVID-19</b> David de la Torre	<b>15</b>
<b>Régimen constitucional del derecho fundamental de propiedad</b> Luis R. Sáenz Dávalos	<b>29</b>
<b>Las directrices de naciones unidas sobre protección al consumidor y lo establecido en el código de protección y defensa del consumidor del Perú</b> Hebert Tassano Velaochaga	<b>39</b>
<b>Índices, libertad económica y las necesarias reformas de mercado a implementar</b> Christian Guzman Napurí	<b>63</b>

<b>Alcances sobre el derecho a la movilidad sostenible en el Perú (segunda parte)</b>	<b>81</b>
Humberto Valenzuela Gómez	
<b>¿Es posible el arbitraje de consumo para resolver las controversias entre empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones y los consumidores?</b>	<b>97</b>
Alejandro Moscol Salinas	
<b>El régimen jurídico aplicable al procedimiento disciplinario en materia de hostigamiento sexual en las universidades</b>	<b>109</b>
Alberto Cairampoma Arroyo	
<b>¿Puede el tribunal de contrataciones del estado realizar el control difuso de las normas legales mediante acuerdos de sala plena?</b>	<b>123</b>
Victoria Raquel Pérez Aguilar	
<b>Las partes del contrato de concesión y la participación de los organismos reguladores en los procesos arbitrales</b>	<b>135</b>
Richard J. Martin Tirado	
<b>El debido proceso en sede administrativa: garantía al ciudadano de una administración eficiente e imparcial</b>	<b>173</b>
Mildred Valdivia Acuña	
<b>Normas para los autores</b>	<b>192</b>

## EDITORIAL

Con mucho gusto les presentamos el segundo número de la Revista de Derecho Público Económico. Como lo hemos señalado en la Editorial del Primer Número, la Revista tiene como objetivo ser un medio de publicación académico de la Escuela de Posgrado de la Universidad Continental y, en particular, de la Maestría en Derecho Administrativo Económico, incluyendo a través de sus artículos diversos temas relevantes que abarcan desde el derecho constitucional económico hasta las contrataciones del Estado, pasando por las diversas formas de intervención administrativa que existen en la economía.

Como lo hemos señalado anteriormente, el derecho público económico tiene por objeto determinar los parámetros de la intervención del Estado en la economía dentro del contexto de una economía de mercado – o una economía social de mercado, que técnicamente es lo mismo – conforme lo establecido por el artículo 58 de la Constitución<sup>1</sup> y sin vulnerar los derechos fundamentales, generando resultados eficientes en el mercado, y obteniendo bienestar social.

<sup>1</sup> Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Sin embargo, notamos que existe mucho desconocimiento respecto de los principios y técnicas de esta rama de la ciencia jurídica, en especial en el Estado en general y en la administración pública, en particular, generándose políticas públicas en esta materia que, lejos de generar mejoras, se dirigen más bien a limitar libertades económicas; cuando más bien la reducción de la pobreza y la desigualdad requieren tanto una mayor libertad económica (que a su vez genera mayor inversión privada) como una eficiente gestión pública enfocada en la inversión pública en materia social, ya sea en salud, en educación, infraestructura, entre otros.

### Contenido del segundo número de la Revista

Así, en este segundo número de la Revista de Derecho Público Económico, encontraremos artículos sobre determinados temas que componen dicha materia. En primer lugar está el artículo de Alfonso Gutiérrez Aguado<sup>2</sup>, el cual “busca dar a conocer los programas presupuestales y las principales temáticas referidas a la celeridad de procesos de justicia que viene desarrollando el sector Justicia, para ello realiza un comparativo desde su año de implementación a 2021”.

<sup>2</sup> Consultor-especialista en Programas Presupuestales. Coordinador de Investigación de EPG de la Universidad Continental

Seguidamente, tenemos el artículo del David de la Torre<sup>3</sup>, quien “busca difundir el concepto «nudges» (un pequeño empujón), perteneciente, inicialmente, a las ciencias del comportamiento y a la economía conductual; y su uso e influencia en la regulación y las políticas públicas de los Estados, así como su aplicación en las políticas públicas contra la COVID-19 en el mundo”.

De ahí, tenemos el artículo de Luis R. Sáenz Dávalos<sup>4</sup>, quien enfoca en un interesante análisis del derecho de propiedad, asimismo, señala entre otras consideraciones, “que el derecho fundamental de propiedad se encuentra reconocido principalmente en los artículos 2, inciso 16, y 70 de la Constitución Política del Perú. La propiedad es, pues y por elemental constatación, un derecho con reconocimiento constitucional, pero con desarrollo tanto en el ámbito constitucional como en el propiamente legal”.

A continuación, Hebert Tassano Velaochaga<sup>5</sup>, en su artículo se enfoca en las directrices de las Naciones Unidas respecto a la protección al consumidor, señalando, entre otras cuestiones que

“Uno de los principios fundamentales de la llamada Constitución económica es el deber del Estado peruano de garantizar y defender los intereses de los consumidores y usuarios; tutelar el derecho de acceso a información clara, veraz, sencilla y oportuna, sobre los bienes y/o servicios a su disposición en el mercado; introducir en estos últimos años un cambio de visión en cuanto a los conceptos de consumidor y relaciones de consumo tradicionales”.

Asimismo, tenemos el artículo de Christian Guzman Napurí<sup>6</sup>, enfocado en la necesaria libertad económica. Dicho artículo señala, entre otras cuestiones que “la economía social de mercado, aquella que se encuentra consignada en el artículo 58 de la Constitución Política del Perú, y sin embargo, sin tener la idea clara se proponen múltiples afectaciones a la misma, a través de controles de precios, incorporación de delitos económicos, restricciones de actividades económicas o generando mayores regulaciones, cuando más bien se deben implementar reformas de mercado para la ansiada reactivación económica en un contexto complicado como el actual”.

Luego tenemos el artículo de Humberto Valenzuela Gómez<sup>7</sup>, que es la continuación del publi-

3 Máster en Derecho de los Sectores Regulados por la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado especialista en derecho administrativo, asociaciones público-privadas, y en contratación pública

4 Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Asesor de Despacho en el Tribunal Constitucional. Docente Universitario.

5 Abogado, profesor en la Universidad Continental, la PUCP y la USMP. Expresidente del Indecopi.

6 Director de la Maestría de Derecho Administrativo Económico de la Universidad Continental. Director de los programas de especialización en Derecho Constitucional en la Universidad Continental. Socio de GNS Guzmán Napurí & Segura Abogados.

7 Abogado. Magíster en Derecho y Gestión del Transporte.

cado en el número anterior, relativo a la movilidad sostenible, y que se enfoca en la publicación de la Ley 31199, Ley de Gestión y Protección de los Espacios Públicos. Dicho artículo señala, entre otras cuestiones, que: “Una de las mayores novedades de la Ley 31199 es la introducción del término «derecho a la ciudad», no como derecho propiamente dicho, sino incorporándolo dentro de lo que la norma denomina «principios» a considerar para su aplicación, con una referencia al derecho al bienestar y a la movilidad, entre otros, que mencionaremos en el desarrollo de este artículo”.

Tenemos además el artículo de Alejandro Moscol Salinas<sup>8</sup> sobre el arbitraje de consumo. El referido trabajo señala, que “El procedimiento administrativo de reclamación ha prevalecido como mecanismo de solución de las controversias entre las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones y sus usuarios. Sin embargo, según la política pública de protección del consumidor establecida en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, se pueden implementar mecanismos alternativos para una mejor tutela de los consumidores”.

Seguidamente encontramos el artículo de Alberto Cairampoma Arroyo<sup>9</sup>, quien analiza el

régimen disciplinario aplicable para casos de hostigamiento sexual en las universidades peruanas. Dicho artículo señala que “En nuestro ordenamiento constitucional no se reconoce de manera expresa la potestad sancionadora de la administración pública. Así, queda en el Tribunal Constitucional, a través de diversos pronunciamientos, declarar que el ejercicio de esta potestad resulta constitucional, siempre en cuando se respeten las garantías mínimas propias del derecho administrativo sancionador”.

A continuación, se encuentra el trabajo de Victoria Raquel Pérez Aguilar<sup>10</sup>, en el cual analiza la posibilidad de que el Tribunal de Contrataciones del Estado pueda realizar control difuso de las normas legales, ello de manera específica respecto de la norma de contrataciones del Estado. El artículo se enfoca en el análisis realizado “a partir de la emisión del acuerdo de Sala Plena 003-2021/TCE, del 19 de marzo de 2021, que modifica el criterio interpretativo plasmado en el acuerdo de Sala Plena 08-2020/TCE relacionado con el alcance de los impedimentos establecidos en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1 del artículo 11

Docente en la Universidad Continental.

8 Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo (GIDA-PUCP). Docente en la Universidad Continental.

9 Profesor ordinario asociado de Derecho Administrativo

de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro fundador del Grupo de Investigación de Derecho Administrativo (GIDA).

10 Magíster en Contratación Pública, árbitro especializado en contrataciones con el Estado adscrita a diferentes centros de arbitraje a nivel nacional, docente de la Universidad Continental, capacitador en diversos cursos organizados por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

del TUO de la Ley 30225, para el ejercicio de la docencia”.

Luego, tenemos el artículo de Richard Martin Tirado<sup>11</sup>, acerca de los contratos de concesión y la participación de los organismos reguladores en los procesos arbitrales. En dicho artículo se señala, entre otras consideraciones, que: “En el Perú, existe una imprecisión terminológica sobre la naturaleza de la concesión administrativa, básicamente influenciada por las reglas aplicables a la contratación pública general, que se sustenta en el régimen clásico de la Ley de Contrataciones del Estado.”

---

11 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Administración Pública. Estudios de Maestría en Derecho Internacional Económico. Máster en Contratación Pública. Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la PUCP y de diversas facultades de Derecho a nivel de pregrado y posgrado.

Finalmente, tenemos el trabajo de Mildred Valdivia Acuña<sup>12</sup>, el debido proceso y en la importancia que tiene este en la protección de los derechos fundamentales. En este punto la autora señala que: “El debido proceso tiene su origen en el *due process of law* anglosajón, compuesto por el debido proceso adjetivo y el debido proceso sustantivo. Tal es así que, en América Latina, el debido proceso adjetivo alude al cumplimiento de ciertas formalidades de trámite y procedimiento que deben observarse para la emisión de una sentencia, mientras que el debido proceso sustantivo garantiza que las sentencias sean razonables”.

---

12 Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Postítulo de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo. Docente de la Universidad Continental. Autora de diversos artículos académicos a nivel nacional e internacional.

# PRESUPUESTO POR RESULTADOS (PpR): UNA MIRADA A LOS PROGRAMAS PRESUPUESTALES (PP) DEL SECTOR JUSTICIA

Alfonso Gutiérrez Aguado<sup>1</sup>

## RESUMEN

El presente trabajo busca dar a conocer los programas presupuestales y las principales temáticas referidas a la celeridad de procesos de justicia que viene desarrollando el sector Justicia, realizando un comparativo desde su año de implementación a 2021. Ello permite evaluar cuál es el avance que ha obtenido en la asignación de recursos bajo la lógica de un presupuesto por resultados (PpR) y las recomendaciones para que el sector continúe con el fortalecimiento de sus programas presupuestales (PP) a través de considerar la revisión del diseño.

**Palabras clave:** Celeridad, calificado, genérico.

## ABSTRACT

This work aims to show the Budgetary Programs and the main issues regarding the swiftness in justice processes that the Justice Sector has been developing by making a comparison since its implementation until 2021. This will allow an evaluation of the advancement that has been obtained in the assignment of resources under the logic of a Budget by Results, and the recommendations for the sector to continue strengthening their BP through the design review.

**Keywords:** swiftness, qualified, generic.

---

<sup>1</sup> Consultor-especialista en Programas Presupuestales  
Coordinador de Investigación de EPG de la Universidad Continental

El Presupuesto por Resultados (PpR) es una forma diferente de asignación presupuestal. Tiene como eje al ciudadano y, como principal instrumento, a los programas presupuestales (PP), que incluye a todos los sectores del Estado.

El sector Justicia cuenta con cuatro programas presupuestales que hacen referencia a la celeridad de procesos judiciales, lo que representa el 4.2 % del total del presupuesto del sector para 2021. La programación de los recursos del sector asignados a programas presupuestales (PP) durante el periodo 2017-2021 ha evolucionado de 3.3 a 4.2 %. Ello muestra el significativo avance en la asignación de recursos bajo la lógica de un PpR<sup>1-3</sup>.

Los PP del sector abordan como principales temáticas las referidas a la celeridad de los procesos de justicia. Con la intervención de estos programas, el sector abarca los principales grupos poblacionales (justiciables), que corresponde a atender en el marco de sus funciones.

A continuación, se presentan características de algunos PP del sector justicia.

### Programa presupuestal «Celeridad en los Procesos Judiciales de Familia»

Este programa fue implementado en 2012. Busca acelerar los procesos de justicia de familias. Atiende a usuarios en las 33 cortes superiores de justicia. Se puede reportar avances en el programa a través de su principal indicador, que da cuenta de tiempo promedio de un proceso judicial de la especialidad de familia. A 2012 fue de 184 días y a 2020 fue de 71 días<sup>4</sup>.

El presupuesto de este PP desde su año de implementación hasta 2021 fue de 46 millones a 124 millones de soles, respectivamente.

Respecto a la ejecución presupuestal al cierre de 2021, este PP alcanzó 99.67 %. Ello por la

actividad de los procesos judiciales del producto proceso judicial tramitado y calificado. Un detalle del mismo evidencia que el 91 % del gasto programable en la genérica 2.1 de esta actividad corresponde, básicamente, a pagos al personal y obligaciones sociales.

### Programa presupuestal «Celeridad de los Procesos Judiciales Laborales»

Este programa fue implementado en 2013. Busca acelerar los procesos de justicia laboral. Atiende a la población económicamente activa ocupada. Se puede reportar avances en el programa a través de su principal indicador, que da cuenta del índice de resolución de expedientes. A 2014 de 85.3 y a 2020 de 110.1<sup>4</sup>.

El presupuesto de este PP desde su implementación hasta 2021 fue de 80 millones y 137 millones de soles, respectivamente.

Respecto a la ejecución presupuestal al cierre de 2015, este PP alcanzó 99.8 %. Ello por la actividad de los procesos judiciales del producto proceso judicial tramitado y calificado. Un detalle del mismo evidencia que el 84 % del gasto programable en la genérica 2.1 de esta actividad corresponde, básicamente, a pagos al personal y obligaciones sociales.

### Programa presupuestal «Celeridad de los Procesos Judiciales Civil-Comercial»

Este programa fue implementado en 2014. Busca acelerar los procesos judiciales en materia civil-comercial. Atiende a usuarios actuales (personas jurídicas y naturales). Se puede reportar en el programa a través de su principal indicador, que da cuenta de duración de primera instancia. A 2019 fue de 292 días y a 2018 fue de 45 días<sup>4</sup>.

El presupuesto de este PP desde su año de implementación hasta 2021 fue de 6 millones a 19 millones de soles, respectivamente.

Respecto a la ejecución presupuestal al cierre de 2021, este PP alcanzó 99.9 %. Ello por la actividad de los procesos judiciales del producto proceso judicial tramitado y calificado. Un detalle del mismo evidencia que el 84.2 % del gasto programable en la genérica 2.1 de esta actividad corresponde, básicamente, a pagos al personal y obligaciones sociales.

### Programa presupuestal «Celeridad, Predictibilidad y Acceso de los Procesos Judiciales Tributarios, Aduaneros y de Temas de Mercado»

Este programa fue implementado en 2016. Busca celeridad, predictibilidad y acceso en los procesos judiciales contenciosos administrativos con subespecialidad tributaria, aduanera y temas de mercado. Atiende a personas naturales y jurídicas con procesos en curso en las subespecialidades y con procesos administrativos en curso ante el Indecopi o el Tribunal Fiscal. Se puede reportar en el programa a través de su principal indicador, que da cuenta de tiempo en días hasta la admisión de la demanda. A 2015 fue de 60 días.

El presupuesto de este PP desde su año de implementación hasta 2021 fue de 6.626.623 a 14.298.529 soles, respectivamente.

Respecto a la ejecución presupuestal en lo que va de 2021 se ha ejecutado el 99.9 %. Ello por actuaciones de los procesos judiciales del producto proceso judicial tramitado y calificado. Un detalle del mismo evidencia que el 85.7 % del gasto programable en la genérica 2.1 de esta actividad corresponde, básicamente, a pagos al personal y obligaciones sociales.

Finalmente, con base en lo señalado, se recomienda que el sector continúe con el fortalecimiento de sus PP, considerando la revisión del diseño y los fusione enfocando sus intervenciones por problemática común o complementaria, según la población que debe atender<sup>5,6</sup>.

El diseño de los PP tiene como principales retos definir indicadores de resultado, identificar poblaciones priorizadas comunes y ordenar sus intervenciones, pues tiene un enfoque más institucional.

Además, incorporar evidencias a nivel de efectividad de las intervenciones que se realizan, pues el sustento está centrado en normativas, mejora de los modelos operacionales en aspectos críticos, sobre todo en flujo de procesos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FRANCESC, J. M. (2013). El principio de justicia y la gestión de recursos crónicamente insuficientes en tiempos de crisis. *Revista de Bioética y Derecho*, (29), 62-67. <https://dx.doi.org/10.4321/S1886-58872013000300007>
- INEI (2021). Perú: Evolución de los indicadores de programas presupuestales, 2012-2020. Lima.
- PEÑALOZA K.; GUTIÉRREZ-AGUADO, A. Y PRADO M. (2017). Evaluaciones de diseño y ejecución presupuestal, un instrumento del presupuesto por resultados: algunas experiencias aplicadas en salud. *Rev. Peru. Med. Exp. Salud Pública*, 34(3):521-527.
- Perú, Ministerio de Economía y Finanzas (2006). Ley 2892: Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2007. 30 de noviembre.
- Perú, Ministerio de Economía y Finanzas (2016). Programas Presupuestales. Diseño, revisión y articulación territorial [Internet]. Lima: MEF [citado el 15 de diciembre 2021]. Disponible en: [www.mef.gob.pe/contenidos/presu\\_public/ppr/directiva\\_PP2016.pdf](http://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_public/ppr/directiva_PP2016.pdf).
- Perú, Presidencia del Consejo de Ministros (2013). Aprueba la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública. Decreto Supremo 004-2013-PCM. Diario oficial *El Peruano*, 9 de enero.



# NUDGES: UN PEQUEÑO EMPUJÓN A LA REGULACIÓN.SU APLICACIÓN EN LAS POLÍTICAS CONTRA LA COVID-19

David de la Torre<sup>1</sup>

## RESUMEN

El presente trabajo busca difundir el concepto «*nudges*» (un pequeño empujón), perteneciente, inicialmente, a las ciencias del comportamiento y a la economía conductual; y su uso e influencia en la regulación y las políticas públicas de los Estados, así como su aplicación en las políticas públicas contra la COVID-19 en el mundo.

Para ello, deseamos divulgar, por su parte, el concepto de «regulación» en su sentido amplio, no solo como función estatal, sino, especialmente, en su sentido de método de actuación estatal en la vida de la sociedad.

Finalmente, adentrarnos en los ejemplos más emblemáticos de *nudges*, su implementación en el Perú y los *nudges* utilizados en algunas partes del mundo, ante la COVID-19.

**Palabras clave:** Nudges, regulación, COVID-19.

## ABSTRACT

This paper seeks to spread the concept of “Nudges”, which initially belonged to behavioral science and, specifically, to behavioral economy, along with its usage and influence in Government’s regulation and public policies, as well as its application in public policies against COVID-19 in the world.

---

1 Máster en Derecho de los Sectores Regulados por la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado especialista en derecho administrativo, asociaciones público-privadas, y en contratación pública. El trabajo elaborado constituye una opinión personal al momento de su realización, dentro del ámbito doctrinario y académico, y no constituye una posición institucional ni consejo legal, ni adelantan posición sobre el mismo. Contacto: [davidjp.delatorre@gmail.com](mailto:davidjp.delatorre@gmail.com)

For this purpose, the author wishes to popularize the concept of “Regulation” in a broader sense, not only as a state function, but as a method of public action in society.

Finally, the author will present some examples and its implementation of “Nudges” against COVID-19 in Perú and other countries.

**Keywords:** nudges | regulation | COVID-19

## 1. LA REGULACIÓN

### 1.1. La regulación como concepto

El término «regulación» suele ser usado, indistintamente, para referirse a la actividad del Estado de reglar o normar. Es decir, producir normas. Sin embargo, el concepto de regulación es mucho más amplio.

Veamos a continuación de dónde puede partir la confusión. El diccionario de la Real Academia Española tiene dos significados relevantes del término «regulación»<sup>2</sup>, del verbo *regular*: «Ajustar, reglar o poner en orden algo» (s. f., definición 2) y «Ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines» (s. f., definición 3). Como se aprecia, se suele utilizar el término «regulación» generalmente en una única acepción que sería la de reglar, y no en un sentido amplio, que en su definición sería ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines.

En este entendido, propongo como definición personal expuesta en otros trabajos entender la regulación como aquella actividad que realiza el Estado para intervenir en la vida de los ciudadanos, además de ser una función pública de dirección para el cumplimiento de determinados fines.

Sobre la función pública de la regulación, po-

demostramos que esta es producto de una evolución, partiendo del «Estado administrador (paternalista y unilateralmente protector), dando paso a un estado regulador, donde el protagonismo se comparte con las organizaciones de la comunidad» (Baldwin y otros, 2006: 16).

Para entender mejor el tema, revisaremos los orígenes del concepto de regulación y su posterior desarrollo en los países que lo han adoptado.

### 1.2. Origen del concepto

El origen de la regulación, tal como la entendemos —debiera entenderse— ahora, proviene de Estados Unidos: *regulation* y *rule-making*.

El término *regulation* se emplea así<sup>3</sup>:

- i) Para referirse a la intervención administrativa sobre servicios de interés general de titularidad privada (*public utilities* sobre las que se desarrolla una *economic regulation*)<sup>4</sup>, desarrollada mediante comisiones, *independent regulatory commissions*,

<sup>3</sup> Ponce, 2003: 89-144.

<sup>4</sup> Puntualizar sobre este concepto, que aquí se habla propiamente de la regulación en la economía o en los conocidos como sectores regulados, entre estos: banca, energía, farmacia, transporte, telecomunicaciones. Así, la regulación está entendida en este espectro como aquella función producto de la liberalización del mercado en algunos sectores estratégicos de la economía y el desarrollo de un país. Es decir, América Latina fue adoptando estas nociones conforme sus mercados fueron abriéndose y/o privatizándose, lo que originó la intervención del Estado en estos «sectores regulados».

<sup>2</sup> Diccionario de la RAE *online*: <https://dle.rae.es/regula> consultado el 15 de agosto de 2021.

ii) Para referirse a la intervención administrativa en búsqueda de objetivos sociales (*social regulation*), desarrollada por agencias, *agencies*.

Ambas formas pueden incluir la elaboración de reglamentos, *rule-making*. No obstante, como lo hemos visto, la regulación va más allá.

En este escenario, el término *regulation* llega a Europa, en el contexto de oleadas privatizadoras y liberalizadoras en la década de 1980. El profesor español Iñigo Del Guayo (2017) sostiene que, en los países meridionales europeos, las palabras *regulation*, *regolazione*, *regulacao* y *regulación* han sido tradicionalmente utilizadas para referirse a cualquier regla jurídica vigente en cualquier sector, con independencia de la finalidad perseguida por esas reglas<sup>5</sup>, en una especie de traducción y adopción del concepto estadounidense *regulation*. El mismo término anglosajón tiene hasta tres acepciones: función pública, norma jurídica nacional, norma jurídica de la Unión Europea.

Al llegar a América Latina, el término pierde la amplitud de sus acepciones. Solo tiene como equivalente, en la mayoría de las veces, la norma jurídica.

Quiero detenerme en este punto, para resaltar el empleo de la regulación mediante las agencias que se da en Estados Unidos, como parte de la regulación social, o la búsqueda de objetivos sociales; y hacer mención a la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios, Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA), de Estados Unidos, que supervisa la implementación de políticas del gobierno y revisa los borradores de regulaciones de las agencias (hay más de medio centenar de agencias en Estados Unidos, como, entre las más conocidas están, la Agencia de Administración de Ali-

mentos y Medicamentos (FDA), la Agencia de Administración de Control de Drogas (DEA), la Agencia de Administración de Seguridad y Salud Ocupacional (OSHA).

Durante la administración de Barack Obama, el director de la OIRA fue el abogado y profesor Cass R. Sunstein, quien, con Richard Thaler, ganador del Premio Nobel de Economía, acuñaron, en el contexto de «regulación», el concepto de «*nudges*», que es el tema principal de este trabajo y el cual desarrollaremos.

**La regulación en el Perú.** Sobre la regulación y los sectores regulados en el Perú, el profesor Jorge Danós (2010) sostiene<sup>6</sup> que su aparición se da como parte del proceso de transformación del rol del Estado en la economía durante la década de 1990 y que determinó la liberalización y transferencia al sector privado de la propiedad de numerosas empresas estatales y el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura.

En este sentido, desde mi punto de vista, no se tiene el concepto extendido de regulación, en su significado amplio, de actividad que realiza el Estado para intervenir en la vida de los ciudadanos para el cumplimiento de determinados fines, en el país. En este entendido, en general, proponemos pensar en la regulación más allá del sinónimo de normar y del contexto económico, para entenderlo ampliamente desde su concepto también político y social.

### 1.3. Las ciencias del comportamiento y la regulación

Históricamente el Estado ha tratado de regular, especialmente para evitar y, claro, sancionar, las acciones «malas» de las personas. Esta

5 Del Guayo, 2017: 52.

6 Danós, 2010: 59-94.

intención del Estado se encuentra reflejada entre el derecho administrativo y el derecho administrativo sancionador. En este contexto, esta necesidad del Estado de influir en el comportamiento de sus ciudadanos, para sostener una sociedad funcional, ha ido evolucionando con la evolución de las ciencias y la filosofía.

Al respecto, podemos decir que, originariamente, las acciones de las personas se podían circunscribir, a nivel legal, a través de actos (de aquí los actos jurídicos y administrativos), reglamentos, planes, contratos, entre otros. Sin embargo, la propia evolución de la sociedad y la economía ha permitido la aparición de nuevos conceptos administrativistas: como regulación, autorregulación, colaboración público-privada, decisiones consensuadas (convenios ambientales o urbanísticos, reglamentos negociados), privatización de funciones públicas, *soft law*<sup>7</sup> y el *nudging*, tema central de nuestro trabajo, sobre el cual daremos cuenta.

Estos nuevos conocimientos, basados en otras disciplinas aparte del derecho, han creado un derecho administrativo moderno. Dimitropoulos (2015)<sup>8</sup> señala sobre este tema que existe una evolución del derecho administrativo, del modelo propio del ordeno y mando o regulación y sanción del siglo XIX, que se puede denominar como derecho administrativo 1.0. Luego, con la incorporación de enfoques económicos como el análisis económico del derecho a fines del siglo XX, se pasó a un derecho administrativo 2.0, y que, actualmente, con las aportaciones de las ciencias del comportamiento (especialmente el aporte de la psicología y la neurociencia) se ha pasado a lo que se podría denominar derecho administrativo 3.0, una regulación moderna.

Por su parte, señala el profesor español Julie Ponce<sup>9</sup> que «estos nuevos modos de intervención administrativa están superando rígidos esquemas anteriores y se basan en las necesidades pragmáticas de la intervención pública y en las posibilidades que están ofreciendo los avances en las ciencias conductuales». Estas ciencias conductuales o ciencias del comportamiento, *behavioral science*, son un conjunto de disciplinas que centran su atención en el comportamiento humano. Así, tenemos la sociología, psicología, economía, derecho, entre otras.

Todas estas disciplinas, modernamente, están colaborando o son parte de una regulación general por parte del Estado, más propositiva que reactiva, con lo cual se pretende guiar a las personas hacia conductas o comportamientos positivos para ellos y, en general, para la sociedad.

A su vez, como sostienen Thaler y Sunstein (2008), existen algunos hallazgos bien establecidos en las ciencias sociales, los cuales muestran, en muchos casos, que las personas toman decisiones bastante malas, decisiones que no habrían tomado si hubieran prestado toda su atención y poseído información completa, habilidades cognitivas ilimitadas y un yo completo.

En relación con la toma de decisiones, Daniel Kahneman, Nobel de Economía 2002, famoso por integrar aspectos de la psicología en temas de economía (economía conductual), especialmente respecto del juicio humano y la toma de decisiones bajo incertidumbre, en su libro *Pensar rápido, pensar despacio*, plantea la toma de decisiones sobre el esquema de dos sistemas mediante los cuales se pueden tomar decisiones: El sistema 1, «automático», y el sistema 2, «esforzado o racionalizado». Señala que tenemos respuestas intuitivas sobre casi todas las cosas que se nos presentan.

7 Ponce, 2018: 6.

8 Administrative Law 3.0 <http://www.iconnectblog.com/2015/12/administrative-law-3-0/>

9 Ponce, 2018: 6.

Por su parte, Chip Heath, profesor de Comportamiento Organizacional en la Escuela de Negocios de la Universidad de Stanford, en su libro firmado con su hermano Dan Heat, *Cambia el chip, cómo afrontar cambios que parecen imposibles* (2010), relata cómo nos enfrentamos a los cambios, en lo personal, en la empresa o en la familia. Para estos autores, nuestro lado emocional es un elefante y el racional, su jinete. Así, al jinete se le hace muy difícil controlar al elefante. Ante esto, en un resumen personal, podemos señalar que, para dirigir al jinete, se necesitan reglas claras y un destino definido. Por su parte, para motivar al elefante, se necesita descubrir el sentimiento de la acción, allanar el camino y aprovechar la fuerza de grupo.

En este entendido, desde una apreciación personal, los *nudges* se plantean para mover y motivar al elefante ese estado emocional y automático que tenemos. Hacerle las cosas fáciles al elefante. Es decir, a modo de hecho curioso, que la tapa del libro *Nudges*, de Thaler y Sunstein, los creadores del término, suele tener un dibujo de dos elefantes. Un elefante empujando con su trompa a la cría para guiarla, quizá entrando en el contexto descrito por los hermanos Heat.

En este punto, como aproximación al concepto *nudges*, debo señalar que este se basa sobre la filosofía denominada «paternalismo libertario»<sup>10</sup>. En este entendido, los *nudges* poseen

una dimensión paternalista a la hora de estimular elecciones que se piensa son en bienestar del individuo, pero le deja a él la elección (libertad de elegir).

## 2. NUDGES

### 2.1. Concepto del *nudge*

*Nudge* es un término en inglés que significa «empujar suavemente o pinchar suavemente las costillas, especialmente con el codo». Alguien que empuja de esa manera, «para alertar, recordar o advertir suavemente a otro»<sup>11</sup>. En este entendido, los *nudges* buscan orientar las decisiones de las personas, haciendo la toma de decisiones más fácil. En el Perú, podríamos decir que es equivalente a la frase coloquial de «pasarle la voz» a alguien con un pequeño codazo.

Richard Thaler y Cass Sunstein Sunstein (2008) acuñaron el término *nudge* en el libro del mismo nombre. Definen el término como «cualquier aspecto de la arquitectura de elección que altere el comportamiento de las personas de una manera predecible sin prohibir ninguna opción o cambiar significativamente sus incentivos económicos. Para que cuente como un empujón, la intervención debe ser fácil y barata de evitar»<sup>12</sup>.

Thaler señala que un *nudge* es una forma de influenciar una decisión, sin forzar a alguien a hacer algo. Es decir que, si lo que interesa es cambiar el comportamiento de la gente, hay que encargarse de hacerle las cosas fáciles. En este contexto, la decisión siempre debe ser de

10 Ver Thaler y Sunstein, 2003: 175-179. Véase también García Arteagoitia, 2013, donde se señala: «El paternalismo es una corriente filosófica posible y legítima, donde las instituciones públicas y privadas (por ejemplo, colegios) influyen las decisiones del público para su beneficio (paternalismo) siempre y cuando se respete la libertad de decisión del individuo (libertarismo). Basados en lo que sabemos sobre los sesgos cognitivos a los que está inevitablemente expuesto el ser humano a la hora de tomar de-

cisiones, crear una arquitectura de decisiones que empuje a tomar una decisión a favor del ciudadano (por ejemplo, comer más sano) es legítimo, mientras que todas las demás opciones sigan siendo fácilmente accesibles».

11 Thaler y Sunstein, 2008: 15.

12 Thaler y Sunstein, 2008: 19.

la persona. Por ello, un *nudge* debe ser una recomendación, no una imposición.

En este entendido, en nuestro trabajo, diremos que un *nudge* consiste en promover una opción que se espera tomen las personas —incluidos, claro está, los administrados (usuarios)—, sin eliminar las demás opciones.

## 2.2. Ejemplos de *nudge*

Para aterrizar el concepto de *nudges*, veremos algunos ejemplos famosos al respecto y de los cuales he elegido los que me parecen más interesantes o significativos:

Uno de los *nudges* más famosos y uno de los más curiosos y efectivos es, sin duda, el denominado *bullseye*, referido a un objetivo o blanco para apuntar. Así, a fines de la década de 1990, en los baños del aeropuerto de Ámsterdam, en Países Bajos, se pintó en el medio de los urinarios la figura de una mosca, de manera que quienes utilicen los urinarios se vean orientados a apuntar a la mosca. Los resultados fueron increíbles, un 80% menos de salpicaduras, lo cual facilitó la limpieza de los baños y mejoró el servicio de estos.

La **declaración de impuestos**. Si bien este ejemplo es estadounidense, en el Perú podríamos estar de acuerdo con que el pago de impuestos sobre la renta, es famoso por su complejidad. Si bien, el *nudge* de la retención fue un gran avance que simplificó la vida de todos, la declaración podría ser automática y/o más sencilla.

Respecto de los impuestos, el Reino Unido utilizó un *nudge* para «alentar a las personas a pagar sus impuestos a tiempo». Obtuvo importantes logros. Al agregar una línea en las cartas de cobro a los contribuyentes: «la mayoría de

las personas pagan sus impuestos a tiempo, usted es una de las pocas pendientes de hacerlo». Con ese simple cambio, se registró un aumento del 15% en la tasa de pagos.

Un caso similar se utilizó sobre esta base en Guatemala, donde el gobierno envió cartas a los administrados. El resultado es que el 64,5% de los administrados declararon sus impuestos a tiempo. Esta simple declaratoria contribuyó a que el pago de impuestos se incrementara en 43% en las siguientes 11 semanas<sup>13</sup>.

**Plan de salud de Destiny.** Se ofreció inicialmente en cuatro estados de Estados Unidos (Illinois, Wisconsin, Michigan y Colorado). El plan representa un programa de vitalidad «para brindar a las personas un incentivo para que tomen decisiones saludables». Le otorgó puntos a las personas, por ejemplo, por hacer ejercicios en los clubes o gimnasios estatales, o por completar un control de presión arterial con resultados normales. Estos puntos, llamados *vitality bucks*, se pueden utilizar para obtener boletos de avión, habitaciones de hotel, suscripciones a revistas y productos electrónicos, entre otros.

**La tarjeta de débito Benéfica y las deducciones fiscales.** Un empujón relacionado facilitaría a las personas deducir sus contribuciones caritativas. Se habla de que, al hacer que las donaciones, destaquen en su estado de cuenta, en palabras de Thaler y Sunstein (2010), «dicha tarjeta podría hacer que la caridad sea más simple y más atractiva».

Otro de mis *nudges* favoritos es el de las máquinas de reciclaje de botellas y latas que te dan dinero o cupones para comestibles. Cualquiera persona puede ir y depositar sus botellas

<sup>13</sup> <https://govinsider.asia/innovation/six-ways-governments-nudging-citizens/>

o latas y obtener un cupón. Sin embargo, este incentivo o *nudge* es, sobre todo, utilizado en varios países ricos por la gente más pobre o inmigrantes pobres como un modo de entrada de dinero. Casi no hay botellas o latas tiradas en las calles.

**Dólar al día.** El embarazo en la adolescencia es un problema grave para muchas niñas. Las que tienen un hijo, a menudo, vuelven a quedar embarazadas en uno o dos años. Algunas ciudades, como Carolina del Norte, en Estados Unidos, plantean un *nudge* mediante el cual las adolescentes con un bebé reciben un dólar por cada día en el que no están embarazadas nuevamente. Este *nudge* podría ser de gran ayuda en lugares con alta tasa de natalidad como en los Andes peruanos y la selva.

### 1.3. Los nudges y las limitaciones de la regulación

En general, la regulación no es un problema en sí. Sin embargo, los problemas pueden ocurrir cuando la regulación se realiza mal. Sin perder el objetivo que se quiere lograr con la actuación de la regulación, se hace siempre necesario simplificarla, para que deje de ser confusa e incoherente y podríamos decir reducirla, para que deje de ser redundante o excesiva.

Regular mejor es importante, dado que no es un fin en sí mismo, sino un medio para obtener beneficios tangibles para los ciudadanos «Unas normas modernas, proporcionadas y adecuadas a su objetivo son esenciales para el Estado de derecho y la defensa de nuestros valores comunes, pero también para la eficiencia de las administraciones públicas y de las empresas» (Comisión Europea, 2016).

En el caso de los *nudges*, los defensores, basados en la psicología cognitiva y la economía

del comportamiento, señalan que los sistemas de control deben tener en cuenta la racionalidad limitada de los ciudadanos cuando toman decisiones diarias. Los individuos tienen información limitada, al igual que limitaciones en su capacidad cognitiva y autocontrol, por lo cual, a menudo, hacen pobres decisiones, las que no sirven a su bienestar. Por ello, los *nudges* abogan por estructurar arquitecturas de elección para que, en teoría al menos, sea más fácil actuar de formas que sean beneficiosas para ellos.

Sobre este punto, como sostiene Pettinger (2013), «existe una diferencia entre empujar un cierto comportamiento y obligar a una determinada elección»<sup>14</sup>. En este contexto, se puede considerar que un *nudge* es bueno cuando fomenta una determinada elección, pero sigue siendo transparente: claro y obvio, sin ocultar costos ni otras opciones. Además, la decisión final la toma el administrado o usuario.

En este escenario, a partir de la idea de la intervención sobre la autonomía o el albedrío de los individuos regulados, surge un sesgo basado en la interrogante de ¿hasta cuánto o qué tanto se debe reducir o reglar esa autonomía o albedrío de los administrados?

Al respecto, sobre los *nudges*, se habla de la existencia de tres grados de *nudges*<sup>15</sup>. Robert Baldwin (2014) señala que los «*nudges* de primer grado» respetan la autonomía de toma de decisiones del individuo y mejoran la toma de decisiones reflexivas, generalmente son recordatorios o información puntual («Quedan tres semanas para completar su declaración de impuestos»). Por su parte, un «*nudge* de segundo

14 [www.economicshelp.org/blog/glossary/nudges](http://www.economicshelp.org/blog/glossary/nudges). Revisado el 26 de agosto de 2021.

15 Baldwin, 2014: 8 y ss.

grado», generalmente, se basa en limitaciones conductuales o volitivas para sesgar una decisión, en la dirección deseada. Impulsa una decisión que generalmente depende de la inercia humana. Es decir, de realizar o no una acción, lo cual indicaría una conciencia o una reflexión limitada (como en el presunto consentimiento para la donación de órganos o como cuando la zona de fumadores de la oficina se coloca a una distancia lejana del área de trabajo).

Finalmente, un «*nudge* de tercer grado» implicaría una intrusión aún más seria en la autonomía, esto es la manipulación del comportamiento, generalmente a través de la manipulación emocional, lo que busca bloquear la preferencia del individuo y orientarlo a una decisión. Un ejemplo sería las imágenes de gente enferma en los paquetes de cigarrillos o los anuncios contra la comida chatarra mediante imágenes o mensajes basados en la apariencia de las personas. Incluso, en este tercer grado, se habla de mensajes subliminales, lo cual tiene sus partidarios y sus opositores (quienes señalan que los *nudges* no buscan mejorar la toma de decisiones racional e informada, sino que sirven para reducir la voz del ciudadano en su destino) (Baldwin, 2014).

Thaler y Sustein (2010) hablan en el capítulo 17 del libro *Nudges* sobre las objeciones a estos. Hay que resaltar el hecho de que «una objeción general al paternalismo libertario, y a ciertos tipos de empujones, podría ser que son insidiosos, que empoderan al gobierno para maniobrar a la gente en sus direcciones preferidas y, al mismo tiempo, proporcionan a los funcionarios excelentes herramientas para lograr ese objetivo». En este escenario, habrá siempre una brecha de ética en el manejo de *nudges*, no solo por parte del Estado, sino también por las empresas privadas, hablando de los *nudges* de

*marketing* que puedan usar. Aquí hay todavía una línea delgada que vigilar.

## 2.4. Los *nudges* en el Perú

Los *nudges* han inspirado políticas públicas regulatorias en distintos países del mundo<sup>16</sup>. Según un reciente informe del Banco Mundial<sup>17</sup>, *Behavioral Science around the World*, se ha destacado a diez países pioneros en el uso de información sobre el comportamiento: Australia, Canadá, Dinamarca, Francia, Alemania, Países Bajos, Perú, Singapur, Reino Unido y Estados Unidos.

Entre lo más resaltante, como mencionamos, en Estados Unidos, el expresidente Obama le dio especial atención. Dictó órdenes ejecutivas sobre el tema, como el *Using Behavioral Science Insights to Better Serve the American People*<sup>18</sup> (*Uso de las Ciencias del Comportamiento para Servir Mejor al Pueblo Estadounidense*).

A su vez, en Reino Unido, el ex primer ministro David Cameron creó en 2010 la Unidad de Conocimientos del Comportamiento o Unidad de Empuje, conocida como BIT, por Behavioral Insights Team<sup>19</sup>, para utilizar la economía del comportamiento con el fin de mejorar las opciones en su regulación. Su cometido incluye: hacer que los servicios públicos sean más rentables y más fáciles de utilizar para los ciudadanos; mejorar los resultados mediante la introducción de un modelo más realista de comportamiento

16 Puede verse el Informe de la Unión Europea de 2016 sobre las aportaciones de las ciencias del comportamiento a las políticas públicas: <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-researchreports/behavioural-insights-applied-policy-europeanreport-2016>

17 <https://documents1.worldbank.org/curated/en/710771543609067500/pdf/132610-REVISSED-00-COUNTRY-PROFILES-dig.pdf>

18 Executive Order 13563 del presidente Obama.

19 [www.bi.team/](http://www.bi.team/)

humano en las políticas y, siempre que sea posible, permitir que las personas tomen «mejores decisiones por sí mismas».

En América Latina, como suele ser, se copia mucha de la legislación, especialmente la que se admira. Así, como lo señala Cecilia Güemes (2017), «no existe una base de datos o documento que sistematice y agrupe los laboratorios existentes en la región, ni tampoco estudios que den cuenta de los asuntos públicos que tratan. se sabe que la mayoría de ellos nacen para solucionar problemas locales y auspiciados por gobiernos regionales o locales»<sup>20</sup>.

Así, se van conociendo poco a poco los laboratorios en distintas partes del continente, como Laboratorio para la Ciudad, de Ciudad de México, que se creó en 2013; el Laboratorio y el CSIC Laboratorio de Ideas, de Medellín, inaugurados en 2015; el Medialab, de Quito, que nació en 2014 como un espacio de apropiación de los ciudadanos en torno a temas de comunicación, tecnología creatividad e innovación; o el Santalab, en Argentina, impulsado como una política de Innovación Pública y Gobierno Abierto del Gobierno de la Provincia de Santa Fe<sup>21</sup>.

Por su parte, el Ministerio de Educación del Perú estableció MineduLab en 2014, el primer laboratorio de innovación para la política educativa que se ha implementado en el país. En MineduLab, definen las innovaciones como «modificaciones a las intervenciones existentes del Ministerio de Educación (Minedu) o como una nueva propuesta de intervención que se basa en principios de teoría conductual o teoría educativa y que se caracteriza por su bajo costo y potencial impacto».

Por su parte, otra oficina a destacar es la BE OEFA, del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental del Perú, oficina de Behavioral Economics (BE). Se enfoca en la fiscalización ambiental y la conservación del medio ambiente<sup>22</sup>. Con la evidencia de los problemas y la verificación de los sesgos y atajos cognitivos del comportamiento, que encontraron en algunos problemas que identificaron, plantearon una intervención concreta para incentivar e impulsar la conducta hacia lo deseado: mayor atención de denuncias, mayor subsanación de incumplimientos y participación en actividades académicas, entre otros.

### 3. LOS NUDGES ANTE LA COVID-19

No hay duda de que, ante la pandemia de la COVID-19, el comportamiento mundial ha variado. Hay nuevos comportamientos en la población, entre los más notorios el distanciamiento social, el uso de mascarillas y el frecuente lavado de manos o uso de alcohol para desinfectar. La introducción de nuevos comportamientos tiene un propio camino de evolución. Cualquiera que haya intentado levantarse unas horas más temprano, una dieta o nueva rutina de ejercicios, puede dar fe de esto.

Ante esta introducción de nuevos comportamientos producto de la COVID-19, el uso de los *nudges* puede ser una herramienta adicional en la regulación, especialmente ante las restricciones que los Estados han dado en la mayoría de los países en el mundo. La idea es que se orienten cambios de comportamiento necesarios para reducir el número de contagios, como incentivar quedarse en casa o lavarse frecuentemente las manos, y desincentivar otras, como las reuniones sociales, que inclusive, en

20 Güemes, 2017: 43-74.

21 Güemes, 2017: 43-74.

22 Puede verse OEFA, 2021.

muchos países, como en el Perú, eran sancionadas con multas e incluso detención.

En una reciente entrevista que brindó Cass Sunstein para el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)<sup>23</sup>, el autor habló de que, para combatir la COVID-19, especialmente en América Latina y otros lugares con densa población y pocos recursos, se recomienda utilizar la técnica Feast.

Al respecto, Sunstein señala que, «para ser efectivos, las campañas comunicacionales y los mensajes deben seguir el marco EAST (diseñado por el Behavioural Insights Team (BIT))». Esto traducido al español sería:

- **Easy/fácil:** Los mensajes y los *nudges* tienen que ser sencillos.
- **Attractive/interesante:** Los mensajes deben captar la atención del receptor.
- **Social/social:** Deben resaltar normas sociales existentes que promuevan la conducta deseada.
- **Timely/oportuno:** Idealmente cuando la persona sea más propensa a cambiar su comportamiento.

A este esquema, Sunstein señala que en América Latina y el Caribe es importante agregarle la F de *fun*.

- **Fun/divertido:** La gente está estresada por la pandemia. Por ello, se debe contribuir con mensajes o pequeños cambios que añadan un componente lúdico, para que sean sostenibles en el tiempo.

<sup>23</sup> <https://blogs.iadb.org/ideas-que-cuentan/es/conversamos-con-cass-sunstein-sobre-la-ciencia-del-comportamiento-y-el-uso-de-nudges-aqui-sus-recomendaciones-para-vencer-a-la-covid-19/>

Recientemente, en varios países se han realizado algunos *nudges* a manera experimental, para ayudar en la lucha contra la COVID-19. A continuación resaltaremos algunos, señalados en el reciente trabajo<sup>24</sup> del Hugo Cuello Díaz, publicado por el Instituto Nacional de Administración Pública de España (INIAP).

**Mejorar el lavado de manos:** De los *nudges* utilizados, se tiene que los que tuvieron mejor recepción fueron las infografías utilizadas por las autoridades de Taiwán, Singapur y Reino Unido. Los tres tenían en común que explicaban en sencillos pasos y de forma visual cómo lavarse las manos correctamente. Aquí la clave, según Cuello Díaz, es dar la información adecuada, pero no demasiada. No hay que abrumar.

Sobre este punto, en España y Reino Unido, se colocaron lavamanos en las estaciones de tren. Por su parte, en Bangladesh, se colocaron lavamanos a las afueras de mezquitas, mercados y estaciones de autobús: «Un grupo de investigadores experimentó con los *nudges* sobre más de dos mil personas y llegaron a la misma conclusión: ofrecer una guía visual paso a paso aumentaba el lavado de manos». En Filipinas, el Departamento de Educación con Unicef utilizó el *nudge* de «dibujar un sendero en el suelo con huellas que llevará a los niños hasta la zona de lavado de manos, donde se pusieron una imagen de ojos observando que los niños se lavaban bien». Además, de «un póster con información sobre cómo lavarse y una flecha señalando el uso del jabón». Se habría mejorado el lavado de manos en 17% respecto de los cuatro meses anteriores.

**Nudge para ponerse mascarilla:** Un experimento en Illinois, Estados Unidos, sobre vincular el uso de mascarillas con medidas de protección ya

<sup>24</sup> Cuello Díaz, 2020.

existentes y extendidas, como ponerse el cinturón o un casco, determinó que con esta vinculación se puede aumentar el uso de mascarillas.

**Nudges para quedarse en casa:** En los peores momentos de la pandemia COVID-19, para evitar el contagio masivo, muchos Estados optaron por la cuarentena obligatoria, incluido el Perú. Al respecto, hay evidencia de que los *nudges*, como el envío de mensajes directos vía SMS para concientizar a la gente, dieron resultado. Así, se puede destacar: Nueva Orleans: «Quédate en casa. Salva vidas». Cuello Díaz menciona que se comparó con otros dos *nudges*, uno centrado en la responsabilidad y obligación: «Es tu deber quedarte en casa», y otro en el sentimiento de reciprocidad: «Enfermeros, doctores y personal sanitario van a trabajar por ti. Quédate en casa por ellos». El mensaje de reciprocidad resultó ser el más efectivo.

En Roma, entre los jóvenes, se experimentó con un mensaje sobre externalidades («puedes infectar a 45 personas») y normas sociales («la mayoría de italianos piensa»). Esto, señala Cuello, llevó a más italianos a quedarse en casa. Asimismo, en Italia se comprobó que al anunciar una cuarentena larga tenía más probabilidades de cumplimiento que anunciar cuarentenas cortas que se iban extendiendo.

Este último punto llama la atención, pues, en el Reino Unido, se estudió que los mensajes generalmente no funcionan en los jóvenes (ni en aquellos que no le tienen confianza al gobierno)<sup>25</sup>, y la gente mayor es la más propensa a quedarse en casa y solo salir para temas esenciales.

Finalmente, hay que señalar que en Brasil se hizo un estudio<sup>26</sup>, respecto de si los mensajes que se envían a las personas con información sobre COVID-19 y la necesidad de usar mascarillas y de la distancia social, que sirvió para que la gente sea más consciente. El resultado fue que aquellos que recibieron los mensajes cumplieron en 12.75% más la indicación del uso de mascarillas y la distancia social.

**Aceptación de la vacuna:** Hoy nos enfrentamos a la aceptación de la vacuna, como un punto crítico de la salud pública, luego de que muchas voces, tanto en el extranjero como en el Perú, intentarán desacreditar la eficacia de las vacunas o la marca de algunas de estas. Se ha demostrado con evidencias que las vacunas son efectivas reduciendo el riesgo de muerte por la COVID-19. No obstante, todavía tenemos una tardía aceptación de la vacuna, especialmente dependiendo de la marca de estas. Ya en el Perú se ha iniciado una campaña, «Pongo el hombro», que trata de concientizar a la población sobre los beneficios de la vacuna, haciendo similitudes con experiencias previamente conocidas, como el uso de un antídoto contra la picadura de una serpiente o sobre utilizar el salvavidas que esté a la mano cuando alguien se está ahogando, al margen de la marca del antídoto o del salvavidas. Estos son *nudges* que podrían salvar la vida de muchas personas.

Sobre este tema, se ha determinado<sup>27</sup>, en el caso de Reino Unido, que el recordatorio sobre las campañas próximas de vacunación y su eficacia ayudan a que la población adopte el comportamiento objetivo de vacunarse.

25 Evaluating COVID-19 Public Health Messaging in Italy: Self-Reported Compliance and Growing Mental Health Concerns doi: <https://doi.org/10.1101/2020.03.27.20042820>

26 Are Behaviorally Informed Text Messages Effective in Promoting Compliance with COVID-19 Preventive Measures?: Evidence from an RCT in the City of São Paulo doi: <http://dx.doi.org/10.18235/0002722>

27 Dai, Saccardo, Han y otros, 2021.

De estos ejemplos, se puede señalar que no toda la población responde igual a los incentivos o estímulos de los *nudges*. Por ello, es importante entender a qué población nos dirigimos e intentar segmentar los *nudges* para mejorar su efectividad. Por ejemplo, segmento de jóvenes, provincias, idiomas. Asimismo, utilizar las percepciones de riesgo que se tiene y las creencias preexistentes con información y mensajes fáciles de captar. Promover incentivos individuales para comportarse de manera que favorezca al colectivo y a la sociedad en general, especialmente para mejorar las prácticas de higiene y prevención contra la COVID-19.

## CONCLUSIONES

Del análisis desarrollado en el presente artículo, podemos extraer las siguientes conclusiones:

Sobre el concepto de regulación hay que señalar que este es mucho más amplio que el usado como sinónimo de normar. Al respecto, como definición personal se propone entender la regulación como aquella actividad que realiza el Estado para intervenir en la vida de los ciudadanos, además de ser una función pública de dirección para el cumplimiento de determinados fines.

Sobre el origen del concepto hay que resaltar que este es de origen estadounidense, al menos en el concepto que actualmente utilizamos, y está compuesto tanto por la *regulation* como por el *rule-making* (los reglamentos, las normas). Como vemos, desde su concepción, abarca mucho más que el simple hecho de normar.

Respecto de la regulación en América Latina y en especial el Perú, hay que señalar que, en principio, se adoptó el concepto a fines del siglo XX, con la liberalización y transferencia al sector privado de empresas y servicios públi-

cos. Punto desde el cual ha venido evolucionando para significar, además, en su sentido amplio, la intervención del Estado en la vida de los ciudadanos (y empresas), para el cumplimiento de determinados fines, entendiéndolo en su concepto político y social.

En cuanto a las ciencias del comportamiento y la regulación, me gustaría resaltar el avance que la regulación ha tenido debido a su injerencia, tomando para esto al derecho administrativo como continente de la regulación. Así desde un derecho administrativo inicial (1.0) de orden y mando, regulación y sanción; con la incorporación de enfoques económicos, como el análisis económico del derecho, a fines del siglo XX se pasó a un derecho administrativo nuevo (2.0). Hoy, con los aportes de las ciencias del comportamiento, especialmente en lo que va del siglo, se ha llegado a un derecho administrativo moderno (3.0), siguiendo la clasificación de Dimitropoulos (2015).

Sobre los *nudges* y su concepto, hay que señalar que fue acuñado por Richard Thaler, Premio Nobel de Economía, y Cass Sunstein (2010), en el famoso libro *Nudges*. El concepto se relaciona con la arquitectura de elección que tienen las personas al realizar decisiones, ante las cuales se puede plantear incentivos o empujones para intervenir en su decisión, orientándola a un objetivo social común que debiera ser beneficioso para la sociedad. Sobre el significado, hay que precisar que es un término en inglés que se puede traducir como «empujón». Podríamos equiparar en el Perú a lo que coloquialmente llamamos «pasar la voz» a alguien, mediante un pequeño codazo.

Sobre las limitaciones de la regulación mediante *nudges*, hay que precisar que se debe distinguir entre empujar un cierto comportamiento para lograr el objetivo que se desea y obligar a una determinada elección, pasando sobre la

libertad de elegir del ciudadano. Por ello, los *nudges* deben ser transparentes: claro y obvio, sin ocultar costos ni otras opciones y que la decisión final la tome el administrado o usuario.

Finalmente, respecto de los *nudges* ante la COVID-19, debemos incidir en que, debido a esta pandemia se han dado nuevos comportamientos en la población, entre los más notorios el distanciamiento social (incluidas cuarentenas obligatorias), el uso de mascarillas, el lavado frecuente de manos y, de manera más reciente, la vacunación. La introducción de un nuevo comportamiento usualmente trae reticencia, el uso de *nudges* ayuda en este caso a orientar comportamientos, que se entienden en beneficio de la sociedad entera.

Sobre la implementación de los *nudges* ante la COVID-19, hay que resaltar lo dicho por Cass Sunstein en una reciente entrevista para el Banco Interamericano de Desarrollo. Al momento de implementar *nudges*, se recomienda utilizar la técnica Feast: Fun/divertido, Easy/fácil, Attractive/interesante, Timely/oportuno.

Para terminar, hay que resaltar el hecho de que ya existen estudios sobre la eficacia de los *nudges* para ayudar a combatir los efectos de la COVID-19 que favorecen las prácticas de higiene, prevención y vacunación.

## BIBLIOGRAFÍA

- BALDWIN, R. (2014). «De la regulación al cambio de comportamiento: dar un empujón al tercer grado». *The Modern Law Review*, volumen 77, noviembre, número 6.
- CUELLO DÍAZ, H. (2020). «Cómo cambiar comportamientos durante una pandemia: el uso de nudges para enfrentar la COVID-19». DOI: <https://doi.org/10.24965/gapp.i25.10873>
- DAI, H.; SACCARDO, S.; HAN, M. A. y otros (2021). «Los empujones conductuales aumentan las vacunas COVID-19. *Naturaleza*». DOI: <https://doi.org/10.1038/s41586-021-03843-2>
- DANÓS, J. (2010). «Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú: su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios». *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, 59-94. <http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2013/08/Peru-Organismos-Reguladores-de-los-Servicios-Publicos.pdf>
- DEL GUAYO, I. (2017). *Regulación (Monografías jurídicas)*. Marcial Pons. [www.marcialpons.es/media/pdf/9788491232629.pdf](http://www.marcialpons.es/media/pdf/9788491232629.pdf)
- DIMITROPOULOUS (2015). «Administrative Law 3.0». [www.icconnectblog.com/2015/12/administrative-law-3-0/](http://www.icconnectblog.com/2015/12/administrative-law-3-0/)
- GARCÍA, S. (2013). «El éxito y el potencial del *nudge* en las políticas públicas». *Revista Zk. berezia*. Número especial, 3/2019, pp. 140-155.
- GÜEMES, C. (2017). «¿Nudge en América Latina? Incidir en el comportamiento individual, obtener resultados colectivos». *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, número 68.
- HEAT, DAN Y CHIP (2010). *Switch: How to Change Things When Change Is Hard*. Kindle Edition.
- KAHNEMAN, D. (2012). *Pensar rápido, pensar despacio*. Debate
- ORGANISMO SUPERVISOR DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL DEL PERÚ (OEFA) (2021). «La economía del comportamiento aplicada a la fiscalización ambiental Lima: OEFA, 2021». <http://oefa.gob.pe/be-oefa/La-economia-del-comportamiento-aplicada-a-la-fiscalizacion-ambiental.pdf>
- PONCE, J. (2003). «La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones». *Revista de Administración Pública*, (162), 89-144. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=784925>
- (2018). «Derecho administrativo, ciencias conductuales y *nudging* en la gestión pública». *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, número 15 zk./2018, pp. 8-27.

- Real Academia Española (s. f.). «Regular». En: *Diccionario de la lengua española*.
- SUNSTEIN, C. (2014). *(Más) simple: el futuro del gobierno*. Marcial Pons.
- THALER, R. Y SUNSTEIN, C. (2003). «Libertarian Paternalism». *American Economic Review*, 93 (2).
- (2010). *Nudges. Un pequeño empujón: el impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*. Taurus.
- UNIÓN EUROPEA (2016). «Informe de la Unión Europea de 2016 sobre las aportaciones de las ciencias del comportamiento a las políticas públicas». <https://acortar.link/B8NISL>

# RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PROPIEDAD

Luis R. Sáenz Dávalos<sup>1</sup>

## RESUMEN

El derecho fundamental de propiedad se encuentra reconocido principalmente en los artículos 2, inciso 16, y 70 de la Constitución Política del Perú. La propiedad es, pues y por elemental constatación, un derecho con reconocimiento constitucional, pero con desarrollo tanto en el ámbito constitucional como en el propiamente legal. Nuestra jurisprudencia constitucional ha definido a la propiedad como el poder jurídico que permite a cualquier persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, la cual admite la posibilidad de muy variados tratamientos a partir de los tipos o modalidades de bienes que esta pueda llegar a involucrar. La regla general que establece la Constitución en torno de la propiedad es la de su inviolabilidad y está claro que, aunque cualquier persona puede ser titular del derecho de propiedad, ello no significa utilizarla para propósitos incompatibles con el interés de todos, dado que de presentarse ello quedaría relativizada, cuando no desvirtuada, su propia fisonomía.

**Palabras clave:** Propiedad, tutelada, reivindicación.

## ABSTRACT

The fundamental right to property is recognized mainly in articles 2, subsection 16, and 70 of the Political Constitution of the State. Property is, therefore, and by elementary confirmation, a right with constitutional recognition, but with a development as much in the constitutional scope as in the properly legal one. Our constitutional jurisprudence has defined property as the juristic power that allows any person to use, enjoy, dispose and claim a good, which admits the possibility of varied treatments as for the types or modalities of goods that this may involve. The general rule that the Constitution establishes around property is its inviolability and it's clear that, even though any

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Asesor de Despacho en el Tribunal Constitucional. Secretario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional

person can be the titular of a property right, this does not mean it can be used for purposes that are incompatible with the common interest. If that were the case, its own physiognomy would be left relativized, if not distorted.

**Keywords:** Property, tutored, claim.

## INTRODUCCIÓN

El objeto de las presentes líneas es bastante breve a la par que elemental y se orienta a la explicación del régimen que caracteriza a nuestro derecho fundamental de propiedad en el marco de lo expresamente reconocido por nuestra Constitución Política.

No pretende, como es obvio, una explicación detallada del tema, pues este cometido requeriría necesariamente de mayor espacio y, sobre todo, del soporte bibliográfico indispensable. Sin embargo, su contenido, creemos, de alguna manera puede contribuir a ordenar algunas ideas de aproximación a uno de los más importantes atributos que proclama nuestra norma fundamental, sea que se le contextualice desde el ámbito propiamente positivo, sea que se le enfoque desde el específicamente jurisprudencial. Para su elaboración, vale la pena precisar, se han tomado algunos referentes conceptuales utilizados en las sesiones que en su momento se nos encomendó para el curso de Derecho Constitucional Económico que se viene impartiendo por la Universidad Continental.

Sin otro alcance que el indicado y para que pueda servir al público interesado, podemos ingresar inmediatamente en materia.

## 1. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PROPIEDAD COMO ATRIBUTO DE CONFIGURACIÓN TANTO CONSTITUCIONAL COMO LEGAL. IMPLICANCIA PARA FINES DE TUTELA O PROTECCIÓN

En sus grandes aspectos, el derecho fundamental de propiedad se encuentra reconocido principalmente en los artículos 2, inciso 16, y 70 de la Constitución Política. Otros dispositivos que también abarcan su tratamiento son el 71, el 72 y el 73.

Conviene advertir, sin embargo, que no todos los aspectos de la propiedad son abordados directamente por la Constitución, sino que también los encontramos ampliamente diseminados en el ámbito de la ley ordinaria. Ocurre, por ejemplo, con el Código Civil, que regula una considerable o muy diversa cantidad de temas concernientes con la propiedad y sus variados elementos.

En este sentido, puede decirse que la propiedad es, pues y por elemental constatación, un derecho con reconocimiento constitucional, pero con desarrollo tanto en el ámbito constitucional como en el propiamente legal.

Esta reflexión es esencial e inevitablemente práctica a los efectos de determinar si la pro-

piedad como derecho será tutelada o defendida a través de los procesos constitucionales en caso de un eventual desconocimiento o en cambio lo será mediante los procesos judiciales específicamente ordinarios

Aunque los aspectos directamente regulados por la Constitución si pueden ser objeto de tutela o protección especial preferentemente por vía del amparo constitucional, en el caso de los aspectos de la propiedad regulados específicamente por la ley, la cosa es en cierta forma distinta. Solo algunos de ellos lo pueden ser en vía constitucional, mientras que otros, en cambio, lo serán a través de los procesos judiciales estrictamente ordinarios.

Para ser más precisos, podemos afirmar que los aspectos de la propiedad regulados por la ley que sí pueden ser objeto de protección o tutela por vía de proceso constitucional son todos aquellos cuyas bases se encuentran directamente sustentadas en la Constitución, como sucede con la potestad de uso, disfrute, disposición y reivindicación de la misma y siempre que por supuesto haya necesidad de tutela urgente y no exista controversia sobre la titularidad de la propiedad.

En cambio, los aspectos de la propiedad regulados por la ley que no tengan relevancia constitucional, como ocurre con la posesión, o puedan resultar materia de controversia compleja o no requieran de tutela urgente, solo podrán ser reclamados y por supuesto protegidos a través de los procesos judiciales típicamente ordinarios (cfr. Expediente 3773-2004-AA/TC. Caso: Lorenzo Cruz Camillo)<sup>2</sup>.

## 2. DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA PROPIEDAD

Según lo perfilado desde muy temprano por nuestra jurisprudencia constitucional, se ha definido a la propiedad como el poder jurídico que permite a cualquier persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien (cfr. Expediente 0008-2003-AI/TC. Caso: Más de cinco mil ciudadanos)<sup>3</sup>.

Naturalmente y si bien esta definición pareciera sustentarse en una fuerte influencia de las concepciones manejadas desde el derecho privado, sin embargo, el propio Tribunal Constitucional, también por vía de su jurisprudencia, se ha encargado de puntualizar que la propiedad puede responder a diversos estatutos jurídicos debido a los diversos tipos de bienes que puedan existir (los urbanos y los rurales, los muebles y los inmuebles, los materiales e inmateriales, los públicos y los privados, etcétera).

Es decir y muy al margen de que pueda hablarse de una propiedad como concepto general, la misma admite la posibilidad de muy variados tratamientos a partir de los tipos o modalidades de bienes que esta pueda llegar a involucrar.

## 3. REGLA GENERAL Y LÍMITES

La regla general que establece la Constitución en torno de la propiedad es la de su inviolabilidad (no en vano se dice que la propiedad es inviolable). Ello no obstante esta garantía no significa que la propiedad carezca de límites o, lo que es lo mismo, de restricciones.

2 Ejecutoria publicada el 2 de junio de 2005.

3 Ejecutoria publicada el 12 de noviembre de 2003.

La norma fundamental al respecto es bastante gráfica al establecer diversos tipos de límites. Un primer grupo de los mismos puede ser considerado como de alcance relativo. Un segundo grupo o, más en concreto, una variante de límite en particular podría, a su vez, ser calificada como de alcance absoluto.

### a. Los límites relativos sobre el derecho fundamental de propiedad

Si se trata de verificar cuando nos encontramos ante límites constitucionales de alcance relativo, debemos analizar dos supuestos en específico.

#### El bien común

La referencia al bien común como una típica restricción que recae sobre ejercicio del derecho de propiedad se vincula con una idea muy arraigada entre nosotros, según la cual este atributo no puede ser utilizado para fines egoístas, sino de manera compatible con el interés de todos los que integramos el cuerpo social.

La filosofía de una propiedad privada exenta de unos fines o utilidades que sean opuestos al bienestar de todos los individuos parece edificarse sobre el sólido pensamiento desarrollado por John Locke, autor del célebre *Dos tratados sobre el gobierno civil* (1689).

En lenguaje rigurosamente jurídico y más contemporáneo, lo dicho quiere significar que, si el sistema jurídico reconoce derechos para un universo de destinatarios, es inevitable que el uso de la propiedad debe armonizarse con los derechos de todos los individuos. Así, la propiedad no podrá ejercerse, por ejemplo, en desmedro o perjuicio de otras propiedades, de la libertad en cualquiera de sus modalidades, de la tranquilidad, de la paz

o de la enorme cantidad de derechos que reconoce la Constitución.

Por supuesto, valdría la pena contrastar si esta perspectiva con la que en principio todos podemos estar de acuerdo se condice con ciertas prácticas muy arraigadas entre nosotros, como las de reconocer el uso y disfrute de ciertas propiedades privadas para restringir o relativizar el acceso a derechos que se presumen son de todos. El emblemático caso de las viviendas adyacentes a la playa y adonde el disfrute del mar solo es facultad de unos pocos (los propietarios) con clara exclusión de otros (el resto de ciudadanos) puede de alguna manera ser objeto de análisis al respecto.

No hay que olvidar, asimismo, que con el reconocimiento universal de diversos derechos fundamentales, aparecen también los llamados bienes jurídicos de relevancia o, lo que es lo mismo, valores colectivos o de interés para todas las personas. La propiedad desde esta perspectiva tampoco podría ser utilizada en contra de esos otros bienes colectivos, como sin duda lo son el orden público, la seguridad ciudadana, la defensa nacional, entre otros.

Es frecuente, sin embargo, observar cómo propiedades que en principio pueden direccionarse para fines de recreación o entretenimiento son, al mismo tiempo, instrumentos donde el desorden, las amenazas contra la salud o incluso hasta la propia delincuencia terminan siendo el signo distintivo. Se nos viene a la mente el caso de aquellas discotecas que distan mucho de organizarse como elementales y legítimos centros de diversión o esparcimiento.

Está claro pues que, aunque cualquier persona puede ser titular del derecho de propiedad, ello no significa utilizarla para propósitos incompatibles con el interés de todos, dado que de

ello presentarse quedaría relativizada cuando no desvirtuada su propia fisonomía.

### Los límites que disponga la ley

La segunda variante de limitación relativa supone una directa remisión al ámbito legal al condicionar el ejercicio de la propiedad dentro de los parámetros por ella establecidos.

Como es fácil suponer, en este segundo espacio y muy a pesar de que la base autoritativa sea la Constitución, la determinación concreta del referente limitativo estará marcada por lo que la legislación ordinaria establezca, lo que se traduce en que será esta última la que definirá el adecuado ejercicio de la propiedad de una manera compatible con la totalidad del sistema jurídico, habilitando con ello una serie de figuras que, aunque en diseño aparecerán como esencialmente reglamentarias, resultarán vitales para asumir una adecuada o legítima detentación de la misma. Ocurre, por ejemplo, con figuras como la inscripción registral de la propiedad, que permite respaldarla e incluso garantizarla o también con la pérdida de dominio que buscará asegurar su adquisición de manera plenamente lícita.

Naturalmente debe quedar en claro que, aunque esta segunda vertiente de limitación invita a una gran capacidad de intervención por parte del legislador ordinario, ello tampoco supone ni mucho menos debe interpretarse como este último pueda relativizar a su gusto y antojo los horizontes de la propiedad, al extremo que introduzca fórmulas que la desnaturalicen o la vuelvan absolutamente impracticable. En tal supuesto y a la luz de cada caso, deberá determinarse la base razonable en la limitación incorporada legalmente, supuesto en el que cobrará especial gravitación el control constitucional.

### b. Los límites absolutos sobre el derecho fundamental de propiedad. La expropiación

En rigor, existe un solo límite absoluto sobre el derecho de propiedad y es el que representa la llamada expropiación.

Se ha discutido mucho en relación a si considerar a la expropiación como un auténtico límite. Algunos autores consideran que no, pues, en tanto la expropiación supone la privación de la propiedad por parte del Estado, se trataría de un sacrificio de un derecho y no precisamente de una limitación.

Discrepo de esta postura, pues en el sistema jurídico y, en particular, en el esquema constitucional existen diversos casos de limitaciones absolutas que implican auténticos sacrificios de un derecho fundamental. Ocurre con la pena de muerte, con la legítima defensa, o incluso con la interrupción voluntaria del embarazo por razones terapéuticas como hipótesis restrictivas frente al derecho a la vida. Que se sepa, son también límites y en alcances totalmente absolutos.

Entonces, más que trenzarnos en un debate sobre si los límites a un derecho pueden ser relativos o absolutos, lo que debe interesarnos es la base razonable de un supuesto de limitación.

Y aquí sí es interesante detenernos brevemente sobre el tratamiento de la expropiación, pues, aunque la misma presupone por sus efectos la privación absoluta de la propiedad por parte del Estado, tampoco se trata de una figura que pueda entenderse como indeterminada, sino que la misma se encuentra sujeta a determinados condicionamientos.

Dicho de modo distinto, y aun cuando la potestad expropiatoria que ostenta el Estado sea plenamente reconocible, la misma a su vez se encontrará limitada, estaríamos hablando que el

límite absoluto al derecho a la propiedad representado por la expropiación se encontraría, a su vez, sujeto a determinadas limitaciones. Es decir, existirían límites a la facultad de limitación.

En este contexto y según el mandato constitucional, la facultad o potestad expropiatoria tendría en rigor tres límites absolutamente indispensables a los efectos de validarse como compatible con la Constitución.

### **Solo procedería por razones de seguridad nacional o necesidad públicas**

Lo dicho en principio significaría que no sería cualquier razón o circunstancia la que legitime al Estado el ejercicio de la potestad expropiatoria, sino solo motivos plenamente justificados y respaldados en bienes jurídicos de absoluta relevancia y que en concreto serían dos: la seguridad nacional y la necesidad públicas.

La seguridad nacional, a la que por lo demás se refieren los artículos 163 y siguientes de la norma constitucional, facultaría por supuesto una decisión expropiatoria siempre que aquella quede absolutamente acreditada sobre la base de lo que resulta vital para el mantenimiento y preservación de nuestra unidad como Estado.

Igual sucedería con el referente necesidad pública que no es como lo creen algunos un cheque en blanco, sino una idea inspirada a la par que inexorablemente vinculada con las funciones prioritarias que por mandato constitucional cumple el Estado, lo que por lo demás exige y hay que aclararlo un cotejo con lo que le está permitido hacer y lo que en cambio le está prohibido o absolutamente vedado, como podría ser el supuesto de apoderarse a título exclusivo de la actividad empresarial o de pretender monopolizar el rol informativo.

### **Solo podría prosperar previa aprobación por vía de ley**

El segundo criterio limitativo se relaciona con la aprobación anticipada de una ley, entendiendo por esta no cualquier instrumento normativo, sino aquel directamente emanado de la voluntad popular representada en el Congreso de la República. Esto último, por cierto, descarta que una medida de este tipo pueda ser tomada vía legislación delegada o a través de fórmulas normativas que no representen lo que una ley, formal y materialmente constituye.

No se trata, en consecuencia, de entender por el concepto ley, a cualquier manifestación normativa, pues tratándose, como en efecto se trata, de una limitación radical a un derecho, toda interpretación debe entenderse en términos estrictos y no así con alcances amplios. Esto supone descartar que, a través de decretos legislativos, decretos de urgencia, ordenanzas, normas regionales de carácter general, por poner algunos ejemplos, pueda habilitarse una expropiación. O solo lo hace el Parlamento mediante una ley o no existe forma alguna de autorizar la expropiación, como en su momento lo demostró el recordado caso de la estatización de la banca y los seguros promovida ex profeso a mediados de 1987 y donde el Poder Ejecutivo no pudo lograr su propósito, al no contar con el visto bueno del Congreso de la República, a lo que, cabe añadir, el decidido y firme protagonismo que sobre esta misma discusión tuvo en su día el Poder Judicial.

### **Solo sería viable previo pago en efectivo a título de indemnización justipreciada**

El tercer criterio que debe tomarse obligatoriamente en cuenta al momento de ejercer la potestad expropiatoria es el que nos señala que antes o por anticipado a cualquier ejecución

expropiatoria debe individualizarse un pago, el mismo que por cierto no es simplemente un elemento referencial, sino el directo equivalente a lo que representa un justiprecio.

Precisar esto es sumamente importante, pues alguien podría creer que cuando el Estado decide expropiar es porque tiene la plena libertad de hacerlo y, en función a ello, la facultad de determinar el referente cuantitativo que se le antoje por conveniente. No es así, la Constitución impone un justiprecio y este último no es otra cosa que una valoración o tasación rigurosamente equivalente a lo que constituye el bien objeto de la expropiación, con el agregado que este es otorgado como una auténtica indemnización por el perjuicio generado.

Tan cierta es la premisa de que el justiprecio equivale a una auténtica reparación que la Constitución permite o legitima un eventual cuestionamiento judicial al entender que el afectado puede por alguna razón considerar que lo que se le quiere pagar no responde al valor real del bien objeto de la expropiación. Similar temperamento, por lo demás, lo encontramos en el artículo 21, inciso 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo texto refiere una indemnización justa con todas las connotaciones que implica o representa este vocablo.

Por lo demás, la norma fundamental establece categóricamente que el pago que se realiza es necesariamente en efectivo, lo que descarta de plano la validez de ciertos pagos que alguna vez se realizaron en épocas no precisamente constitucionales, y donde se echaba mano de instrumentos simbólicos como bonos o títulos de futuro cumplimiento o ejecución<sup>4</sup>.

4 Basta recordar al respecto la historia de los bonos que utilizó el Estado como forma de compensación en la tan debatida expropiación con fines de reforma agraria. Un inventario del tema lo podemos encontrar en Seoane,

Cualquier pretensión del Estado por eludir un pago en líquido equivale, y como no podía ser de otra manera, a una decisión carente de sustento constitucional.

#### 4. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL CUESTIONAMIENTO EN SEDE CONSTITUCIONAL DE LA DECISIÓN EXPROPIATORIA

Aun cuando la Constitución prevé que quien por alguna razón es objeto de una expropiación puede cuestionar el monto de lo que se le va a pagar a título de justiprecio, de esa afirmación no se sigue que el ejercicio de la potestad expropiatoria no pueda ser llevado al ámbito del debate al interior de un proceso constitucional.

En efecto, aunque algunas posturas doctrinales suelen afirmar que la potestad expropiatoria no puede ser cuestionada, sino única y exclusivamente el monto dinerario a pagar, ello no es rigurosamente así y es bastante sencillo demostrarlo.

En la medida que es la propia Constitución la que establece pautas objetivas a seguir en el procedimiento expropiatorio y lo hace directamente, la inobservancia de cualquiera de las mismas acarrea automáticamente la posibilidad de un cuestionamiento. Y evidentemente no podría ser de otra manera, pues estamos hablando de las exigencias mínimas que impone la norma fundamental en lo que representa una limitación a un derecho fundamental como lo es la propiedad. Cualquier intento de apartarse de aquellas justificaría, como he indicado, un legítimo reclamo en sede constitucional.

Mario (2011). *La deuda secreta del Perú. Los bonos de la reforma agraria*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Ello ocurriría, por ejemplo, si el Estado decide expropiar utilizando motivos diferentes a la seguridad nacional o a la necesidad pública, o pretendiera cobijarse en los mismos cuando la naturaleza de las cosas evidenciara razones completamente diferentes a las invocadas.

Es lo que ocurriría también si, pese a invocarse como móvil de la expropiación la seguridad nacional o la necesidad pública, se aprobara la expropiación a través de un instrumento normativo distinto a la ley o, peor aún, si se sustentará la misma sin la existencia de una ley.

También estaríamos en la posibilidad de cuestionar en sede constitucional el ejercicio de la potestad expropiatoria, si se pretende eludir la obligación del pago por anticipado o si este último, a pesar de adoptarse, lo fuera de una forma distinta respecto de lo que representa una cancelación efectiva.

Sobre estos temas existe abundante jurisprudencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional que valdría la pena analizar en su oportunidad (cfr., entre otros, Expediente 0031-2004-AI/TC o Caso: Máximo Yauri Salazar y más de 5.000 ciudadanos<sup>5</sup>; Expediente 0009-2004-AI/TC o Caso: Colegio de Abogados de Ica<sup>6</sup>; Expediente 0002-2009-PI/TC o Caso: Cuarenta Congresistas de la República<sup>7</sup>; Expediente 3569-2010-PA/TC o Caso: Agrícola Cerro Prieto S. A. C.<sup>8</sup>; Expediente 2883-2016-PA/TC o Caso: Sociedad Agrícola San Agustín S. A.<sup>9</sup>).

## 5. UN CASO ANTOLÓGICO DE CUESTIONAMIENTO A LA ACTITUD DEL ESTADO FRENTE AL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

No todos los casos que involucran cuestionamientos al procedimiento expropiatorio suelen ser tan directos. Algunos resultan realmente llamativos, sobre todo por los conceptos que suele manejar el Estado respecto de determinados aspectos elementales.

Sucedió hace algún tiempo con un reclamo en el que una empresa que había sido objeto de una expropiación por parte del Estado terminó siendo sorprendida por el mismo, utilizándose una curiosa interpretación respecto de las facultades de intervención tributaria.

Se trata del Expediente 0319-2013-PA/TC sobre proceso de amparo promovido por la Sociedad Agrícola San Agustín S. A., que hace muchos años había sido objeto de una expropiación en terrenos de su propiedad con miras a que el Estado pueda utilizar los mismos para ampliar el campo del aeropuerto internacional Jorge Chávez.

Sin duda que, si de lo que se trata es de extender las instalaciones del aeropuerto y en particular su circuito de pistas de aterrizaje, está claro que la expropiación en principio podría considerarse como compatible con las razones de necesidad pública a las que se refiere la vigente Constitución, y a las que por supuesto se referían también anteriores normas fundamentales.

El debate suscitado no fue entonces porque el Estado optara por expropiar y ni siquiera, en este caso, por el monto que se decidió en su oportunidad pagar a título de justiprecio, sino básicamente porque resultó que, una vez que dicho monto fue aprobado y cancelado, el propio Estado actuando a través de la Superinten-

5 Ejecutoria publicada el 12 de enero de 2005.

6 Ejecutoria publicada el 1 de marzo de 2005.

7 Ejecutoria publicada el 8 de febrero de 2010.

8 Ejecutoria publicada el 18 de mayo de 2011.

9 Ejecutoria publicada el 23 de setiembre de 2020.

dencia Nacional de Administración Tributaria procedió a aplicar sobre el mismo el artículo 5 del texto único ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, bajo la consideración de que el monto dinerario que estaba recibiendo la empresa expropiada equivalía a «una renta».

Es decir, el Estado interpretaba que el *quantum* económico reembolsado por una expropiación por parte de la empresa era pasible de afectación tributaria, porque, en la práctica, suponía una suerte de ganancia o beneficio económico, con lo cual quedaba claro que, desde su punto de vista, el monto de dinero que se recibe cuando estamos frente a una expropiación equivalía al mismo referente que se presenta en una típica operación de compraventa y no así a una auténtica reparación generada como consecuencia de un perjuicio.

Ante esta circunstancia y como ya se adelantó, se planteó una demanda constitucional, que, tras ser denegada por el Poder Judicial, originó uno de los más importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que llegaría a la conclusión que los supuestos que caracterizan al procedimiento expropiatorio no son de ninguna forma iguales a los de otro tipo de actividad económica, pues no responden a circunstancias de beneficio sobre el expropiado, sino de abierta restricción por parte del Estado, lo que origina a que estemos ante una medida de perjuicio, con independencia de la legitimidad constitucional en el ejercicio de esta potestad. En tales circunstancias y por lo que respecta a la actuación de la administración tributaria, esta resultaba absolutamente grotesca por su clara oposición a los mandatos constitucionales<sup>10</sup>.

10 Un inventario completo de este interesantísimo caso fue editado por Miranda & Amado Abogados. *Inconstitucionalidad del impuesto a la renta en las expropiaciones. Historia de un proceso de amparo*. Sin fecha de publicación.

## 6. IGUALDAD EN EL TRATAMIENTO LEGAL DE LA PROPIEDAD. EL CASO DE LOS EXTRANJEROS

Uno de los temas en los que también la Constitución ha optado por efectuar puntualizaciones directas tiene que ver con la máxima de tratamiento igualitario en la propiedad, sea que esta pertenezca a personas naturales o jurídicas o sea que estas personas sean nacionales o extranjeras.

La Constitución, en su artículo 71, opta por enfatizar que este régimen es igual, aunque acepta que el mismo puede tener una excepción muy particular referida a la adquisición o tenencia de propiedad dentro de los 50 kilómetros de zonas de frontera.

En tal sentido, se señala que, en las zonas comprendidas en áreas aledañas a zona de fronteras, los extranjeros no podrán adquirir ni poseer por título alguno, «minas, tierras, bosques, aguas, combustibles, ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad» bajo advertencia de perder, en beneficio del Estado, el derecho adquirido.

Probablemente este tratamiento especial responda a las consabidas razones de seguridad nacional que en otro momento hemos comentado, por lo que en principio no nos parece arbitrario, sino que responde a razones plenamente objetivas.

Lo curioso del caso es que, a pesar de que existe este límite, luego la propia Constitución se encarga de decir que el mismo podría dejarse de lado siempre que existan razones de necesidad pública expresamente declaradas por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros y conforme a ley, con lo cual, y por

paradoja, nos encontraríamos ante un típico supuesto de oposición aparente entre dos bienes jurídicos de relevancia fundamental: por un lado, la seguridad nacional y, por el otro, la necesidad pública.

A ello se agrega un tema formal, consistente en que, de optarse por una exceptuación como la indicada (es decir, un consentimiento a que se permita la adquisición dentro de los 50 kilómetros de frontera por parte de extranjeros), tal decisión deberá ser aprobada por decreto supremo refrendado por todo el Consejo de Ministros y dentro del marco de lo establecido por una ley.

## 7. LA LLAMADA PROPIEDAD COMUNAL

Tema sui géneris que merece dejarse establecido, así sea de modo breve tiene que ver con la llamada propiedad comunal y que, en el caso del modelo constitucional peruano (artículos 88 y 89) y de conformidad con lo desarrollado por la jurisprudencia internacional, se en-

cuentra fuertemente arraigado a concepciones distintas de la propiedad tradicional, donde la idea de territorio (distinta de tierra o patrimonio), costumbres ancestrales e identidad cultural explica el régimen jurídico que le es aplicable (cfr. Ley de Comunidades Campesinas 24656, Ley de la Inversión Privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas 26505, pero por sobre todo Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo).

Sobre lo señalado, bastará con aceptar que el concepto de propiedad que aquí se ha expuesto, obviamente, no es exactamente igual al que corresponde a la llamada propiedad comunal, siendo esta última atípica en su desarrollo y alcances como nuestra propia casuística lo ha puesto bien de manifiesto (cfr. al respecto Expediente 2765-2014-PA/TC. Caso: Carmen Zelada Requelme y otros)<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Ejecutoria publicada el 11 de setiembre de 2017.

# LAS DIRECTRICES DE NACIONES UNIDAS SOBRE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y LO ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR DEL PERÚ<sup>1</sup>

Hebert Tassano Velaochaga<sup>2</sup>

## RESUMEN

Uno de los principios fundamentales de la llamada Constitución económica es el deber del Estado peruano de garantizar y defender los intereses de los consumidores y usuarios. Tutelar el derecho de acceso a información clara, veraz, sencilla y oportuna, sobre los bienes y/o servicios a su disposición en el mercado. Introducir en estos últimos años un cambio de visión en cuanto a los conceptos de consumidor y relaciones de consumo tradicionales. Por ello, hoy se abarcan ámbitos más amplios a través de la promoción de una actuación preventiva, proactiva, y coordinada con diversas instituciones del Estado, ciudadanos y los agentes económicos. Por ello, además, en 2010, se aprobó el Código de Protección y Defensa del Consumidor (CDPC), mediante la Ley 29571, que desarrolla los derechos de los consumidores y los deberes generales de los proveedores, los contratos de consumo, los métodos comerciales abusivos, la protección en productos o servicios específicos, las responsabilidades y sanciones a los agentes económicos que incumplen las disposiciones contenidas en este cuerpo normativo, la defensa colectiva de los consumidores y el Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor. Asimismo, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es la autoridad nacional que, en aplicación del código, hace efectiva la protección y defensa de los consumidores, además de encargarse de las controversias entre consumidores y proveedores en temas consumo. Por otro lado, existen las directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, las cuales «son un conjunto valioso de principios que establecen las principales características que deben tener las leyes de Protección del Consumidor, las instituciones encargadas de aplicarlas y los sistemas de compensación para que sean eficaces». En este sentido, debemos comprender que el CDPC y el Indecopi sintonizan y desarrollan los criterios y estándares establecidos en las direc-

1 El presente artículo se realizó con la colaboración de Úrsula Ramírez P., abogada de la USMP.

2 Abogado, profesor en la Universidad Continental, la PUCP y la USMP. Expresidente del Indecopi. Las opiniones aquí vertidas son realizadas a título personal.

trices, elaboradas con una alta exigencia. Por lo tanto, el CDPC y el Indecopi realizan una buena labor y el CDPC contiene un marco legal propicio para garantizar un equilibrio en las relaciones de consumo en el mercado.

**Palabras clave:** Protección al consumidor, directivas de las Naciones Unidas para la protección consumidor, Indecopi.

## ABSTRACT

One of the fundamental principles of the so-called Economic Constitution is the duty of the Peruvian State to guarantee and defend the interests of the consumers and users, tutoring the right to access to clear, truthful, simple, and timely information about the goods and/or services that are found at their disposition in the market. In these last few years, it has been introducing a change in vision as to the concepts of the consumer and relations of traditional consumption. It is because of this that nowadays wider sectors are reached through the promotion of preventive, proactive action coordinated with diverse institutions of the State, citizens and economical agents. Therefore, in the year 2010, the Protection and Defense of the Consumer Code were approved by Law 29571, which develops the rights of the consumers and the general duties of the providers, the consumption contracts, abusive commercial methods, the protection of specific products and services, the responsibilities and sanctions of the economical agents that infringe the dispositions contained in this normative document, the collective defense of the consumers and the National Integrated System of Consumer Protection. At the same time, the National Institute of Defense of Competition and Protection of Intellectual Property - Indecopi (in Spanish), is the National Authority that, while applying the Code, executes the protection and defense of the consumers and also takes care of the controversies between consumers and providers in topics such as consumption, as well as the United Nations' Directives for the protection of the consumer which "are a valuable group of principles that establish the main characteristics that Consumer Protection should have, the institutions tasked with applying and the compensation systems for them to be effective...". In this sense, we should understand that the CDPC and the work of Indecopi are in sync and develop the criteria and standards established at the Directives, which are elaborated with high exigency. Therefore, the CDPC and Indecopi are doing a great job and the CDPC contains a legal framework that is propitious to guarantee a balance in the relationships of consumption in the market.

**Keywords:** Consumer protection, United Nations directives for consumer protection, Indecopi

## 1. INTRODUCCIÓN

En el Perú, la protección y defensa del consumidor toma fuerza con la aprobación de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución) de 1993<sup>3</sup>. Así, uno de los principios fundamentales de la Constitución económica es el deber del Estado peruano de garantizar y defender los intereses de los consumidores y usuarios, tutelando el derecho de acceso a información clara, veraz, sencilla y oportuna, sobre sobre los bienes y/o servicios que se encuentran a su disposición en el mercado.

En esta línea, muchos años después, pero habiendo tenido en el camino la actuación del Indecopi como entidad encargada de proteger los derechos de los consumidores, desde su creación a fines de 1992 (Decreto Ley 25868)<sup>4</sup>, en 2010 se aprueba el Código de Protección y Defensa del Consumidor mediante Ley 29571 (en adelante, el Código o CDPC), que desarrolla el deber tuitivo del Estado y enumera los derechos de los consumidores. Así, se introduce en estos últimos años un cambio de visión en cuanto a los conceptos de consumidor y relaciones de consumo tradicionales.

Por ello, hoy se abarcan ámbitos más amplios a través de la promoción de una actuación preventiva, proactiva, y coordinada con diversas instituciones del Estado, ciudadanos y los agentes económicos, pero además expandiendo su ámbito de aplicación a operaciones comerciales y nuevos entornos como los digitales.

En suma, el CDPC desarrolla los derechos de los consumidores y los deberes generales de los proveedores, los contratos de consumo, los métodos comerciales abusivos, la protección en productos o los servicios específicos (servicios públicos regulados, de salud, educativos, inmobiliarios y financieros), las responsabilidades y las sanciones a los agentes económicos que incumplen las disposiciones contenidas en este cuerpo normativo, la defensa colectiva de los consumidores (rol y funciones de las asociaciones de consumidores) y el Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor.

Al respecto, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es la autoridad nacional que, en aplicación del CDPC, hace efectiva la protección y defensa de los consumidores. Además, se encarga de las controversias entre consumidores y proveedores en temas de consumo. También comparte esta competencia, según el cuadro 1.

Por otro lado, existen las directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, las cuales fueron aprobadas por la Asamblea General en la Resolución 39/248, del 16 de abril de 1985, ampliadas por el Consejo Económico y Social en la Resolución 1999/7, del 26 de julio de 1999, y revisadas y aprobadas por la Asamblea General en la Resolución 70/186, del 22 de diciembre de 2015. Estas fueron promovidas por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y su división encargada de los temas de protección al consumidor<sup>5</sup>.

3 Constitución Política del Perú. Artículo 65.- «El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población».

4 Pero entró en funcionamiento en marzo de 1993.

5 La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo promueve las directrices y alienta a los Estados miembros interesados a crear conciencia sobre las numerosas formas en que los Estados miembros, las empresas y la sociedad civil pueden promover la protección del consumidor en la provisión de bienes y servicios públicos y privados.

Cuadro 1.

Indecopi	Servicios públicos de luz, saneamiento, telecomunicaciones e infraestructuras de transporte de uso público	Temas de salud
<p>Tiene competencia en todas las demás materias que no les corresponden a los organismos reguladores y a Susalud.</p> <p>En el caso de pensiones, hay una competencia compartida con la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).</p>	<p>En primera instancia, las empresas concesionarias del servicio y, en segunda instancia, los organismos reguladores respectivos Osinergmin, Sunass, Osipitel y Ositran</p>	<p>Según el Decreto Legislativo 1158, es función de la Superintendencia Nacional de Salud (Susalud) promover, proteger y defender los derechos de las personas al acceso a los servicios de salud.</p>

Las directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor «son un conjunto valioso de principios que establecen las principales características que deben tener las leyes de protección del consumidor; las instituciones encargadas de aplicarlas y los sistemas de compensación para que sean eficaces. Además, las directrices ayudan a los Estados miembros interesados a formular y aplicar leyes, normas y reglamentos nacionales y regionales adaptados a sus circunstancias económicas, sociales y ambientales; también contribuyen a promover la cooperación internacional entre los Estados miembros en el ámbito de la aplicación y alientan a que se compartan las experiencias en materia de protección de los consumidores» (documento de la UNCTAD/DITC/CPLP/MISC/2016/1).

El presente trabajo realiza un análisis comparativo de los objetivos de la directrices de las Naciones Unidas en materia de protección al consumidor y lo que el CPDC, en concordancia con la labor del Indecopi como autoridad de consumo tanto en la política como en la resolución de las controversias de consumo, realizan para garantizar una mejor protección

al consumidor, para definir si nuestro sistema y normas de protección al consumidor están en armonía con los estándares internacionales.

## 2. ANÁLISIS COMPARATIVO

El análisis comparativo considera el CDPC, la labor del Indecopi, y la estructura y contenido de las directrices de las Naciones Unidas.

### a. Objetivos

En los objetivos, las directrices no dice que «los consumidores deben tener el derecho de acceso a productos que no sean peligrosos, así como la importancia de promover un desarrollo económico y social justo, equitativo y sostenible y la protección del medio ambiente».

Así, las directrices parten del planteamiento de ciertos objetivos, los que han sido diseñados tomando en cuenta una de las fallas de mercado, la asimetría informativa que existe entre los consumidores y proveedores, sobre todo tomando en cuenta la capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación

de ambos agentes. Asimismo, estas directrices consideran tres temas muy importantes: i) el derecho que tienen los consumidores de acceder a productos que no sean peligrosos; ii) la promoción de un desarrollo económico y social justo, equitativo y sostenible; y iii) la protección del medio ambiente vinculado al consumo.

Por su parte, el CDPC tiene como finalidad que los consumidores y usuarios accedan a productos y servicios idóneos, además de que estos gocen de mecanismos efectivos para la protección y defensa de sus derechos. Ahora bien, para hablar del derecho al acceso a bienes y servicios idóneos, debemos tener en claro qué se entiende por idoneidad<sup>6</sup>.

La idoneidad a la que nos referimos es la correspondencia entre lo que el consumidor desea y lo que recibe. Para que ello sea concretado, el consumidor debe contar con información previa a la decisión de consumo, la que debe ser brindada por los proveedores a través de la publicidad y otros medios informativos. En efecto, este deber de idoneidad obliga al proveedor a entregar el producto o brindar el servicio en función a lo que el consumidor espera, según a la información que este mismo le ha proporcionado.

En relación con lo señalado, acerca de la correspondencia que existe entre lo que el consumidor espera y lo que efectivamente recibe, debemos considerar que esta correspondencia debe ser evaluada tomando en cuenta la naturaleza

y características del producto ofrecido. Por ello, resalto que, para que suceda, el proveedor debe poner a disposición del consumidor toda la información relevante para que así el consumidor pueda tomar una adecuada decisión.

Consecuencia de ello, un gran sector de la doctrina indica que el derecho de información con el que cuentan los consumidores es el más importante de todos. Así, como señala Rodolfo Salas, los consumidores tienen el derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para una adecuada decisión de consumo. Por ello, este derecho es el principal de todos<sup>7</sup>.

Como lo señalé, el citado deber de idoneidad al que hacemos referencia, trae consigo la responsabilidad del proveedor acerca de brindar productos y servicios de calidad en base a la información proporcionada<sup>8</sup>. Es decir, es deber de los proveedores entregar productos y servicios de calidad en las condiciones ofertadas o previsibles razonablemente<sup>9</sup>.

Por otro lado, el diseño del CDPC no solo vela porque los consumidores gocen de productos idóneos, sino que además brinda protección especial frente a la adquisición de productos y servicios que por su naturaleza o por su condición previsible representen algún tipo de riesgo para la salud y seguridad de los consumidores.

6 Ley 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 18.- «Idoneidad. Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso».

7 Salas Valderrama, 2010: 186.

8 Ley 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 19.- «Obligación de los proveedores. El proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben sus productos o del signo que respalda al prestador del servicio, por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y éstos, así como por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo que corresponda».

9 Perú, Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Resolución 0390-2019/SPC-Indecopi. Expediente 1510-2017/CC2 (13 de febrero de 2019). Sala Especializada en Protección al Consumidor.

En tal contexto, podemos observar que el primer derecho reconocido por el CDPC indica el derecho a una protección eficaz, respecto de bienes o servicios que puedan representar algún tipo de riesgo o peligro para los consumidores y usuario<sup>10</sup>. Asimismo, podemos observar que existe también una protección especializada para los consumidores en cuanto a la exposición a bienes o servicios que representen un riesgo para su salud<sup>11</sup>. A propósito, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, en una de sus resoluciones, indica:

Todo producto, en sentido lato, puede involucrar un cierto nivel de riesgo o peligro, aunque la mayor parte de veces ello no se vincule a su naturaleza intrínseca, sino a la manera individual en que es empleado: el papel tiene el riesgo de incendiarse; un cuchillo, de cortar a quien lo utilice; un artefacto puede ocasionar un corto circuito; un automóvil puede sufrir un accidente o un avión estrellarse<sup>12</sup>.

Así, debemos resaltar la labor que realiza el Indecopi en cuanto a prevención y protección a los consumidores vinculado a la protección frente a productos peligrosos, pues la autoridad de protección al consumidor ha creado

un sistema de prevención frente a productos o servicios peligrosos o potencialmente peligrosos que se encuentran dentro del mercado. Este sistema se apoya en redes internacionales de alertas tempranas, como el Sistema Interamericano de Alertas Rápidas (SIAR), lo cual permite que las alertas informativas sean efectivas e inmediatas.

Esta web informa a los consumidores mediante un listado específico y detallado de productos peligrosos. Ayuda a tener una mayor y mejor información antes de elegir un producto. Si accede a esta información de manera posterior, exigir una atención preferente.

Asimismo, entre las políticas públicas a cargo del Indecopi, encontramos que el Estado garantiza mecanismos de solución de conflictos alentando a que sean los proveedores quienes atienden de forma inmediata y directa las controversias que surjan entre estos y sus consumidores. Para ello, brinda la posibilidad de crear mecanismos alternativos de solución de conflictos, incluidos los sistemas de autorregulación.

En este sentido, la autoridad fomenta que los proveedores puedan adoptar métodos auto-compositivos basados en normas deontológicas que forman el sistema de autorregulación, cuyos miembros adoptan de manera voluntaria su propia normativa ética.

En efecto, el fundamento de este sistema no solo es facilitar el cumplimiento de los derechos de los consumidores permitiendo soluciones rápidas y eficientes, sino, además, a través de este esquema de cumplimiento normativo, busca aumentar el valor reputacional de los miembros de estos grupos o gremios. A modo de ejemplo, nuestro país cuenta con sistemas de autorregulación, como el Consejo

10 Ley 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 1.- «Derechos de los consumidores

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos: a. Derecho a una protección eficaz respecto de los productos y servicios que, en condiciones normales o previsible, representen riesgo o peligro para la vida, salud e integridad física».

11 Ley 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 25.- «Deber general de seguridad. Los productos o servicios ofertados en el mercado no deben conllevar, en condiciones de uso normal o previsible, riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes».

12 Perú, Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Resolución 0317-2018/SPC-Indecopi. Expediente 0712-2015/CC2 (18 de febrero de 2018). Sala Especializada en Protección al Consumidor.

Nacional de Autorregulación Publicitaria<sup>13</sup>, la Defensoría del Cliente Financiero<sup>14</sup> y la Asociación Automotriz del Perú con su programa Aló Auto<sup>15</sup>.

Hoy, el valor reputacional o la imagen de las empresas es de gran importancia. Por ello, la industria debe tomar mayor interés y consideración en la prevención de infracciones al consumidor.

De expuesto, podemos afirmar que la legislación y el accionar del Indecopi van en la línea con la idea de que un buen sistema de protección al consumidor no es aquel que actúa solo de manera posterior o reactiva al daño causado a los consumidores o usuarios —producto de una relación de consumo—, sino que es muy importante realizar acciones que eviten la existencia de infracciones o vulneraciones a los derechos de los consumidores. Es decir, es de vital importancia realizar una labor proactiva y preventiva. La actividad sancionadora debe ser residual.

Un buen sistema de protección al consumidor debe promover un desarrollo económico y social justo, equitativo y sostenible, en las relaciones de mercado. No debe medirse solo por cuántas sanciones impuso, sino debe ser «un sistema». Es decir, una serie de acciones integradas y articuladas por el Indecopi<sup>16</sup>. En línea con ello, en enero de 2017, tras un trabajo de más de dos años, se emitió el Decreto Supremo 006-2017-PCM, que aprobó la Política Nacional de Protección al Consumidor.

Hasta aquí podemos concluir que el CDPC y la labor del Indecopi están en concordancia con lo que plantean las directrices para garan-

tizar el acceso a productos que no sean peligrosos y la promoción a un desarrollo económico y social justo, equitativo y sostenible. Sin embargo, en la vinculación de la protección al medio ambiente vinculado al consumo, queda camino importante por recorrer. Tal vez un primer paso puede ser la fiscalización del no uso del tecnopor para los productos de consumo a través de la orientación y la sanción por el uso de un producto no idóneo para el consumidor, dada la prohibición de su utilización.

## b. Ámbito de aplicación

Aquí delimitaremos los alcances de la definición de «consumidor». En primer término, me refiero al ámbito de aplicación prescrito en las directrices, pues estas indican que las normas de protección al consumidor serán aplicadas a todas las relaciones de transacción entre empresas y consumidores, incluida la provisión de bienes y servicios a consumidores por parte de empresas estatales.

En este sentido, de manera preliminar, podríamos considerar la idea que las directrices no harían distinción entre empresas y microempresas, sino que sus políticas de protección al consumidor son mucho más globales. Ello tiene una gran importancia, pues, tal como lo desarrollaremos, en nuestro CDPC sí hacemos una marcada distinción entre empresas y microempresas.

Por su parte, el Código peruano acoge en su esfera de protección i) al consumidor en una relación de consumo o en la etapa previa a esta (sea de manera directa o indirecta); ii) a las relaciones de consumo que se celebran en el territorio nacional o cuando los efectos de las mismas se produzcan en este territorio; y, finalmente, iii) a las operaciones a título gratuito, siempre que

13 El Conar fue creado en 1997.

14 La DFC fue creada en abril de 2003.

15 La AAP fue fundada en diciembre de 1926.

16 Artículo 135 del CDPC.

tengan un propósito comercial dirigido a incentivar o fomentar actos de consumo<sup>17</sup>.

En el supuesto i), el CDPC deja claro que el Estado protege al consumidor potencial o aquel que se encuentra expuesto a una relación de consumo. Es decir, vulnerable a la limitación, restricción u omisión de alguno de sus derechos por los proveedores. Esta situación de vulnerabilidad responde principalmente a la desventaja informativa a la que son sujetos los consumidores, lo cual los convierte en la parte más débil de la relación de consumo. En este punto, cabe precisar que el CDPC no es restrictivo al momento de brindar protección al consumidor, en tanto que en el artículo III de su título preliminar indica que tan solo basta con la existencia de situaciones o actos previos a la adquisición de un producto o contratación de un servicio para merecer protección.

Así, como se aprecia en reiterada jurisprudencia del Indecopi, existen denuncias vinculadas a la negativa injustificada de atención a usuarios. Es decir, de manera previa a la relación de consumo, las cuales han sido declaradas procedentes, por ejemplo, en la Resolución 674-2015/ILN-CPC, que señala:

Un padre de familia denunció a una clínica por negar la atención a su menor hijo, debido a que no contaba con un médico pediatra. En su defensa, la clínica señaló que el padre se negó a seguir el procedimiento de atención. La Comi-

sión declaró fundada la denuncia, pues a través de una constatación policial se acreditó que, al momento del requerimiento de atención, el establecimiento no contaba con un especialista en pediatría.

Respecto al punto ii), la esfera de protección indicada en el CDPC deja claro que, independientemente de donde se realice, la relación de consumo o los actos preliminares a esta, el Indecopi será competente para conocer y resolver las controversias que surjan a partir de posibles vulneraciones a los derechos del consumidor. Es decir, en caso que un contrato haya sido celebrado en el extranjero, pero ejecutado en el Perú, el Indecopi estará facultado para conocer y resolver alguna posible controversia suscitada producto de esta relación de consumo.

En este punto es preciso indicar que esta facultad está sujeta a la vocación extraterritorial de la norma. Por ello, la infracción denunciada producto de una relación de consumo celebrada en el extranjero, sea por idoneidad del servicio u otro derecho contenido en el CDPC puede hacer a nuestras autoridades competentes<sup>18</sup>. Estos casos son relevantes al examinar casos de *e commerce* o relaciones comerciales celebradas en internet.

Además, el CDPC extiende su esfera de protección hacia las operaciones a título gratuito. Sin embargo, estas deben contar con la particularidad de tener un fin comercial. Es decir, que la motivación de la operación a título gratuito sea incentivar al o fomentar el consumo. Es decir, para que estas operaciones sean reconocidas como relaciones de consumo, no es necesario que exista un pago de por medio, sino que basta con que exista un proveedor, un consumidor y un bien o servicio puesto a disposición del consumidor<sup>19</sup>.

17 Ley 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo III.- «Ámbito de aplicación

1. El presente Código protege al consumidor, se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta.

2. Las disposiciones del presente Código se aplican a las relaciones de consumo que se celebran en el territorio nacional o cuando sus efectos se producen en éste.

3. Están también comprendidas en el presente Código las operaciones a título gratuito cuando tengan un propósito comercial dirigido a motivar o fomentar el consumo».

18 Maraví Contreras, 2013: 32.

19 Carbonell O'Brien, 2015: 44.

En este apartado resulta muy importante definir a quién nos referimos cuando decimos «consumidor». ¿Quién es el consumidor o usuario al que hacemos referencia a lo largo de este capítulo? Sin más, el consumidor es aquella persona física que, con independencia de su nacionalidad, actúa principalmente con fines personales, familiares o domésticos<sup>20</sup>. En tal contexto, tomando en cuenta lo indicado en el CDPC, se consideran consumidores a las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales de un bien o un servicio puesto en el mercado. En efecto, podemos concluir que el consumidor es el destinatario final de una relación de consumo. Es decir, se considera consumidor a la persona natural o jurídica que ostenta ser el último eslabón de la cadena de producción del mercado<sup>21</sup>.

No obstante, debemos ser cuidadosos al delimitar quién podría ser considerado como destinatario final, y es que —como ya lo habíamos adelantado al inicio de este apartado—, si bien el CDPC señala dentro del primer supuesto de su artículo IV a las personas jurídicas, estas deben actuar de una manera determinada. Es decir, estas empresas deben cumplir requisitos.

Un ejemplo es la protección especial que se brinda para las microempresas, en caso que evidencien una situación de asimetría informativa, frente a productos o servicios materia

que no formen parte del giro propio de su negocio<sup>22</sup>. Sin embargo, existe un filtro general que debe de ser tomado en cuenta para determinar la calidad del consumidor. Así, los lineamientos, refieren lo siguiente:

### Microempresas

Además de la protección que brinda el CDPC a las personas naturales y jurídicas que actúan fuera de un ámbito empresarial, este dispositivo tutela también de manera excepcional a los microempresarios. Es importante tener en cuenta que, para ello, deben verificarse los siguientes requisitos: (i) la calidad de microempresario del denunciante; (ii) el bien o servicio no debe formar parte del giro propio del negocio; y (iii) la asimetría informativa respecto de estos bienes o servicios.

Así, solo podrán ser considerados consumidores los microempresarios que cumplan estrictamente con los requisitos señalados. De lo contrario, no calificaría como consumidor final. A efectos de tener en claro lo mencionado en este párrafo, citaré la Resolución 0003-2014/SPC-Indecopi<sup>23</sup>, que declara improcedente la denuncia presentada por Global Arnid S. A. C contra Telefónica Móviles S. A., al no calificar como consumidor:

[...] Sala concluye válidamente que las contrataciones de los servicios ofrecidos por la denunciada se encuentran directa y estrechamente vinculada con el giro de negocio desarrollado por la denunciante. En efecto, considerando que la empresa se dedica a la «comercialización, exportación e importación de bienes muebles informáticos y de telecomunicaciones» [...] *queda evidenciado que la contratación de los servicios de Telefónica estuvo*

20 Ley 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo IV.- «Definiciones. - 1. Consumidores o usuarios. 1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor».

21 Espinoza Espinoza, 2012: 16.

22 Maraví Contreras, 2013: 32.

23 Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Resolución 0003-2015/SPC-Indecopi. Expediente 3435-2010/CPC. Sala Especializada en Protección al Consumidor.

*destinada para el desarrollo y el desenvolvimiento de las actividades económicas realizadas por la apelante (comercialización de bienes informáticos y de telecomunicaciones), pese a que informó que solo contaba con un trabajador.* En consecuencia, Global Arnid no ha cumplido con el segundo requisito de acuerdo al numeral 1.2 del artículo IV del Código. [Las cursivas son mías].

Finalmente, es importante mencionar que nuestro CDPC protege también a las asociaciones y personas jurídicas sin fines de lucro que adquieran o contraten un producto o servicio fuera de su ámbito empresarial.

### **c. Principios generales: Las directrices establecen los siguientes principios:**

#### **El acceso de los consumidores a bienes y servicios esenciales**

El Estado se encuentra obligado a garantizar el acceso a bienes y servicios básicos de calidad, debido a que, por la naturaleza de estos, la falta de calidad o la interrupción de alguno de estos podría suponer la puesta en peligro de la vida, seguridad o salud de los consumidores.

Por ello, es muy importante realizar monitoreos, inspecciones y seguimientos a las empresas autorizadas a brindar estos servicios. Así, el Estado controla estas empresas a través de organismos reguladores y mediante entidades sectoriales como Osiptel<sup>24</sup>, Osinergmin, Sunass<sup>25</sup>, Ositran, SBS e Indecopi. Estas auto-

ridades se encuentran facultadas para establecer mecanismos de solución de conflictos en temas concernientes a sus competencias.

La regulación de sectores económicos solo puede darse en casos excepcionales y justificables, en que se presenten fallas de mercado. Para ejemplificar las citadas fallas de mercado, en el Perú existe un monopolio natural de agua potable. Es decir, contamos con un solo proveedor de agua potable. Por ello, resulta de vital importancia que exista un organismo que se encargue de regular y supervisar este sector. Ello para que este servicio no deje de ser idóneo y de calidad por carecer de competencia en este mercado. En definitiva, este sector se encuentra regulado y supervisado por la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass), que está facultado para resolver conflictos en materia de consumidor de este sector.

Otro ejemplo, en el caso del sector telecomunicaciones, es Osiptel, que en 2012, creó y desarrolló un plan de supervisión, que contenía aspectos relacionados con la protección de los usuarios, efectuando 472 acciones de supervisión<sup>26</sup>.

#### **La protección de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja**

Según el criterio desarrollado en este capítulo, resulta claro que la protección a la que se refiere nuestro CDPC se destina a los consumidores que están en una situación de desventaja producto de la asimetría informativa presente en la parte más débil de la relación de consumo. No obstante, existen otros factores importantes que contribuyen a que la brecha de asimetría sea aún más grande, como desigualdad económica y desigualdad educativa.

24 Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) es un organismo técnico especializado del Estado peruano que regula y supervisa el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. Además, vela por los derechos del usuario.

25 La Sunass es un organismo público descentralizado, creado mediante Decreto Ley 25965, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros. Cuenta con personería de derecho público y con autonomía administrativa, técnica, económica, funcional y financiera.

26 Indecopi, 2012.

El Perú es un país en vías de desarrollo. Por ello, aún contamos con una considerable tasa de población vulnerable. La tarea de la autoridad administrativa encargada de velar por los derechos de los consumidores debe enfocarse en corregir y nivelar estas desventajas, implementando servicios de atención y orientación gratuita a los ciudadanos y brindando información de manera eficaz e inmediata.

En definitiva, podemos observar que la autoridad de protección al consumidor en el Perú brinda atención gratuita a los ciudadanos en materia de protección al consumidor. Así, el Indecopi cuenta con un programa de servicio de atención a ciudadanos, que brinda la alternativa no solo de recibir orientación gratuita sobre temas de competencia del Indecopi, sino que también permite que los consumidores puedan presentar sus reclamos de manera gratuita<sup>27</sup>.

### **La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad**

El capítulo IV del CDPC se centra en el derecho de salud y de seguridad de la que gozan los consumidores, imponiendo en primer lugar a los proveedores el deber de brindar seguridad a sus consumidores frente a los productos o servicios que dispongan en el mercado. Indicando que estos no deben conllevar, en condiciones de su uso normal o previsible, riesgo injustificado o no advertido para la salud de los consumidores<sup>28</sup>.

27 La intervención del Servicio de Atención al Ciudadano (SAC) solo podrá darse cuando no exista una norma legal expresa que excluya la intervención del Indecopi. Por ejemplo, en caso de servicios públicos (agua, luz y teléfono).

28 Ley 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 25.- «Deber general de seguridad. Los productos o servicios ofertados en el mercado no deben conllevar, en condiciones de uso normal o previsible, riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes».

Esta norma busca que los proveedores cumplan con las reglas generales, como estándares de calidad de los productos<sup>29</sup>. En este sentido, podemos entender como producto peligroso a aquel que conlleva a un riesgo anormal y serio que no puede ser cambiado a pesar de ejercer algún tipo de diligencia o cuidado razonable<sup>30</sup>. Así, la Resolución 320-2018/SPC-Indecopi indica<sup>31</sup>:

En ese orden de ideas, dentro del funcionamiento regular del mercado, la propia regulación estatal permite la producción, comercialización y prestación de distintos bienes y servicios que, aun cuando puedan conllevar un riesgo, este es interiorizado y asumido, pues los beneficios de su operación pueden ser mayores que las externalidades negativas generadas por su actividad en el mercado.

En suma, el CDPC impone la obligación a los proveedores de brindar bienes y servicios idóneos e inocuos, los que no impliquen riesgo o menoscabo en la salud e integridad de los consumidores.

### **El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual**

El derecho de acceso a la información es uno de los principales derechos con los que cuenta el consumidor. Se encarga de equilibrar la asimetría informativa que existe entre los proveedores y usuarios. Por ello, una de las principales finalidades del derecho de protección al consumidor es acabar con esta asimetría informativa.

29 Carbonell O'Brien, 2015: 160-161.

30 Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Resolución 0213-2000/TDC-Indecopi.

31 Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Resolución 328-2018/SPC-Indecopi. Expediente 334-2016/ILN-CPC (20 de febrero de 2018).

En definitiva, la protección al consumidor ha tenido como fundamento esta situación de desventaja informativa<sup>32</sup>. Esta protección no es para menos, pues esta asimetría a la que hacemos referencia también es considerada en las fallas de mercado, pues esta puede dificultar o impedir que exista un efectivo intercambio de bienes en el mercado<sup>33</sup>. De ahí que el derecho a la información es catalogado como uno de los principales deberes de los proveedores, pues son ellos quienes se encuentran obligados a brindar información relevante acerca del producto o servicio puesto en el mercado. En atención a ello, la Resolución 2623-2010/SPC-Indecopi<sup>34</sup> señaló:

Cabe agregar que la información es un proceso de naturaleza dinámica y que, por tanto, no es exigible únicamente al momento de la configuración de la relación de consumo. Así, en atención al deber de información que recae sobre los proveedores, el consumidor requerirá conocer toda aquella información relevante y suficiente referida a los bienes y servicios contratados a efectos de corroborar los términos en los que el proveedor le entregó un bien o brindó un servicio a fin de que pueda formular los reclamos que considere pertinentes o hacer valer sus derechos ante las instancias pertinentes, en caso se produjera algún tipo de controversia.

En este punto, resulta de vital importancia tener en claro qué se entiende por asimetría informativa. Este término es empleado para determinar la situación de desventaja informativa con la que cuenta una de las partes de la relación de consumo. Es decir, el consumidor, quien, al poseer una menor cantidad de información acerca de un determinado producto o servicio, se encuentra algunos escalones menos que el proveedor, quien sí, por su misma con-

dición, conoce a detalle cada característica del bien o un servicio que oferta.

Es decir, la asimetría informativa es la situación de desventaja que se crea en una relación de consumo, a partir que una de las partes (el proveedor). Cuenta con mayor información que la otra (el consumidor).

En definitiva, con el derecho de acceso a la información, la autoridad administrativa busca proteger a la parte más débil de la relación contractual, pues, al imponer a los proveedores la obligación de consignar la información relevante y necesaria para una adecuada toma de decisión de consumo, le brinda mayor seguridad y certidumbre al consumidor, considerado inexperto en temas de negocios. Por lo tanto, este se encuentra en una situación de desventaja frente al proveedor<sup>35</sup>.

### **La educación del consumidor, incluida la educación sobre las consecuencias ambientales, sociales y económicas que tienen sus elecciones**

No solo basta con tener una amplia gama de productos o servicios puestos a nuestra disposición, sino que lo realmente necesario es que los consumidores puedan tener conocimiento acerca de las características, beneficios, ventajas y desventajas con que cuenta un producto o servicio.

Así, teniendo clara la información necesaria acerca de un producto o servicio, el consumidor podrá tomar una decisión de consumo debidamente fundada. Es decir, a mayor y mejor calidad de información brindada por los proveedores, la otra parte de la relación de consumo podrá tomar mejores decisiones al momento de seleccionar un producto o servicio.

A lo largo de los años, el Perú ha evolucionado en temas de protección al consumidor, tal

32 Villota Cerna, 2010: 17.

33 Patrón, 2011: 25.

34 Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Resolución 2623-2010/SPC-Indecopi. Expediente 676-2017/CC2, ET.AL.

35 Gómez Calle, 1994: 15.

es así que, como parte de las políticas públicas en materia de derechos de consumidor, se han incluido mecanismos de prevención de infracciones a los derechos de los consumidores.

A modo de ejemplo, podemos citar la campaña «Julietta checa la etiqueta», presentada en 2017 por el Indecopi, cuyo principal objetivo fue crear el hábito de lectura de las etiquetas de alimentos y bebidas, para que los consumidores conozcan las características de los productos que adquirirán, de modo que, la toma de decisión de consumo sea responsable. Además, buscaba empoderar al consumidor peruano, pues, además de tener clara la información de los productos que desea adquirir, puede comparar esta información con la de otros productos.

Este programa enseñaba a la ciudadanía, de una manera práctica y didáctica, a leer la información de los proveedores a través del etiquetado de productos. Así, se concientizó a la población a tomar en cuenta toda la información brindada por los consumidores, para así tomar una mejor decisión de consumo. Este programa utilizó videos e imágenes fáciles de entender.

### **La disponibilidad para el consumidor de medios efectivos de solución de controversias y de compensación**

El Estado, además de garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos de los consumidores, debe contar con mecanismos efectivos de solución de conflictos. Así, entre los mecanismos tradicionales, la autoridad administrativa cuenta con los servicios tradicionales de atención a reclamos y quejas. Estos servicios se encuentran a cargo del Servicio de Atención al Ciudadano (SAC), mediante el cual los consumidores y usuarios pueden, además de presentar sus reclamos, recibir orientación de manera gratuita.

Por otro lado, el Indecopi recibe las denuncias de los ciudadanos previo pago de una tasa.

Para las denuncias ante las comisiones de protección al consumidor y los órganos resolutorios de procedimientos sumarísimos, no es un requisito contar con un abogado.

El CDPC, entre sus mecanismos de solución de controversias, da vida a los sistemas de arbitraje de consumo, como un sistema de solución de conflictos más rápido y sencillo que los mecanismos de solución de conflictos tradicionales<sup>36</sup>. Este mecanismo debe estar diseñado de manera sencilla, en tanto que no será requisito contar con conocimientos jurídicos de la materia. Por ello, tampoco resultará imprescindible contar con un abogado. En este caso la asistencia jurídica será facultativa y a elección del denunciante.

Una forma frecuente que las partes se sometan a arbitraje, como lo señala Arturo Álvarez, es pactando previamente una cláusula arbitral, aunque un gran sector de la doctrina se oponga a este sometimiento, en alusión la situación de desventaja de una de las partes (el consumidor) producto de la existencia de asimetría informativa<sup>37</sup>. No obstante, este mecanismo sigue siendo uno de los más rápidos y sencillos de solución de conflictos. Esto se debe a la disposición voluntaria<sup>38</sup> de las partes para llegar a un acuerdo o solución de conflicto de manera mucho más rápida que la tradicional.

36 Ley 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 137.- «Creación del Sistema de Arbitraje de Consumo. Créase el Sistema de Arbitraje de Consumo con el objetivo de resolver de manera sencilla, gratuita, rápida y con carácter vinculante, los conflictos entre consumidores y proveedores».

37 Álvarez Alarcón, 2011: 129-135.

38 Ley 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 140.- «Carácter voluntario.

La sumisión de las partes al Sistema Arbitral de Consumo es voluntaria y debe constar por escrito o en cualquier otro medio fehaciente».

**La libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten**

Nuestro CDPC promueve la participación ciudadana en la defensa de los derechos de los consumidores. Fomenta la creación de grupos independientes que voluntariamente tengan la finalidad de proteger, defender, informar y representar a los consumidores y usuarios. A estas agrupaciones se les denomina asociaciones de consumidores<sup>39</sup>. Estas asociaciones están facultadas para interponer reclamos o denuncias ante el Indecopi.

El CDPC brinda legitimidad para interponer reclamos o denuncias a las asociaciones de consumidores debidamente inscritas en el registro de asociaciones del Indecopi. Así se fomenta la creación de estos grupos independientes que el CDPC estipula de manera expresa con la firma del convenio de cooperación institucional.

Estos grupos pueden disponer de cierto porcentaje de las multas administrativas impuestas a los proveedores por infracciones a las normas de protección al consumidor<sup>40</sup>.

39 «6. Asociaciones de consumidores.- Son organizaciones que se constituyen de conformidad con las normas establecidas para tal efecto en el Código Civil. Su finalidad es proteger, defender, informar y representar a los consumidores y usuarios, pudiendo interponer ante las autoridades competentes reclamos y denuncias a nombre de sus asociados y de las personas que hayan otorgado poder a su favor, así como en defensa de intereses difusos o colectivos de los consumidores, con sujeción a lo previsto en el presente Código».

40 Ley 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 156.- Convenios de cooperación institucional. «156.1. El Indecopi y los organismos reguladores de los servicios públicos pueden celebrar convenios de cooperación institucional con asociaciones de consumidores reconocidas y debidamente inscritas en el registro especial. La firma del convenio de cooperación institucional otor-

En los últimos años, el Indecopi ha promovido la creación y fortalecimiento de las asociaciones de consumidores. Asimismo, la legislación ha reconocido la importancia de su participación en órganos consultivos de los organismos reguladores de servicios públicos (consejos de usuarios), como Susalud y el Consejo Directivo del Instituto Nacional de la Calidad (Inacal). También representantes de las asociaciones de consumidores participan con voz y voto en el Consejo Nacional de Protección al Consumidor, presidido por el Indecopi.

El mecanismo de los consejos de usuarios ha sido creado para facilitar la participación ciudadana en materia de protección de los derechos de los usuarios de servicios públicos (agua y alcantarillado, gas natural y luz, infraestructura de transporte de uso público y telecomunicaciones). Así, los consejos de usuarios cum-

---

ga la posibilidad de que el Indecopi y los organismos reguladores de los servicios públicos puedan disponer que un porcentaje de las multas administrativas impuestas en los procesos promovidos por estas asociaciones de consumidores les sea entregado. En cada caso, dicho porcentaje no puede exceder el cincuenta por ciento (50%) de la multa impuesta y constituyen fondos públicos.

156.2. Los porcentajes entregables a las asociaciones de consumidores deben ser utilizados a efectos de implementar acciones específicas de promoción y defensa de los intereses de los consumidores y un monto no mayor del cinco por ciento (5%) del porcentaje que se les entrega puede ser utilizado Código de Protección y Defensa del Consumidor para su funcionamiento a efectos del desarrollo de su finalidad, en las condiciones que establece el reglamento.

156.3. Corresponde a la Contraloría General de la República supervisar que las asociaciones de consumidores destinen los recursos recaudados por concepto de multa para los fines señalados en el párrafo.

156.2.. El incumplimiento de esta finalidad conlleva a resolver el Convenio de Cooperación Institucional e iniciar las acciones administrativas y penales que correspondan.

156.4 Los requisitos para la celebración de los convenios y para que la entrega de los fondos cumpla con la finalidad asignada son establecidos por el Indecopi y los organismos reguladores, respectivamente, mediante resolución de Consejo Directivo».

plen un rol de representación de los usuarios a través de consultas, opiniones, lineamientos, entre otros.

Como señala la Autoridad Nacional de Protección al Consumidor, las asociaciones que participen en estos consejos no están facultadas para recibir o interponer reclamos, quejas o solicitudes que cuenten con un procedimiento preestablecido de atención y de competencia de los entes reguladores. Para ello, estas asociaciones deberán estar debidamente inscritas en el Registro Oficial de Asociaciones de Consumidores<sup>41</sup>.

Por ello, es pertinente mencionar algunos casos promovidos por las asociaciones de consumidores en defensa de los derechos de los consumidores.

A modo de ejemplo, podemos citar algunos de los casos que fueron iniciados por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (Aspec) y otros ciudadanos en junio de 2017, casos en los que, por la naturaleza de los productos cuestionados, gozaron de cierto protagonismo. Uno de ellos es el referido al producto lácteo Pura Vida Nutrimax, de la empresa Leche Gloria Sociedad Anónima (Gloria S. A.), en el cual el Indecopi sancionó a la empresa con 450 UIT<sup>42</sup>, por infracción al artículo 32 del CDPC, debido a que el envase del citado producto consignaba la siguiente frase: «leche evaporada parcialmente descremada», la cual no correspondía a la naturaleza del producto, debido a que este contenía elementos no lácteos.

41 Directiva 009-2013/DIR-COD-Indecopi. «Normas sobre Registro, Reconocimiento y Participación de las Asociaciones de Consumidores en los Procedimientos sobre Defensa de los Derechos de los Consumidor».

42 Perú, Indecopi, Resolución nro. 2623-2018/SPC-Indecopi. Expedientes 676-2017/CC2, 724-2017/CC2, 729-2017/CC2, 750-2017/CC2, 819-2017/CC2 y 916-2017/CC2 (acumulados) (5, de junio de 2017). P. S: Javier Eduardo Raymundo Villa García Vargas.

De igual manera, el 5 de junio del mismo año, la Aspec ingresó otra denuncia contra la misma empresa. En este caso por el producto «Bonlé Familiar»<sup>43</sup>, por vulneración al deber de información e idoneidad al consignar la frase: «Leche evaporada parcialmente descremada», la cual, a consideración de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, vulnera las disposiciones establecidas en el Código Alimentarius e infringió lo estipulado en el artículo 32 del CDPC. Por ello, esta empresa fue sancionada con 450 UIT.

Por lo expuesto, es importante mencionar que el protagonismo que gozaron estos casos se debió a la naturaleza de los productos cuestionados, debido a que los mismos forman parte de la canasta básica familiar, y los principales consumidores de estos productos son los niños. Con estos casos, se abrió debate al deber de información al cual están sujetos los proveedores, debido a que en muchos casos o no brindan información veraz o simplemente omiten información sumamente importante, pues los consumidores harán efectivas sus decisiones de consumo tomando en cuenta la información brindada por el proveedor.

### **Un grado de protección para los consumidores que recurren al comercio electrónico que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio**

En los últimos años, el avance de las tecnologías ha dado paso a la evolución de las formas de contratación. Por ello, si bien el comercio electrónico<sup>44</sup> no forma parte de las modalida-

43 Perú, Indecopi, Resolución 2624-2018/SPC-Indecopi. Expediente 679-2017/CC2 (5 de junio de 2017).

44 La Organización Mundial de Comercio (OMC) define al comercio electrónico como «la producción, publicidad, venta y distribución de productos a través de las redes de telecomunicaciones».

des tradicionales de contratación, se ha convertido en una de las formas más usadas por los consumidores. Esto porque la contratación electrónica permite un intercambio de bienes y servicios mucho más rápido que en la forma tradicional.

Además, promueve la existencia de relaciones transfronterizas, a precios competitivos y con medios de pago ágiles<sup>45</sup>. Sin embargo, es importante mencionar que la contratación vía electrónica cuenta con mayores riesgos que las formas tradicionales, como mayores defectos u omisiones en la información, tratamiento inadecuado de datos personales, falta de seguridad en método de pago, entre otros.

En este contexto, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico<sup>46</sup> publicó en 2016 los nuevos lineamientos en materia de protección al consumidor de comercio electrónico, los «Consumer Protection in E-commerce OECD Recommendation», los que han sido difundidos en el Perú como parte de sus políticas de protección al consumidor.

Estos lineamientos enmarcan, entre otros, los principios generales, como tratar la información presentada en las transacciones electrónicas, mecanismos adecuados para solución de conflictos y reparación, así como la protección de medios de pago, privacidad y educación<sup>47</sup>. En cuanto al derecho a la información (considerado como uno de los principales derechos con los que cuentan los consumidores), los referidos lineamientos señalan que la información proporcionada a los consumidores en esta forma de contratación debe ser clara, precisa, de fácil acceso y visible, de modo que los con-

sumidores puedan comprender la información puesta a su disposición, para así tomar una mejor y más acertada decisión de consumo.

En esta dirección, en junio de 2018, el Indecopi publicó como parte de sus políticas públicas de promoción a la competitividad del país la «Agenda Digital», cuyos principales objetivos son promover, impulsar, adaptar, mejorar y desarrollarse en los siguientes aspectos: protección de datos personales, políticas de contenidos, internet libre y abierto, confianza en línea, comercio electrónico, propiedad intelectual, innovación, investigación y emprendimiento<sup>48</sup>.

Así, este documento establece recomendaciones y propuestas de políticas públicas enfocadas en un mejor desarrollo de la protección de las transacciones digitales, brindando, entre otras cosas, mayor seguridad y protección a los consumidores que opten por utilizar estos mecanismos de intercambio.

Finalmente, es importante resaltar que, si bien el CDPC no incluye el comercio electrónico como tal, lo incluye tácitamente en la definición de contratos de consumo, al señalar: «Las disposiciones del presente capítulo son aplicables a todos los contratos de consumo, sean celebrados por cualquier modalidad o forma, según la naturaleza y alcances correspondientes»<sup>49</sup>.

48 Indecopi, 2018.

49 Ley 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 45.- «Contrato de consumo. El contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica. Las disposiciones del presente capítulo son aplicables a todos los contratos de consumo, sean celebrados por cualquier modalidad o forma, según la naturaleza y alcances correspondientes. En todo lo no previsto por el presente Código o en las leyes especiales, son de aplicación las normas del Código Civil en cuanto resulten compatibles con la naturaleza de estos contratos».

45 Indecopi, 2018.

46 La OCDE fue fundada en 1961.

47 OECD, 2016.

#### d. Principios para unas buenas prácticas comerciales

Los principios que establece las directrices para unas buenas prácticas comerciales en las actividades comerciales en línea y fuera de línea con los consumidores son los siguientes:

##### Trato justo y equitativo

Según lo señalado en las directrices, «las empresas deben tratar de manera justa y honesta a los consumidores en todas las etapas de su relación», partiendo de esta premisa, debemos tener en cuenta que, si bien el Estado puede establecer normativa que imponga el deber de respetar a los consumidores, en cuanto a brindarles un trato justo y equitativo<sup>50</sup>, el hecho de implementar mecanismos o sistemas de buenas prácticas, es un tema ético. Es decir, los mecanismos de buenas prácticas deben ser implementados de manera voluntaria. En este escenario, son los mismos proveedores quienes se agrupan, para autorregularse y cumplir con los fines trazados.

En definitiva, el derecho a un trato justo y equitativo implica que los proveedores brinden a los consumidores bienes o servicios sin exclusiones o seleccionando a los consumidores o usuarios según criterios personales sin justificación alguna<sup>51</sup>. En tal contexto, atendiendo a las buenas prácticas comerciales, los provee-

dores tienen la tarea de implementar, entre sus políticas empresariales, mecanismos que incluyan un trato justo a los consumidores.

Además, entre las políticas de protección a los intereses sociales y económicos del CDPC, se incluye la obligatoriedad de los proveedores de no discriminación como exclusión de personas sin motivos justificados<sup>52</sup>. De otro modo, los proveedores están totalmente prohibidos de realizar actos discriminatorios. Ejemplo de ello lo encontramos en la Resolución 534-2019/SPC-Indecopi<sup>53</sup>, en que se sanciona a Chira's E. I. R. L. por incumplir con el artículo 39 del CDPC:

Es importante reconocer que el origen de un acto discriminatorio puede provenir de diversos prejuicios (ideológicos, raciales, políticos, sociales, económicos, entre otros); sin embargo, sea cual fuere el motivo, la práctica debe ser desterrada debido al innegable efecto negativo que produce en el sujeto víctima de discriminación, al menoscabar su propia dignidad y naturaleza humana.

En definitiva, si bien las buenas prácticas comerciales son sistemas o mecanismos voluntarios, tenemos a un Estado que sanciona y

50 Ley 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 1.- «Derechos de los consumidores. 1.1. En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos: [...].

d. Derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole».

51 Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Resolución 0534-2019/SPC-Indecopi. Expediente 0057-2018/CPC-Indecopi-PIU (27 de febrero de 2019).

52 Ley 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 38.- «Prohibición de discriminación de consumidores.

38.1 Los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de los consumidores, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo.

38.2. Está prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares.

38.3. El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga».

53 Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Resolución 534-2019/SPC-Indecopi. Expediente 0057-2018/CPC-Indecopi-PIU (27 de febrero de 2019).

prohíbe los tratos discriminatorios. Por ello, en estos casos resulta muy importante que los proveedores puedan implementar sistemas en los cuales estudien previamente los casos de riesgos de infracción de este dispositivo legal, para que así, además de sumar a su valor reputacional como empresa, obtengan un estricto y positivo cumplimiento normativo. En este punto podemos resaltar que la autoridad administrativa ejerce también un rol preventivo, pues sancionar a las empresas por este tipo de actos discriminatorios incentiva a implementar mecanismos para evitar estas sanciones.

### **Conducta comercial**

Es importante que los proveedores cuenten con mecanismos que les permitan identificar y prevenir conductas contrarias a las normas de protección al consumidor y encaminar así a una conducta comercial idónea, en cuanto a mecanismos de protección de riesgos. Por ejemplo, sería interesante que las empresas opten por implementar programas de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor.

No obstante, existen otros mecanismos para prevención de conductas infractoras de la normativa de protección al consumidor, como la implementación de códigos de conducta, códigos de ética, considerados mecanismos de autorregulación de conducta y buenas prácticas comerciales. En definitiva, un código de ética establece parámetros de comportamiento estableciendo cómo debe ser el comportamiento

Un buen ejemplo de buenas prácticas comerciales es que las empresas informen a los consumidores sobre los términos y características de los productos o servicios puestos en el mercado, a través de la publicidad. Si bien el CDPC indica que ciertos parámetros de cumplimiento publicitario, como las promociones comerciales, es tarea de los proveedores, im-

plementar mecanismos para autorregularse y cumplir con estos parámetros establecidos por la ley, buscando también brindar esta información de manera mucho más sencilla y simple, de modo que esta pueda ser entendida por los consumidores.

Como ejemplo de buenas prácticas, podemos resaltar el trabajo de la industria publicitaria peruana a través del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (Conar), que cuenta con su propio código de ética y se encuentra facultado para imponer sanciones morales a sus asociados, las cuales están relacionadas con su valor reputacional. Ello, a todas luces, genera mayores desincentivos de incumplimiento por parte de los anunciantes<sup>54</sup>.

Las sanciones que puede imponer el Conar, como todo sistema de autorregulación, no son pecuniarias. Sus sanciones son morales, las que pueden ser públicas o privadas. En la práctica, estas pueden generar en los anunciantes mayores desincentivos a cometer infracciones sancionadas por los códigos de conducta (que — como hemos dicho— deben ser compatibles con la norma legal que regula la publicidad en el país) que una fuerte sanción económica.

### **Divulgación y transparencia**

Como parte de las buenas prácticas comerciales, encontramos la divulgación y transparencia, que, al implementarse como un mecanismo voluntario, resultaría acorde con el cumplimiento del deber de información al que están obligados los proveedores. Como lo hemos tratado al inicio de este capítulo, el derecho a la información es uno de los más importantes con los que cuentan los consumidores, pues el cumplimiento del mismo ayuda a equilibrar la asimetría informa-

<sup>54</sup> Sosa Huapaya, 2011: 36.

tiva que existe entre consumidores y proveedores. Dicho esto, los proveedores son los indicados para implementar mecanismos de buenas prácticas relacionadas con el cumplimiento del derecho de información.

Así tenemos, por ejemplo, que en 2013 la Asociación de Bancos del Perú (Asbanc) implementó entre su normativa ética los lineamientos de publicidad de productos financieros, para homogeneizar la información brindada a los consumidores a través de la publicidad. Este mecanismo incluye, entre otros, el uso de gráficos sencillos de entender e información relevante sobre los productos financieros.

Además, este mismo sector de la industria cuenta con la campaña «Pregunta Nomás», que busca establecer un canal de comunicación mucho más sencillo y directo con el usuario. Esto, implementado y desarrollado de una manera correcta, genera en los consumidores una mayor certidumbre al tomar decisiones de consumo.

Estos mecanismos no solo ayudan que el consumidor pueda ser atendido de una manera más rápida y eficaz, sino que también estos sistemas de solución de conflictos ayuden a las empresas a cumplir con sus estándares de atención y respeto al consumidor.

Podemos concluir que este sector realiza esfuerzos en implementación de buenas prácticas, lo cual se traduce en una mejora en el consumidor. Sin duda, la correcta implementación de estas prácticas podría reducir infracciones a los derechos de los consumidores y aumentar la reputación de las empresas que implementan estos sistemas.

### **Protección de la privacidad**

La Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales, busca garantizar el derecho fundamental de la protección de los datos personales. En

el caso de derechos de protección al consumidor, debemos considerar que los proveedores de servicios cuentan con una amplia base de datos personales de sus consumidores o usuarios.

Por ello y en cumplimiento de la citada ley, estos proveedores están obligados a implementar, dentro de sus buenas prácticas comerciales, políticas destinadas al tratamiento del banco de datos personales con los que cuentan.

No obstante, el Estado debe incentivar a los proveedores para la implementación de estos sistemas. En este punto la autoridad administrativa puede ejercer su función preventiva, pues, al incentivar a los proveedores a la implementación de estos mecanismos, prevé también la existencia de posibles infracciones, lo que se traduce en beneficio de los consumidores.

### **Controversias y reclamaciones de los consumidores**

Existen mecanismos tradicionales de atención de reclamos, los que son atendidos por las autoridades administrativas competentes. Sin embargo, los proveedores pueden también implementar dentro de sus políticas comerciales de buenas prácticas, mecanismos de solución de conflictos efectivos.

Estos mecanismos deben atender y solucionar de manera rápida y eficaz las controversias que surjan entre los consumidores y proveedores, evitar llevar el conflicto hasta instancias administrativas, que generan mayor certidumbre y credibilidad ante sus consumidores o usuarios. Ello se traduce también en un aumento de su reputación.

Aquí podemos resaltar la labor de los gremios empresariales, como la Oficina del Defensor del Cliente Financiero en el Perú (DCF)<sup>55</sup>,

<sup>55</sup> La DCF fue creada en abril de 2003, por iniciativa privada del sector financiero.

creada por el sector financiero. Funciona como un mecanismo de prevención y solución de conflictos, entre los consumidores de los servicios financieros y los proveedores. Es también tarea de la autoridad administrativa incentivar a la industria a crear estos mecanismos alternativos de solución de conflictos.

En este contexto, el Indecopi y la Asociación de Bancos del Perú (Asbanc) han creado un mecanismo de gestión y atención de reclamos de índole financiera, rápido y eficaz, que se acciona mediante una llamada telefónica.

Por otro lado, es importante destacar los esfuerzos de los proveedores de servicios financieros en el Perú, pues, como parte de sus mecanismos de autorregulación, en enero de 2013, implementaron sus lineamientos de publicidad de productos financieros. Estos lineamientos indican cómo se debe brindar la información a los usuarios a través de la publicidad. Además, es importante destacar que el cumplimiento de los referidos lineamientos se encuentra sujeto a supervisión del Conar.

El cumplimiento de estos lineamientos es de manera obligatoria para las entidades adherentes, a las cuales se les da la responsabilidad de brindar una información clara, oportuna, veraz y sencilla de entender. Estos lineamientos no solo lograron la homogeneización del diseño publicitario de los servicios financieros, sino que, además, se ordenó la información legal y necesaria que debe ser conocida por los consumidores al momento de contratar un servicio de esta índole.

Asimismo, las instituciones afiliadas a la Asbanc crearon el Sistema de Relaciones con el Consumidor, cuyos objetivos son: i) crear una cultura de responsabilidad de usos bancarios; ii) conocer los alcances de los conceptos y servicios bancarios; y iii) mejorar las prácticas de atención y comunicación transparente con los usuarios.

Las iniciativas señaladas no solo buscan brindar la mayor información a los consumidores. Sus objetivos son que esta información sea clara y sencilla de entender por los consumidores o usuarios, quienes podrán tomar decisiones de consumo responsables.

## e. Directrices

### Políticas nacionales para la protección del consumidor<sup>56</sup>

Las Políticas Nacionales para la Protección del Consumidor surgen desde lo estipulado en el artículo 132 del CDPC, pues el mismo da vida al Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor, cuyo fin es armonizar las políticas públicas de todos los sectores competentes para así optimizar la actuación pública y garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos de los consumidores de una eficaz.

Aquí partiremos de lo señalado en literal a) del artículo 134 del CDPC, que estipula que el Consejo Nacional de Protección del Consumidor tiene la función de «proponer y armonizar la política nacional de protección y defensa del consumidor, así como el Plan Nacional de Protección de los Consumidores, que deben ser aprobados por la Presidencia del Consejo de Ministros». Ello implica que las políticas de protección y defensa del consumidor se den en todos los niveles de gobierno, e incluyan a los actores públicos y privados.

Para integrar y consolidar el sistema de protección al consumidor en el Perú, en marzo de 2017, a través del Decreto Supremo 024-2017-PCM, se aprobó el «Plan Nacional de Protección de los Consumidores 2017- 2020» (en adelante, el Plan de Protección de los

<sup>56</sup> Aquí me refiero, además de lo que establece el CDPC, al Decreto Supremo 006-2017-PCM, que aprueba la Política Nacional de Protección y Defensa del Consumidor (PNPDC).

Consumidores o DS 024-2017), que, según la Política Nacional de Protección y Defensa del Consumidor<sup>57</sup>, establece cuatro ejes estratégicos: i) educación, orientación y difusión; ii) protección de la salud y seguridad de los consumidores; iii) mecanismos de prevención y solución de conflictos entre proveedores y consumidores; iv) fortalecimiento del Sistema Nacional Integrado de Protección.

### Seguridad física

En lo que concierne al servicio esencial de salud, la institución encargada de velar por la protección de los derechos de los usuarios es la Superintendencia Nacional de Salud (Susalud)<sup>58</sup>, que no solo supervisa a las instituciones prestadoras del servicio de salud públicas, sino que su competencia se extiende para instituciones privadas y mixtas.

Asimismo, entre su competencia vela también por el cumplimiento de las entidades administradoras de fondos de aseguramiento de salud. Como se aprecia, este sector se encuentra especialmente protegido, debido a la especialidad técnica con la que cuentan los funcionarios de esta entidad. Esto es un gran y novedoso avance en materia de protección al consumidor en sector salud, pues, hace unos pocos años, estas controversias eran resueltas por el Indecopi.

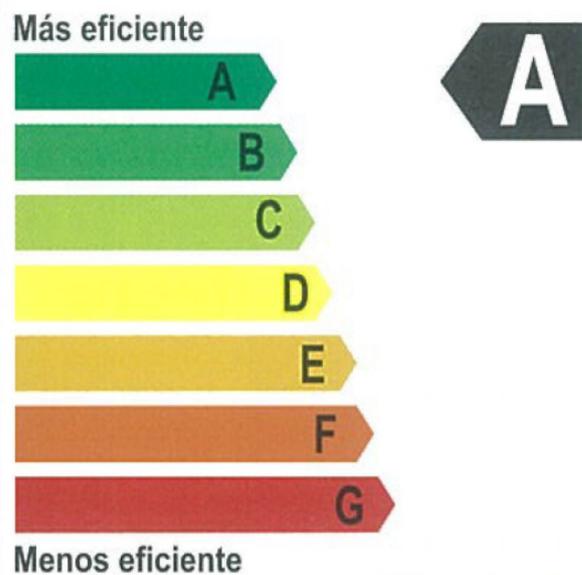
### Promoción del consumo sostenible

Como señalan las directrices, los Estados miembros debemos promover el consumo

sostenible. Es decir, los consumidores deben satisfacer sus necesidades de bienes y servicios de una forma sostenible, tanto en el punto de vista económico como en el social y ambiental.

Por ello, entre las políticas de promoción de consumo sostenible, en setiembre de 2000, el Estado peruano promulgó la Ley de Promoción del Uso Eficiente de la Energía, Ley 27345, que tuvo mayor efecto a partir del 7 de abril de 2018, cuando entró en vigencia de su reglamento técnico. El objetivo principal de esta ley es el uso eficiente de la energía, para asegurar el suministro de energía, proteger al consumidor, fomentar la competitividad de la economía nacional y reducir el impacto ambiental negativo del uso y consumo de los energéticos.

Esta regulación permite que los consumidores conozcan de manera rápida y previa la adquisición de productos, el nivel de energía que consumen los artefactos eléctricos que se encuentran en el mercado. Este etiquetado segmenta a los productos según su nivel de eficiencia. La letra A es el producto más eficiente:



57 Plan Nacional de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado el 27 de enero de 2017, mediante Decreto Supremo 006-2017-PCM.

58 El 6 de diciembre de 2013, mediante Decreto Legislativo 1158, se dispuso el fortalecimiento y cambio de denominación de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud a Susalud, el cual es un organismo técnico especializado. Adscrito al Ministerio de Salud, cuenta con autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera.

Además de promover el consumo sostenible de los consumidores, la Ley 27345 brinda una mayor protección a los consumidores, pues va de la mano con el derecho de información a la que son sujetos los consumidores. Esto sin dejar de lado la protección ambiental y el desarrollo tecnológico al cual se ven incentivados los proveedores, pues estos buscarán innovar con la fabricación de productos más eficientes. No obstante, debemos ser enfáticos en señalar que si bien, normativas como la mencionada en este punto colaboran con la promoción hacia un consumo sostenible, el Estado aún debe de realizar mayores esfuerzos para reforzar y concientizar a la población en cuanto acciones de cuidado y protección del medio ambiente entre las transacciones comerciales. Además, hacer una gran labor en materia de educación, base para «sembrar» a futuro.

#### f. Cooperación internacional

Las directrices establecen que los Estados miembros deben, en un contexto regional o subregional, establecer, examinar, mantener o reforzar, según proceda, mecanismos para el intercambio de información relativa a políticas y medidas nacionales en la esfera de la protección del consumidor. Además, cooperar o alentar la cooperación en la aplicación de las políticas de protección del consumidor, para conseguir mejores resultados en el marco de los recursos existentes.

Aquí debemos de resaltar la gran labor del Indecopi, que, a través de su área de cooperación

internacional, ha realizado y realiza, se posiciona con ayuda de su escuela y, en su oportunidad, con la escuela del programa Compal (programa de cooperación tripartito entre la UNCTAD, el Gobierno suizo y países latinoamericanos), en el centro de los temas de protección al consumidor de la región.

Las jornadas de la Compal permitían, en una semana de trabajo presencial de los analistas en temas de consumidor de los países del programa, compartir, entre otras cosas, las mejores acciones y formas de resolver casos de consumidor. El liderazgo debe de retomarse en beneficio de los consumidores y para volver a estar en sintonía con las directrices.

#### g. Conclusiones

Tras el análisis comparativo entre lo que establecen las directrices y lo normado en el Perú en materia de protección y defensa del consumidor, podemos concluir que el CDPC y el Indecopi están en sintonía y desarrollan los criterios y estándares establecidos en las directrices, que están elaboradas con una alta exigencia.

Por ello, el CDPC y el Indecopi realizan una buena labor y el CDPC contiene un marco legal propicio para garantizar un equilibrio en las relaciones de consumo en el mercado. Sin embargo, hay áreas en que aún se puede y debe mejorar, como los temas de comercio electrónico y el tema ambiental y las relaciones de consumo, que está en las directivas. Consideramos que ello pasa por reforzar al Indecopi, pero ese es un tema de un próximo artículo.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ALARCÓN, ARTURO. *El sistema de arbitraje de consumo del Perú*. Editor Súmar Óscar. Lima: Universidad del Pacífico.
- CARBONELL O'BRIEN, ESTEBAN. *Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor*. Lima: Jurista Editores.
- ESPINOZA ESPINOZA, JUAN. *Derecho de los consumidores*. Lima: Editorial Rodhas.
- GÓMEZ CALLE, ESTHER. Los deberes precontractuales de información. *Crítica de Derecho Inmobiliario*.
- INDECOPI. *Estado de la protección de los consumidores. Informe anual 2012* [Citado el 28 de agosto de 2019]. [www.indecopi.gob.pe/documents/51084/126949/FINAL\\_PROTECCION\\_07\\_04\\_2014\\_DPC.pdf/35e66481-b9a8-4478-b4eb-12c14e6bb7c4](http://www.indecopi.gob.pe/documents/51084/126949/FINAL_PROTECCION_07_04_2014_DPC.pdf/35e66481-b9a8-4478-b4eb-12c14e6bb7c4)
- INDECOPI. *Agenda digital 2018*. [Citado el 13 de septiembre de 2019]. [https://issuu.com/indecopi/docs/agenda\\_digital\\_16.05.2018](https://issuu.com/indecopi/docs/agenda_digital_16.05.2018)
- MARAVÍ CONTRERAS, ALFREDO. Breves apuntes sobre el sistema de protección al consumidor en el Perú. *Revista de Actualidad Mercantil PUCP*.
- OECD (2016). *Consumer Protection in e-commerce: OECD Recommendation, OECD. 2016* [Citado el 28 de agosto de 2019]. <https://acortar.link/2rHndR>

PATRÓN, CARLOS A. *Un acercamiento preliminar a la función económica de la protección al consumidor en ensayos sobre protección al consumidor*. Editor Súmar Óscar. Lima: Universidad del Pacífico.

SALAS VALDERRAMA, RODOLFO ALEJANDRO. Algunos apuntes y reflexiones sobre la tutela de los consumidores y la asimetría Informativa en el mercado. *Foro Jurídico*.

## Normativa utilizada

- Decreto Supremo 006-2017-PCM. Plan Nacional de Protección y Defensa del Consumidor.
- Decreto Legislativo 1044. Ley de la Represión de la Competencia Desleal.
- Directiva 009-2013/DIR-COD-Indecopi. Normas sobre Registro, Reconocimiento y Participación de las Asociaciones de Consumidores en los Procedimientos sobre Defensa de los Derechos de los Consumidores.
- Ley 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor.
- Ley 27345. Ley de la Promoción del Uso Eficiente de la Energía.



# ÍNDICES, LIBERTAD ECONÓMICA Y LAS NECESARIAS REFORMAS DE MERCADO A IMPLEMENTAR

Christian Guzman Napurí<sup>1</sup>

## RESUMEN

Es la economía social de mercado aquella que se encuentra consignada en el artículo 58 de la Constitución Política del Perú, y sin embargo, sin tener la idea clara se proponen múltiples afectaciones a la misma, a través de controles de precios, incorporación de delitos económicos, restricciones de actividades económicas o generando mayores regulaciones, cuando más bien se deben implementar reformas de mercado para la ansiada reactivación económica en un contexto complicado como el actual. Por ello, debemos implementar una adecuada tutela de la economía de mercado en nuestro país. Si revisamos el Índice de Libertad Económica, creado por el diario *The Wall Street Journal* y la Fundación Heritage, observaremos que nos encontramos bastante rezagados en esta materia.

Resulta sorprendente que los planes de gobierno de los diversos partidos en las recientes elecciones no se hayan enfocado debidamente en este mecanismo tan importante para incrementar la recaudación tributaria. Se enfocaron, más bien, en otros aspectos importantes: la ampliación de la base tributaria y la reducción de la evasión y de la elusión, pues una mayor y mejor inversión privada incrementa el crecimiento económico, que genera mayores puestos de trabajo. Además, se requiere mayor inversión privada para reducir la desigualdad.

El Estado debe fomentar la prestación de los servicios públicos y, en particular, la provisión de infraestructura. También se requiere que la inversión pública sea eficiente. Es decir, tener una mejor capacidad de gasto, que existe de manera limitada en la administración pública. Entonces, la desigualdad, y en particular la desigualdad en el ingreso, no proviene de la economía de mercado, sino de la falta de capacidad y de la corrupción en el Estado, que no invierte eficientemente en salud, educación, infraestructura y demás materias necesarias para reducir la desigualdad.

<sup>1</sup> Director de la Maestría de Derecho Administrativo Económico de la Universidad Continental, Socio de GNS Guzmán Napurí & Segura Abogados.

No podemos olvidar que un elemento clave contra la desigualdad es la reducción de la informalidad, siendo esta un importante obstáculo para el crecimiento económico, pues, a mayor informalidad, se produce un menor crecimiento de largo plazo.

**Palabras clave:** Índice de Libertad Económica, economía de mercado, libertad económica.

## ABSTRACT

It's the market's social economy, which its found consigned in article 58 of the Political Constitution of Peru, nevertheless, without a clear idea multiple interpretations are proposed to market's social economy consecrated by the Constitution, through price control, incorporating of economic crimes, restrictions on economic activities or generating greater regulations, when rather market reforms should be implemented for the long-awaited economic reactivation in a complicated context such as the current one. It is because of this that we should implement an appropriate tutoring of the market economy in our country; if we review the Heritage Index of Economic Freedom, we will notice that we have fallen behind in that matter.

It is surprising that the government plans of the various parties in the recent elections have not duly focused on this important mechanism for increasing tax collection. Rather, they focused on other aspects, such as the expansion of the tax base and the reduction of evasion and elusion, since greater and better private investment increases economic growth, which generates more jobs. In addition, more private investment is required to reduce inequality.

The State must promote the provision of public services and, in particular, the supply of infrastructure; that is, to have a better spending capacity, which exists in a limited way in the public administration. So, inequality, and in particular income inequality, does not come from market economy but from the lack of ability and corruption within the State, which does not invest efficiently in health, education, infrastructure and other matters that are necessary to reduce inequality.

We can not forget that a key element to fight against inequality is the reduction of informality, it being an important obstacle for economic growth, since the greater the informality, the lower the long-term growth.

**Keywords:** Heritage Index of Economic, market economy, economic freedom

## INTRODUCCIÓN

Un concepto clave en nuestro ordenamiento jurídico es la economía social de mercado, consignado en el artículo 58 de la Constitución Política del Perú, que establece:

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

De hecho, tenemos en el país diversos funcionarios públicos, tanto en el Congreso como en el Poder Ejecutivo, que proponen múltiples afectaciones a la economía social de mercado consagrada por la Constitución, a través de controles de precios, incorporación de delitos económicos, restricciones de actividades económicas o generando mayores regulaciones, cuando, más bien, se deben implementar reformas de mercado para lograr la ansiada reactivación económica en un contexto complicado como el actual.

Así, existen importantes propuestas de diversos sectores, que deben implementarse de inmediato. En particular, las necesarias reformas de mercado que el país requiere, dirigidas a fomentar la inversión privada. Para ello, es necesario mejorar los índices de libertad económica aplicables a nuestro país, dado que, como demostraré en el presente artículo, ello permite mejorar varios otros importantes índices o *rankings* donde no nos está yendo muy bien.

### La economía de mercado en el Perú y el mundo

Debemos entonces implementar una adecuada tutela de la economía de mercado en nuestro país. En primer lugar, se dice de manera reite-

rada en diversos medios que el Perú muestra un «modelo» económico «neoliberal», sin que nadie explique con claridad que significa este término. Ahora, si ello significa que estamos en un país donde la libertad económica es muy elevada, es preciso señalar que afirmar eso es un error recurrente que cometen por igual tanto derechas como izquierdas.

La realidad es que basta revisar de Índice Libertad Económica<sup>2</sup> (en adelante ILE, *ranking* que vamos a emplear de manera reiterada en este artículo) para notar que nos encontramos bastante rezagados en esta materia (puesto 51), muy por debajo de países mal considerados «socialistas» europeos, sobre todo escandinavos, como Dinamarca (puesto 10 del índice), Finlandia (puesto 9), Suecia (puesto 11) y Noruega (puesto 14). De hecho, los llamados Estados de bienestar (*welfare states*) ocupan varios de los primeros treinta puestos de este importante índice. Muestran elevados niveles de libertad económica.

Lo indicado parece una paradoja, pero no lo es en absoluto. Ello porque, como demostraré, a mayor libertad económica, mayor desarrollo e inversión privada, lo cual a su vez permite mayores ingresos fiscales a través de los diversos tributos existentes. Estos últimos permiten que exista una mayor inversión pública, en especial en salud, educación e infraestructura.

No es casualidad entonces que aquellos países de los primeros puestos en el ILE tengan niveles elevados en estas materias, en especial las sociales<sup>3</sup>. Como resultado, una política social eficiente es perfectamente compatible con la libertad económica, lo cual debe estar acom-

<sup>2</sup> [www.heritage.org/index/ranking.aspx](http://www.heritage.org/index/ranking.aspx)

<sup>3</sup> [https://es.theglobaleconomy.com/rankings/health\\_spending\\_per\\_capita/](https://es.theglobaleconomy.com/rankings/health_spending_per_capita/)

pañado de una eficiente gestión pública para obtener resultados favorables, como señalaré con detalle.

## 1. DESIGUALDAD Y LIBERTAD ECONÓMICA

Se ha señalado de manera reiterada que la desigualdad en el Perú es sumamente elevada, en particular la desigualdad de ingreso. De hecho, tuvimos un informe de Bloomberg este año que daba un dato erróneo que generó controversia. Sin embargo, el dato correcto es también sumamente preocupante<sup>4</sup>. Es cierto además que la prosperidad de un país se mide, entre otros aspectos, por la menor desigualdad que muestra, siendo un importante criterio macroeconómico a tomar en cuenta en el diseño de las políticas públicas.

### Inversión privada, crecimiento económico e ingresos públicos

Para corregir ello, se requiere de mayor inversión privada en la economía en general. Es incorrecto pensar que, para reducir la desigualdad, se requiere de una menor libertad económica. Ello por tres razones. La primera, que es bastante obvia, pero que no se toma en cuenta debidamente, es que a mayor inversión privada las empresas generarán mayores utilidades y ello incrementa la recaudación tributaria, que a su vez es necesaria para la inversión pública, en particular para aquella que se enfoca en el ámbito social<sup>5</sup>.

Sorprende que los planes de gobierno de los diversos partidos en las recientes elecciones no se

enfocaran debidamente en este mecanismo tan importante para incrementar la recaudación tributaria. Se interesaron más en la ampliación de la base tributaria y la reducción de la evasión y de la elusión, asuntos complementarios en comparación con lo que estamos señalando.

Asimismo, una mayor y mejor inversión privada incrementa el crecimiento económico, que genera mayores puestos de trabajo, como veremos. Ello genera dos efectos: menor desempleo y elevación de los salarios, por aplicación de la ley de la oferta y la ley de la demanda<sup>6</sup> al mercado laboral. Ello debería a su vez forzar a una mayor especialización de la mano de obra que generará una mayor productividad de las empresas.

De hecho, los países que muestran mayor libertad económica, necesaria para la inversión privada, gozan de una menor desigualdad. A su vez, los países menos desiguales en el mundo son economías más libres<sup>7</sup>. Así, tenemos, por ejemplo, que —conforme el Índice Gini— el país menos desigual es Islandia, puesto 11 del Índice de Libertad Económica<sup>8</sup>.

Luego tenemos a Noruega, puesto 28 del citado índice; Dinamarca, puesto 10; Finlandia, puesto 17, República Checa, puesto 27; Suecia, puesto 21. Estos son los primeros puestos en el índice Gini. Solo para comparar, recordemos que el Perú está en el puesto 50 del Índice de Libertad Económica y adolece de una elevada desigualdad. Ello es una interesante estadística para comprender este fenómeno.

La tercera razón por la cual se requiere mayor inversión privada para reducir la desigualdad

4 <https://gestion.pe/economia/el-top-1-de-asalariados-peruanos-percibe-casi-la-cuarta-parte-del-ingreso-nacional-noticia/>

5 Para un análisis de la relación entre presión tributaria e inversión privada, Brito-Gaona y Iglesias, 2017: 131-156.

6 He tratado este tema en este blog: Las leyes de la oferta y la demanda ([ucontinental.edu.pe](http://ucontinental.edu.pe))

7 Revisar: <https://wid.world/es/pagina-de-inicio/>

8 [www.heritage.org/index/ranking](http://www.heritage.org/index/ranking)

es la necesidad de que ella colabore con el Estado en la prestación de los servicios públicos y, en particular, en la provisión de infraestructura. Está demostrado que las asociaciones público-privadas correctamente diseñadas generan múltiples beneficios a la sociedad y al mercado. Es decir, permiten la inversión social que se requiere y a la vez generan crecimiento económico, con los beneficios que ya he precisado.

### Inversión pública

Un elemento clave para lo que señalo es la generación de una mayor y mejor inversión pública en materia social, como en educación, vivienda, salud e infraestructura<sup>9</sup>. Para ello, se requiere que la inversión pública sea eficiente<sup>10</sup>. Se habla, por ejemplo, de manera errónea, del limitado presupuesto de las universidades públicas, sin conocer que este presupuesto es elevado, pero que no se ejecuta debidamente.

Se requiere entonces de una mejor capacidad de gasto, que existe de manera limitada en la administración pública. Si revisamos la consulta amigable del MEF<sup>11</sup>, veremos que las diversas entidades no ejecutan debidamente su presupuesto destinado a la inversión. Ello se muestra con mayor claridad cuando notamos la ejecución presupuestaria de los gobiernos locales y regionales, que son los que se encuentran más cerca de la población. Ello genera varias consecuencias nefastas, entre ellas que la población no perciba los beneficios que proporcionan las actividades extractivas, generándose diversos conflictos.

9 Respecto a la inversión en infraestructura, ver Arpi Mayta, 2015.

10 Sobre el particular, Candia, 2015: 226 y ss.

11 <https://apps5.mineco.gob.pe/transparencia/Navegador/default.aspx>

En consecuencia, la desigualdad, en particular la desigualdad en el ingreso, no proviene de la economía de mercado (a lo cual nos hemos referido, al comparar índices), sino de la falta de capacidad y de la corrupción en el Estado, que no invierte eficientemente en salud, educación, infraestructura y demás materias necesarias que son para reducir la desigualdad. A lo cual debemos agregar que no tenemos una economía suficientemente libre, como lo acredita el puesto 50 en el Índice de Libertad Económica, que he precisado.

### La informalidad

Un elemento clave para luchar contra la desigualdad es la reducción de la informalidad<sup>12</sup>. Ya he señalado en publicaciones anteriores cómo debemos luchar contra este serio problema económico y social<sup>13</sup>. Y es que la informalidad es un importante obstáculo para el crecimiento económico, pues a mayor informalidad se produce un menor crecimiento de largo plazo<sup>14</sup>, lo cual nos referiremos más adelante. En particular, la informalidad laboral genera un mayor impacto en la materia que venimos tratando, pues los ingresos siempre son menores en empresas informales que en empresas formales.

Ahora bien, como he mencionado, para producir puestos de trabajo, se requiere incentivar la inversión privada. Ello se debe a que el incremento de la actividad privada aumenta la demanda de fuerza laboral o, lo que es lo mismo, la oferta de puestos de trabajo. Así, la curva de demanda en el mercado de trabajo se mueve hacia la derecha, generando una

12 Ganoza, 2021.

13 <https://propuestapais.pe/noticia/propuestas-especificas-en-materia-de-reduccion-de-la-informalidad>

14 Loayza, 2008: 46 y ss.

tendencia al alza de los salarios. Es importante notar que esta situación se retroalimenta, pues una menor informalidad laboral genera un mayor crecimiento, a que su vez genera una mayor formalización<sup>15</sup>.

Como veremos, un importante aspecto por mejorar en los índices de libertad económica<sup>16</sup> es la regulación laboral (*labor freedom*), pues nuestra legislación laboral sigue siendo compleja, generando diversos sobrecostos, lo cual explica el puntaje relativamente bajo que mostramos en esta materia (62.9). Sin embargo, en esta década ha existido una importante mejora respecto a la regulación existente en la década pasada y en años anteriores<sup>17</sup>.

Otras estrategias a implementar en este ámbito son los mecanismos del Estado existentes que se dirigen a incentivar la formalización laboral y que deben potenciarse. Así tenemos que, mediante Resolución Ministerial 169-2018-TR, se creó el Centro Integrado Formaliza Perú en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, para promover y facilitar el ingreso y permanencia en la formalización laboral mediante el acceso a los servicios de orientación, capacitación y asistencia técnica en materias vinculadas a aquella<sup>18</sup>.

En este orden de ideas, existe un programa del sector Producción denominado Tu Empresa, cuyo objetivo es contribuir al aumento de la productividad y ventas de las micro y pequeñas empresas (*mypes*), brindándoles facilidades para formalizarse, acceder al crédito formal, digitalizarse y desarrollar las capacidades de los empresarios. En particular, a través de los cen-

tros de desarrollo empresarial autorizados por el Ministerio de la Producción<sup>19</sup>.

## 2. EL ÍNDICE DE DESARROLLO HUMANO

He señalado que para corregir la desigualdad se requiere en primer lugar de una mayor inversión privada en la economía en general<sup>20</sup>. Así, reitero que los países que muestran mayor libertad económica, que es sumamente necesaria para la generación de mayor inversión privada, gozan de una menor desigualdad. Así, los países menos desiguales en el mundo son economías sustancialmente más libres<sup>21</sup>.

Como resultado, economías estatizadas y con menor libertad económica muestran elevados índices de desigualdad. Lo mismo ocurre con la movilidad social<sup>22</sup>, a la cual me he referido también<sup>23</sup>, al confrontar ello con el Índice de Libertad Económica (ILE)<sup>24</sup>, al cual nos vamos a referir nuevamente para las necesarias comparaciones a fin de probar lo que venimos afirmando.

En segundo lugar, se requiere la generación de una mayor y mejor inversión pública en materia social, como en educación, vivienda, salud e infraestructura. Para ello, reiteramos que la inversión pública debe ser eficiente. Necesitamos entonces de una mejor capacidad de gasto, que existe de manera limitada en la administración pública, y esperamos las estrategias que el nuevo gobierno implementará respecto de ello.

15 Belapatiño, Grippa y Perea, 2017: 10.

16 [www.heritage.org/index/country/peru?version=191#regulatory-efficiency](http://www.heritage.org/index/country/peru?version=191#regulatory-efficiency)

17 [www.heritage.org/index/visualize?cnts=peru&type=10](http://www.heritage.org/index/visualize?cnts=peru&type=10)

18 Artículo 1 de la Resolución Ministerial 169-2018-TR.

19 Artículo 2 del Decreto Supremo 012-2017-Prodice.

20 <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/propuestas-para-la-lucha-contra-la-desigualdad-en-el-peru>

21 Revisar: <https://wid.world/es/pagina-de-inicio/>

22 [www3.weforum.org/docs/Global\\_Social\\_Mobility\\_Report.pdf](http://www3.weforum.org/docs/Global_Social_Mobility_Report.pdf)

23 <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/movilidad-social-y-economia-de-mercado>

24 [www.heritage.org/index/ranking](http://www.heritage.org/index/ranking)

En consecuencia, la desigualdad, y en particular la desigualdad en el ingreso, no proviene de la economía de mercado, sino de la falta de capacidad y de la corrupción al interior del Estado, que no invierte eficientemente en salud, educación, infraestructura y demás materias necesarias que son para reducir la brecha. Entonces, la mayor libertad económica debe ir acompañada de una gestión pública más eficiente para obtener un mayor desarrollo económico y social. A su vez, una mayor libertad económica se asocia a un mayor desarrollo humano.

### El índice de desarrollo humano

Ahora bien, para mostrar ello, existe un importante índice que se refiere al desarrollo humano (IDH)<sup>25</sup>. Es decir, mide el bienestar general sobre la base de importantes indicadores, como salud, educación, entre otros. Este índice es clave para tener data objetiva respecto al avance de los diversos países en estas materias. Además, permite detectar varios mitos sobre este particular.

Así, revisaremos los diez primeros puestos del *ranking* y los compararé con el ILE, como lo hice antes. Tenemos en primer lugar a Noruega, puesto 28 del ILE, lo cual muestra que es una economía bastante libre. En el segundo puesto está Irlanda, puesto 5 en el ILE y una de las economías más libres del mundo.

Pasamos a ver el caso de Suiza, puesto 4 en el ILE. Es decir, es también un país con una muy elevada libertad económica. Vemos a continuación a Hong Kong, puesto 4 del IDH, que —como no es propiamente un Estado— no figura en el ILE. Sin embargo, si revisamos versiones anteriores de este índice, veremos que ocupaba el primer lugar. Es decir, era la economía más libre del mundo.

25 <http://hdr.undp.org/en/content/latest-human-development-index-ranking>

Encontramos a continuación en el IDH a Islandia, puesto 11 del ILE. Seguidamente tenemos a Alemania, puesto 29 del ILE. Sigue Suecia, puesto 21 del ILE. Los países escandinavos, acusados de manera indebida de ser socialistas de forma reiterada, están en los treinta primeros puestos del ILE. El mejor ubicado es Dinamarca, como veremos.

Tenemos luego el caso de Australia, puesto 8 del IDH y puesto 3 del ILE. Es decir, es también una de las economías más libres del mundo. Seguidamente, el IDH muestra a los Países Bajos (antes conocidos como Holanda), puesto 16 del ILE. Finalmente, tenemos a Dinamarca (otro país escandinavo), puesto 10 del IDH y que —coincidentalmente— se encuentra en el puesto 10 del ILE.

¿Y cómo les va en el IDH a los diez primeros puestos del ILE? Ya he señalado los importantes casos de Irlanda, Suiza, Islandia, Australia y Dinamarca, que forman parte de los diez primeros puestos del IDH. Así, Singapur, puesto 1 del ILE ocupa el puesto 11 del IDH. Nueva Zelanda, puesto 2 del ILE, ocupa el puesto 14 del IDH. Ahora bien, Taiwán, puesto 6 del ILE, no figura en el IDH, dada su especial situación internacional.

Por otro lado, el Reino Unido, puesto 7 del ILE, ocupa el puesto 13 del IDH. Asimismo, Estonia, puesto 8 del ILE, ocupa el puesto 29 del IDH. Finalmente, Canadá, puesto 9 del ILE, es el puesto 16 del IDH. Como es fácil notar, existe una clara consistencia entre la libertad económica y un mayor desarrollo humano, lo cual se corrobora con lo señalado líneas arriba.

### El particular caso de Cuba

Existe un mito recurrente respecto de la existencia de un mayor desarrollo humano en países donde existe una menor libertad econó-

mica. Un caso interesante es el de Cuba, empleado muchas veces de ejemplo para mostrar la relación entre un mayor control de las actividades económicas y un mejor desempeño en el Índice de Desarrollo Humano.

Al revisar la data, notamos que Cuba se encuentra en el puesto 176 del ILE<sup>26</sup>, lo que evidencia claramente una economía reprimida. A su vez, ocupa el puesto 70 del IDH. Así, es notoria que la falta de libertad económica de Cuba no la lleva a un sustancial mayor desarrollo humano, a diferencia de lo que se cree incluso en ámbitos académicos ilustrados en materia económica y social.

Hay que agregar el hecho de que los regímenes comunistas muestran una menor transparencia de sus indicadores, con lo cual su posición está determinada sobre la base de la información que el Gobierno proporciona, con lo cual el valor empleado en Cuba podría ser sustancialmente menor, lo cual se corrobora con los malos resultados que muestra Cuba en el resto de los índices que venimos estudiando, como los que miden la movilidad social o la desigualdad.

### 3. MOVILIDAD SOCIAL Y ECONOMÍA DE MERCADO

En los últimos meses, y a propósito del reciente proceso electoral, se ha discutido mucho acerca del Reporte de Movilidad Social<sup>27</sup>, factor clave para determinar el bienestar en un país determinado, con otras variables macroeconómicas. La movilidad social mide que tanto los hijos de padres pobres pueden dejar de serlo, lo cual tiene un profundo impacto en la reducción de la pobreza y la desigualdad.

#### El caso del Perú

Debemos señalar, en primer lugar, que el Perú efectivamente no se encuentra bien ubicado en este *ranking* (puesto 66). Es necesario mejorar ostensiblemente en diversos aspectos señalados en el referido reporte. Se requiere una sustancial inversión pública en salud, educación, condiciones de trabajo y protección social. Ahora, eso no quiere decir que no tengamos movilidad social en el país, pero ella es bastante limitada.

De hecho, si vemos el desagregado contenido en el reporte, notamos las deficiencias existentes en los diversos rubros. En particular, no es novedad los problemas que hay en materia de salud pública. El *ranking* materia de análisis nos pone en el puesto 56 de los países evaluados en el reporte, y con un puntaje bastante bajo, muy lejos de los países más avanzados en esta materia, dificultades que hemos notado claramente durante la pandemia y que permanecen hasta hoy.

En materia de educación, lo más preocupante es nuestra posición 72 en calidad y equidad (*education quality and equity*) de aquella que mide, por ejemplo, la cantidad de alumnos por profesor que existe en los diferentes niveles educativos, así como la diversidad social en los colegios, entre otros importantes criterios útiles para determinar que tan buenos son los resultados que se obtienen en la educación básica en el país.

Hay aspectos importantes en materia laboral. En particular, destaca nuestra posición 59 en la distribución del salario justo o decente (*fair wage distribution*), así como en las condiciones de trabajo (*working conditions*), en que ocupamos el puesto 76. Ello tiene relación directa con la elevada informalidad laboral de nuestro

26 [www.heritage.org/index/country/cuba](http://www.heritage.org/index/country/cuba)

27 [www3.weforum.org/docs/Global\\_Social\\_Mobility\\_Report.pdf](http://www3.weforum.org/docs/Global_Social_Mobility_Report.pdf)

país, que genera estas deficiencias y que es necesario corregir, como hemos visto.

Finalmente, otro pilar inquietante observado en el reporte es el relativo a la protección social (*social protection*), donde estamos en el puesto 72 de los países evaluados. Este indicador mide un conjunto de aspectos, varios de los cuales no tienen un puntaje (*score*) determinado en el caso de nuestro país. En este punto las dificultades son también notorias, en especial si las comparamos con el resto de países que forman parte del reporte.

### Gestión pública eficiente

Lo más interesante del reporte es que muestra que los países que están en los primeros puestos de este importante *ranking* muestran dos importantes características que desafortunadamente no poseemos debidamente. La primera, una gestión pública eficiente que permite invertir en salud, educación, entre otros importantes ámbitos, que incluyen eliminar la violencia familiar y de género.

Como ya he señalado, la reducción de la desigualdad requiere de una gestión pública eficiente<sup>28</sup>. Ello porque se necesita de una mayor inversión en salud, educación, infraestructura, entre otras importantes materias. Como es evidente, una mayor movilidad social permite reducir la desigualdad, pues las personas que nacen en un hogar pobre dejan de serlo como resultado de la generación de oportunidades de crecimiento, producto justamente de la inversión social.

El problema de los países rezagados en el reporte reside en la falta de eficiencia en el empleo de los recursos existentes y la dificultad de generar recursos adicionales para la inversión

social. Además, hay que considerar que varios de los indicadores o pilares no dependen de los recursos existentes, sino de la gestión de los servicios. Por ejemplo, en materia laboral la informalidad se puede corregir a través del empleo de políticas públicas que no requieren una inversión elevada de recursos, sino, más bien, de una implementación eficiente.

### Economías de mercado

Y la segunda característica de estos países es que todas son economías de mercado, con una elevada libertad económica como lo indica el famoso ILE<sup>29</sup>, al cual he aludido de manera reiterada. En particular, entre los diez primeros puestos del reporte materia de análisis, tenemos que Dinamarca se ubica en el puesto 10 del referido índice; Noruega, en el puesto 28; Finlandia, en el puesto 17; Suecia, en el puesto 21; Islandia, en el puesto 11.

Asimismo, tenemos a los Países Bajos en el puesto 16 del ILE, Suiza en el puesto 4 (el país mejor ubicado entre los diez primeros de este importante reporte), Bélgica en el puesto 37 (que sería el país peor ubicado de los diez primeros), Austria en el puesto 25 y Luxemburgo en el puesto 18. Como lo he señalado, el Perú se encuentra en el puesto 50 del ILE. Es necesario mejorar ostensiblemente si queremos tener un mayor bienestar.

Por otro lado, si vemos los primeros puestos del ILE, notaremos que se encuentran bien posicionados en el reporte de movilidad social. Singapur se encuentra en el puesto 20; Nueva Zelanda, en el puesto 22; Australia, en el puesto 16; Suiza, en el puesto 7; Irlanda, en el puesto 18; Reino Unido, en el puesto 21; Estonia, en el puesto 23; Canadá, en el puesto 14; Di-

28 <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/propuestas-para-la-lucha-contra-la-desigualdad-en-el-peru>

29 [www.heritage.org/index/ranking](http://www.heritage.org/index/ranking)

namarca, en el puesto 1 (el país mejor ubicado en el reporte entre los primeros del índice Heritage) e Islandia, en el puesto 11. Es preciso señalar que Taiwán no figura en el reporte dada su particular situación internacional.

Existen varias razones por las cuales se requiere de una economía de mercado saludable para la movilidad social y la reducción de la desigualdad<sup>30</sup>. La primera, que en economías de mercado existe una mayor inversión privada como resultado de la mayor libertad económica, que —a su vez— genera mayores ingresos tributarios que son necesarios para una mayor inversión social, como se señala con reiterada frecuencia, y como ya he señalado repetidamente<sup>31</sup>.

Asimismo, un mayor crecimiento económico, derivado a su vez de la mayor libertad económica, origina una mayor demanda de puestos de trabajo, lo cual permite generar mejores condiciones de trabajo. Ello implica, como lo he señalado, luchar contra la informalidad laboral a través de políticas públicas eficientes<sup>32</sup>, las cuales implican un nivel de inversión de recursos que no es especialmente elevada, contrariamente a lo que se supone.

### Algunos ejemplos concretos

Tenemos entonces el ejemplo de Dinamarca, primer lugar del reporte, que —como he señalado— se encuentra en el puesto 10 en el ILE. Y no se encuentra más adelante en el *ranking*, pues muestra índices relativamente bajos en materia de tamaño del Estado (*government size*) y en particular en lo que corresponde al gasto público. Situación similar se observa en el caso de Noruega, que podría tener una mayor liber-

tad financiera sin que afecte la inversión social, generando una mejor posición en el ILE.

Suiza es el país mejor ubicado en ambos *rankings*. Se encuentra en el puesto 7 en el reporte, mientras que está en el puesto 4 en el ILE. Si vemos sus indicadores en el reporte, notaremos que el pilar en el cual se encuentra más rezagada es en calidad y equidad de la educación (*education quality and equity*) en el puesto 20, que puede mejorar de manera ostensible a través de una adecuada inversión en la materia, sin afectar su elevada libertad económica.

## 4. LAS NECESARIAS REFORMAS DE MERCADO EN EL CASO PERUANO

Lo antes señalado implica que en el caso peruano<sup>33</sup> es necesario implementar reformas para elevar los niveles de libertad económica, justamente mejorando los aspectos en los cuales nuestro puntaje es limitado, lo cual no implica descuidar aquellos en que nuestro puntaje es elevado, como el caso de la salud fiscal (*fiscal health*), que podríamos traducir como una adecuada política fiscal, que debemos mantener y que se puede ver afectada por políticas populistas o estatistas.

### Aspectos por mejorar en materia de libertad económica

Entre aspectos necesarios de mejora inmediata tenemos dos muy preocupantes. En primer término, la integridad del Gobierno (*government integrity*), en que nuestro puntaje es sumamente bajo (33.5). Ello a su vez es consistente con la imagen que proyectamos respecto a este importante aspecto. De hecho, ello se reconoce como un importante problema a resolver y que

30 Sobre el particular, Jaramillo y Saavedra, 2011.

31 <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/propuestas-para-la-lucha-contra-la-desigualdad-en-el-peru>

32 Belapatiño, Grippa y Perea, 2017: 10.

33 [www.heritage.org/index/country/peru?version=191](http://www.heritage.org/index/country/peru?version=191)

afecta, sin duda, a la libertad económica, generando una especie de círculo vicioso. A ello me referiré con mayor detalle luego.

### Efectividad judicial

Asimismo, en efectividad judicial (*judicial effectiveness*) nuestro puntaje es el más bajo (30.6), incluso por debajo de la preocupante integridad del Gobierno, lo cual no es sorprendente. La doctrina se ha ocupado de la relación estrecha que existe entre la libertad económica y el adecuado funcionamiento de los entes jurisdiccionales<sup>34</sup>. Si ellos son ineficientes, tenemos serias afectaciones al desarrollo económico y social del país.

En este punto tenemos también el *ranking* que muestra la facilidad para hacer negocios. En este se muestra también un resultado sumamente desfavorable respecto a la materia que estamos viendo. En términos generales, estamos en el puesto 76, lo cual nos es muy auspicioso<sup>35</sup>. Asimismo, el indicador *enforcing contracts* (eficiencia del Poder Judicial) nos coloca en el puesto 83<sup>36</sup>, lo cual —como es evidente— afecta negativamente el ambiente para hacer negocios en el Perú.

### Derechos de propiedad

Además, están los derechos de propiedad (*property rights*), en que el puntaje es relativamente bajo (54.9). Así, debemos mejorar sustancialmente en la protección de estos derechos. La protección adecuada al derecho de propiedad crea incentivos para el uso eficiente de los recursos<sup>37</sup>, de tal manera que los bienes generan el mayor provecho

posible a la sociedad en su conjunto. Ello implica emplear mecanismos que afectan el derecho de propiedad como la expropiación cuando ello sea estrictamente indispensable.

### Eficiencia regulatoria

Por otro lado, existen dos importantes áreas en las que es importante mejorar sustancialmente, ya dentro del rubro de la eficiencia regulatoria (*regulatory efficiency*). Tenemos, en primer lugar, la libertad para los negocios (*business freedom*), en que el puntaje debería mejorar (67.1). De hecho, este puntaje ha disminuido en los últimos años<sup>38</sup> (desde 2016) y, si tenemos en cuenta las continuas normas que generan regulaciones que no han sido evaluadas correctamente, seguirá disminuyendo más. Estas normas son emitidas tanto por el Congreso como por el Poder Ejecutivo.

### Mercado laboral

Otro aspecto por mejorar, como he señalado, es la regulación laboral (*labor freedom*), pues nuestra legislación laboral sigue siendo rígida, generando diversos sobrecostos, lo cual explica el puntaje relativamente bajo (62.9). Pero el problema más serio en el mercado laboral peruano sigue siendo la elevada informalidad laboral, respecto de la cual hay que generar políticas eficientes para corregirla, generando puestos de trabajo, como lo he señalado con amplitud.

### Libertad financiera

Finalmente, un relevante aspecto por mejorar en este importante índice es la libertad financiera (*financial freedom*), que muestra también un puntaje relativamente bajo (60.0). En este caso, es necesario incrementar sustancialmente la ban-

34 Noda Yamada, 1997, y Oliva, Secada y Franco, 2002.

35 [www.doingbusiness.org/en/data/exploreeconomies/peru](http://www.doingbusiness.org/en/data/exploreeconomies/peru).

36 World Bank Group, 2020: 54 y ss.

37 Sobre el particular, Posner, 1998: 38, y Ariño Ortiz, 1999: 156.

38 [www.heritage.org/index/visualize?cnts=peru&type=8](http://www.heritage.org/index/visualize?cnts=peru&type=8)

carización, estableciendo adecuadas regulaciones al sector financiero para mejorar su eficiencia, reduciendo además los costos de transacción.

En este último punto no es favorable determinar topes a las tasas de interés, como ha ocurrido a través de la Ley 31143, Ley que Protege de la Usura a los Consumidores de los Servicios Financieros. Esta norma no hace otra cosa que encarecer el crédito, constituyendo un mecanismo de control de precios, el cual debería encontrarse expresamente prohibido por generar consecuencias perniciosas para la economía, como veremos luego.

### Algunas propuestas para reducir la informalidad

En este punto se han esgrimido diversas propuestas. En cuanto a la informalidad administrativa, una de ellas es el fortalecimiento de la simplificación administrativa, que es un proceso permanente. Es necesario acompañarla de otras medidas económicas, jurídicas y sociales para generar una mayor formalidad que permita un mayor desarrollo y que coadyuve a generar la necesaria reactivación económica.

En primer lugar, en el contexto de la informalidad administrativa, es necesario reducir en general el costo de la legalidad<sup>39</sup>. Es decir, lo que cuesta cumplir con el ordenamiento jurídico, para lo cual no basta con la simplificación administrativa, sino que es necesario efectuar una intensa simplificación legislativa, pues es sencillo notar que tenemos una profusa legislación administrativa sectorial que incluso genera diversas antinomias que es costoso corregir.

Ello pasa, además, por generar un adecuado análisis de impacto regulatorio de las normas. Este último (no debe confundirse con el análisis de calidad regulatoria) es una metodología

necesaria para evaluar decisiones y normas a ser emitidas en materia de políticas públicas para determinar el resultado esperado de su implementación<sup>40</sup>, generando resultados eficientes.

Asimismo, una medida que debe implementarse es la mejora en la prestación de los servicios públicos<sup>41</sup>, como lo he señalado de manera reiterada. En particular, en materia de salud, saneamiento, educación, servicios públicos municipales, entre otros. Servicios públicos eficientes generan un importante incentivo a los actores económicos a acceder a la formalidad administrativa en particular, pero también a la formalidad tributaria. Además, mejorar la legitimidad del Estado frente a los administrados y los contribuyentes<sup>42</sup>.

### Respecto a la informalidad tributaria

Asimismo, en lo concerniente a la informalidad tributaria, hay varias medidas por implementar. En primer lugar, es pertinente facilitar el cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de las personas naturales y jurídicas. La percepción recurrente en la ciudadanía y en las empresas es que la interacción con la administración tributaria es muy compleja, lo cual genera un desincentivo a la formalización en esta materia, a lo que debemos sumar la falta de institucionalidad en el Estado y las deficiencias en la prestación de los servicios públicos a las cuales me he referido.

En segundo lugar, se debe establecer una adecuada estrategia para ampliar sustancialmente la base tributaria, lo cual —a su vez— permitirá en el mediano plazo reducir las tasas impositivas, lo cual no solo reducirá la informalidad en este ámbito<sup>43</sup>, sino además generará un importante

39 Sobre el particular, Ghersi, 1991: 5 y ss.

40 Sobre el particular, Quintana Sánchez, 2011: 15 y ss.

41 Loayza, 2008: 50 y ss.

42 Perry y otros, 2008: 13 y ss.

43 Sobre el particular, Perry y otros, 2008: 21 y ss.

incentivo a la actividad privada, produciendo como resultado una mejora de la necesaria recaudación<sup>44</sup>. Sobre las indispensables reformas a la política tributaria que se deberían implementar, que incluyen lo señalado, nos referiremos con amplitud en una entrega posterior.

En tercer lugar, es preciso que exista una articulación adecuada entre las estrategias empleadas por el Estado para generar una mayor formalidad tanto administrativa como laboral, con las empleadas para una mayor formalidad tributaria. Como he señalado, es necesario que el centro integrado Formaliza Perú y el programa Tu Empresa se articulen debidamente con la Sunat —a los cuales me he referido— para que las empresas que se van formalizando jurídicamente se formalicen también en el ámbito laboral y tributario.

### **El impacto de la educación superior en la formalización en general**

Finalmente, la evidencia empírica es consistente con la relación que entre educación superior e informalidad. Es decir, la calidad y cobertura de la educación superior muestran una fuerte relación con el nivel de informalidad de la economía de un país determinado<sup>45</sup>. Como resultado, las necesarias mejoras en la prestación de la educación superior deberían tener un importante impacto de la reducción del tamaño del sector informal en la economía.

Ello ocurre no solo por la necesaria mejora en la prestación de los servicios públicos en general, como he señalado, que incentiva la formalización, sino también en el mejor entendimiento que tiene el particular respecto del cumplimiento de las normas. Asimismo, en el contexto de la reducción de la informalidad la-

boral, una mejor educación superior genera un mejor acceso a empleo formal, así como una mayor productividad de la mano de obra.

### **¿Son necesarias las reformas constitucionales en materia de régimen económico?**

Por otro lado, debemos recordar que, si revisamos los índices de libertad económica, veremos que nos encontramos bastante rezagados en esta materia (puesto 51). Así, no es correcto afirmar que el Perú muestra un «modelo» económico «neoliberal» ni liberal, a secas. Como resultado, debemos implementar una adecuada tutela de la economía de mercado en nuestro país, la cual se obtiene fundamentalmente a través de reformas legales.

Ahora bien, ¿es necesaria una reforma constitucional para mejorar el régimen económico en la Constitución? Creo que serían útiles algunas reformas que busquen fortalecer la tutela de la economía de mercado, la cual efectivamente le corresponde al Estado, para promover la competencia, corregir distorsiones y generar desarrollo económico.

En primer lugar, es posible establecer parámetros para la intervención administrativa en la economía, pues ella no genera perjuicios al mercado, lo cual ocurre con mucha frecuencia. El artículo 58 de la Constitución preceptúa que el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura sin señalar cómo se manifiesta, pudiéndose generar diversas barreras burocráticas en estas materias tan importantes. Además, en varias de estas materias resulta necesario que el Estado actúe con la una colaboración eficiente del sector privado.

En segundo lugar, el artículo 59 de la Constitución establece que el Estado garantiza la

44 Gómez Sabaini, Jiménez y Martner, 2017: 322 y ss.

45 Perry y otros, 2008: 17 y ss.

libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria, y establece límites razonables, salvo el relativo a la moral pública. La moral es un concepto autónomo, que no debería emplearse para limitar derechos y libertades, dejando al arbitrio del legislador los parámetros de la limitación<sup>46</sup>. De hecho, existen determinadas personas que poseen valores morales distintos a los de otras personas, y no existe razón alguna para que algunos se impongan a los otros.

### La prohibición expresa de los controles de precios en la norma constitucional

En relación con este importante punto, debo precisar que nuestra Constitución no prohíbe expresamente los controles de precios. Es decir, la determinación administrativa de lo que el proveedor debe cobrar por bienes y servicios determinados. Más bien, esta prohibición se deduce de la economía social de mercado establecida en el artículo 58 de la norma, así como de la libertad de empresa prescrita en el artículo 59 de ella. De hecho, si se pretende una reforma constitucional del régimen económico en la Constitución, esta podría ser una incorporación muy pertinente.

Ahora bien, la primera disposición sobre el particular en el ordenamiento jurídico peruano es el artículo 4 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, emitida al amparo de la Constitución de 1979. Esta norma establece (porque se encuentra plenamente vigente en este punto) que la libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, según lo dispuesto en la Cons-

titución y las leyes, constituyendo una ley de desarrollo constitucional.

Preceptúa además la norma citada que los únicos precios que pueden fijarse administrativamente en el mercado son las tarifas de los servicios públicos, según lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República, lo cual constituye lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan *publicatio*<sup>47</sup> y es efectuado por los organismos reguladores, con las dificultades que ello entraña.

Por otro lado, la justificación de esta prohibición se basa en evidentes razones económicas que se evidencian hace muchos siglos, incluso en el Imperio romano, donde es conocido el edicto de Diocleciano, que establecía precios máximos de los bienes en Roma, lo cual efectivamente no controló el aumento de los precios, generando escasez y empeorando sustancialmente la crisis económica que ya afectaba al imperio<sup>48</sup>.

La primera consecuencia de los controles de precios es entonces la escasez de los bienes y servicios sometidos a este control, pues esta situación genera que el proveedor carezca de los incentivos necesarios para producirlos y/o comercializarlos, originando y fomentando que los bienes y servicios se comercialicen en mercados informales o mercados negros, que carecen de regulación. Ello no es una disquisición teórica, sino es algo que se ha constatado en la práctica muchas veces en el mundo, y en el caso peruano en las décadas de 1970 y 1980.

El control de tarifas es posible solo en los supuestos de regulación de servicios públicos, según el artículo 4 del Decreto Legislativo 757, el cual he citado. En tales circunstancias, la

46 Para un importante análisis sobre esta materia, Pozzolo, 2003: 187 y ss. Para una crítica al llamado «imperialismo de la moral», Barbieris, 2003: 259 y ss.

47 Sobre el particular, Ariño Ortiz, 1997: 22.

48 Schuettinger y Butler, 1987: 39 y ss.

regulación debe propender solo a establecer límites máximos de los precios o tarifas de tal forma que el precio de los productos tienda al precio de equilibrio que tendría de existir libre competencia en este mercado<sup>49</sup>. Por ejemplo, en el caso de los monopolios naturales.

Además, esta regulación de tarifas es evidentemente temporal, hasta que los bienes y servicios regulados puedan someterse al mercado. En consecuencia, no existe justificación para someter a control de precios a bienes o servicios que se producen en situaciones de libre competencia, pues el precio será determinado por el mercado de manera espontánea<sup>50</sup>.

Asimismo, en una economía social de mercado como la consagrada por nuestra Constitución, los precios de los bienes y servicios se someten a las leyes de oferta y de demanda, siendo inconveniente que un organismo público (o el Poder Judicial) sea el que defina cuándo nos encontramos ante un precio excesivo<sup>51</sup>, contrariamente a lo que en el Congreso suponen de manera equivocada.

A ello debemos agregar que en muchas oportunidades se emplea el control de precios por motivos políticos, como resultado de consideraciones enteramente populistas, sin que existan razones técnicas que lo justifiquen (que es lo que ocurre en los casos que conocemos) y cuando el mercado puede definir de manera adecuada el nivel de precios a través de la oferta y la demanda<sup>52</sup>.

49 Guzmán Napuri, 2015: 381.

50 Kafka, 1994: 657 y ss. El autor explica cómo el control de precios, incluso de los precios supuestamente «inflexibles a la baja» —como la mano de obra—, origina la escasez del bien o servicio cuyo precio está controlado.

51 Adriánzén, 2007: 56.

52 Ariño Ortiz, 1997: 40 y ss.

## La importancia de la economía de mercado frente a la corrupción administrativa

Un elemento clave para la lucha contra la corrupción es el régimen económico establecido en la norma constitucional, que es el de una economía social de mercado, como lo he señalado de manera reiterada. Así, un adecuado régimen de intervención administrativa en la economía es relevante para reducir los actos de corrupción que se cometen en el Estado, en especial en el ámbito de las contrataciones con el Estado y la prestación de los servicios por la administración pública.

Ello nos lleva a una hipótesis inicial, que es señalar que, cuando los gobiernos gozan de un mayor manejo de recursos y de mayores mecanismos discrecionales para alterar y asignar recursos, existen mayores posibilidades para que estos recursos y las ventajas resultantes puedan utilizarse para fines inadecuados o ilegales<sup>53</sup>.

Es decir, mientras mayor control posea el Estado sobre la economía y la sociedad, mientras existan mayores limitaciones a las actividades de los particulares y mayores restricciones institucionales al intercambio económico, mayor serán las posibilidades de que las autoridades administrativas se corrompan. En una democracia saludable, donde se respetan ampliamente las libertades en general, los mecanismos de control funcionan de manera adecuada, limitando la generación de actos de corrupción administrativa.

En consecuencia, mientras mayor sea la influencia del aparato estatal y administrativo en la economía, mayores serán las posibilidades de que encontremos fenómenos de corrupción. De hecho, los gobiernos estatistas y totalitarios —caracterizados por implicar aparatos estatales grandes y muy centralistas— han su-

53 Chafuén y Guzmán, 1997: 8.

frido con gran amplitud de serios procesos de corrupción.

Ahora bien, ello no implica necesariamente que los Estados partidarios de una economía de mercado deban ser intrínsecamente menos corruptos. En muchos casos, la corrupción se da precisamente por la acumulación de capital en manos de determinados detentadores de poder, situación que eventualmente puede ocurrir en el libre mercado, pero donde no existen incentivos adecuados para un comportamiento conforme a derecho. Con lo cual, una saludable economía de mercado es una condición necesaria, pero no suficiente, para la integridad administrativa, pues se requieren elementos adicionales para generar ello.

Hasta aquí manejamos las variables que pueden explicar satisfactoriamente cómo los particulares pueden corromper a determinadas autoridades administrativas, en especial a quienes participan en los procesos de contratación pública. Por un lado, el móvil del comportamiento corrupto del poder administrativo se muestra suficientemente claro, porque pretende ampliar la cuota de poder que se posee en la lógica búsqueda de rentas<sup>54</sup>.

Ahora bien, y tal como lo he señalado, la libre disposición de recursos por parte de ciertos servidores civiles, la posibilidad de otorgar ventajas y privilegios y la capacidad de redistribuir recursos a través del sistema impositivo permiten una libertad de acción muy grande a favor del Estado, lo cual permite la comisión de actos de corrupción<sup>55</sup>.

54 Sobre el particular, León Mendoza, 2000: 90 y ss.

55 Sobre el particular, Simonetti, 1995: 182. El autor también hace una importante referencia a la intervención del Estado en la vida económica de la sociedad. En vez de prestar atención a los temas de real importancia, el Estado está más bien utilizando su poder en beneficio de algunos cuantos, y a cambio de ventajas económicas y políticas para quienes se encuentran en el poder.

Cabe señalar entonces que la economía de mercado, cuyas distorsiones sean corregidas correctamente por el Estado, es menos consistente con los actos de corrupción<sup>56</sup>. No es casualidad que los países que están en los primeros puestos en los índices de libertad económica muestren a su vez menores índices de corrupción<sup>57</sup>, lo cual se debe a la existencia de una eficiente intervención administrativa en el mercado.

Si a ello le sumamos el comportamiento racional del funcionario público, el resultado es bastante claro: el riesgo de situaciones corruptas estará siempre latente, y se da efectivamente en muchas áreas del Estado. Como resultado, este fenómeno encuentra un caldo de cultivo ideal en regímenes donde existe un control indebido de las actividades económicas por el Estado. A su vez, resulta evidente que la corrupción afecta seriamente el crecimiento económico, generando pérdidas incalculables a la sociedad y al mercado, generando una especie de círculo vicioso.

## BIBLIOGRAFÍA

- ADRIANZÉN, LUIS CARLOS (2007). «El control de precios excesivos en el derecho de la competencia europeo y su aplicabilidad en el Perú». En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, número 5. Lima: Indecopi.
- ARIÑO ORTIZ, GASPAR (1997). «Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico». En: G. Ariño Ortiz; J. M. de la Cuétara y J. L. Martínez López-Muñiz. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- (1999). *Principios de derecho público económico*. Granada: Comares.
- ARPI MAYTA, ROBERTON (2015). *Perú, 2004-2013: inversión pública en infraestructura, crecimiento y desarrollo regional*. Lima: CIES.

56 Sobre el particular, y para el caso chileno, ver Rehren, 2000: 157.

57 [www.heritage.org/index/ranking.aspx](http://www.heritage.org/index/ranking.aspx).

- BARBIERIS, MAURO (2003). «Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral». En: Carbonell, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- BELAPATIÑO, VANESSA; GRIPPA, FRANCISCO Y PEREA, HUGO (2017). *Perú: informalidad laboral y algunas propuestas para reducirla*. Lima: BBVA Research.
- BRITO-GAONA, LUIS FELIPE Y IGLESIAS, EMMA M. (2017). «Inversión privada, gasto público y presión tributaria en América Latina». *Estudios de Economía*, volumen 44, número 2. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- CANDIA, RODRIGO (2015). «Ideas para mejorar procesos de inversión pública como forma de reducir disparidades territoriales del desarrollo». En: *Rev. Est. de Políticas Públicas*, número 2. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- CHAFUÉN, ALEJANDRO Y GUZMÁN, EUGENIO (1997). *Estado y corrupción*. En: *Serie Documentos de Trabajo*, número 274. Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos.
- GANOZA, CARLOS (2021). «La falsa preocupación por la desigualdad». En: *Diario El Comercio*, 14 de marzo.
- GHERSI, ENRIQUE (1991). «El costo de la legalidad. Una aproximación a la falta de legitimidad del derecho». En: *Themis*, número 19. Lima: PUCP.
- GÓMEZ SABAINI, JUAN CARLOS; JIMÉNEZ, JUAN PABLO Y MARTNER, RICARDO (2017). *Consensos y conflictos en la política tributaria de América Latina*. Santiago de Chile: Cepal.
- GUZMÁN NAPURI, CHRISTIAN (2015). *La Constitución Política: un análisis funcional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- JARAMILLO, MIGUEL Y SAAVEDRA, JAIME (2011). *Menos desiguales: la distribución del ingreso luego de las reformas estructurales*. Lima: Grade.
- KAFKA, FOLKE (1994). *Teoría económica*. Lima: Universidad del Pacífico.
- LEÓN MENDOZA, JUAN (2000). «Análisis económico de la corrupción». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*, año V, número 18. Lima: UNMSM.
- LOAYZA, NORMAN (2008). «Causas y consecuencias de la informalidad en el Perú». En: *Revista de Estudios Económicos*, número 15. Lima: BCRP.
- NODA YAMADA, CARLOS (1997). «El Estado y la modernización de la administración de justicia en una economía de mercado». En: *Derecho PUCP*, número 51.
- OLIVA, CARLOS; SECADA, PABLO Y FRANCO, BRUNO (2002). *Obstáculos para el aumento de la competitividad en el Perú*. Lima: IPE.
- PERRY, GUILLERMO Y OTROS (2008). *Informalidad: escape y exclusión, resumen ejecutivo*. Washington D. C.: Banco Mundial.
- POSNER, RICHARD (1998). *El análisis económico del derecho*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- POZZOLO, SUSANA (2003). «Un constitucionalismo ambiguo». En: Carbonell, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- QUINTANA SÁNCHEZ, EDUARDO (2011). «Análisis de impacto regulatorio en la regulación peruana de servicios públicos». En: *Derecho & Sociedad*, número 36. Lima, D&S.
- REHREN, ALFREDO (2000). «Clientelismo político, corrupción y reforma del Estado en Chile». En: *Reforma del Estado*, volumen II. Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos.
- SCHUETTINGER, ROBERT L. Y BUTLER, EAMONN F. (1987). *4000 años de control de precios y salarios*. Buenos Aires: Editorial Atlántida.
- SIMONETTI, JOSÉ MARÍA (1995). «Notas sobre la corrupción». En: *Pena y Estado, revista latinoamericana de política criminal*, número 1. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- WORLD BANK GROUP (2020). *Doing Business 2020 Economy Profile Perú*. Washington D. C.: The World Bank.



# ALCANCES SOBRE EL DERECHO A LA MOVILIDAD SOSTENIBLE EN EL PERÚ (segunda parte)

Humberto Valenzuela Gómez<sup>1</sup>

## RESUMEN

En nuestra nueva entrega, mencionaré las nuevas normas relacionadas con la movilidad sostenible, debido a la recientemente publicación de la Ley 31199, Ley de Gestión y Protección de los Espacios Públicos, la cual, según su artículo 1, tiene por objeto establecer el marco normativo para la gestión, protección, manejo y sostenibilidad de los espacios públicos, elementos esenciales para la mejora de la calidad de la vida de las personas y del ambiente en la ciudad. También garantizar su uso público, a través del trabajo coordinado, participativo y técnicamente consistente de las instituciones y organismos competentes.

Una de las mayores novedades de la Ley 31199 es la introducción del término «derecho a la ciudad», no como derecho propiamente dicho, sino incorporándolo dentro de lo que la norma denomina «principios» a considerar para su aplicación, con una referencia al derecho al bienestar y a la movilidad, entre otros, que mencionaremos en el desarrollo de este artículo.

Además, resulta importante revisar a nivel jurídico el esquema de responsabilidades de los funcionarios que emiten leyes, reglamentos, actos administrativos y declaraciones que afecten los derechos fundamentales directamente vinculados con la movilidad sostenible, para reducir el riesgo que las políticas dirigidas a la adopción de medidas e implementación de soluciones de movilidad sostenible se vean mediatizadas por decisiones basadas en cuestiones políticas o que respondan a intereses particulares, en desmedro de la ciudadanía.

**Palabras clave:** Movilidad sostenible, Estado, derecho constitucional.

---

<sup>1</sup> Abogado. Magíster en Derecho y Gestión del Transporte. Las ideas y comentarios vertidos en el presente artículo son de responsabilidad de su autor y no comprometen a la entidad en la que este desarrolla sus labores.

## ABSTRACT

In this new entrance, we will mention the new norms related to sustainable mobility, due to the recent publishing of Law 31199 — Law of Managing and Protection of Public Spaces, which, according to article 1, has the objective of establishing the normative framework for the managing, protection, handling and sustainability of public spaces, essential elements for the improvement of people's quality of life and the city's environment; as well as guarantee its public use, through coordinated, inclusive and technically consistent work from the relating institutions and organisms.

One of the greatest novelties of Law 31199 is the introduction of the term “right to the city”, not as a right itself, but incorporating it within what the norm calls “principles” considered for its application, with a reference to the right to well-being and mobility, among others, which we will mention in the development of this article.

In addition, it is important to review at a legal level the scheme of responsibilities of officials who issue laws, regulations, administrative acts and declarations that affect fundamental rights directly linked to sustainable mobility. This, in order to reduce the risk that policies aimed at adopting measures and implementation of sustainable mobility solutions are mediated by decisions based on political issues or that respond to particular interests, to the detriment of citizens.

**Keywords:** Sustainable mobility, State, Constitutional Law.

## INTRODUCCIÓN

En nuestra entrega anterior<sup>2</sup>, presentamos algunas consideraciones sobre el contenido de un derecho a la movilidad sostenible y el tratamiento normativo que se ha venido dando en el Perú, tomando como referencia algunas experiencias del derecho comparado.

En dicho artículo, concluimos —de manera resumida— en lo siguiente:

i. El derecho a la movilidad no se encuentra consagrado expresamente en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, sí lo están algunos derechos relacionados con él: derecho a transitar libremente, al libre desarrollo y bienestar, al disfrute del tiempo libre, a

gozar de un ambiente equilibrado y al adecuado desarrollo de la vida.

ii. Existen en nuestro país normas que recogen los principios relacionados con la movilidad sostenible, en una serie de disposiciones de distintos sectores, diferentes ámbitos de aplicación y no necesariamente bajo una visión holística.

iii. Las disposiciones antes mencionadas permiten la implementación de medidas relacionadas con la movilidad sostenible. Sin embargo, ello requiere de un eficaz nivel de coordinación entre distintos sectores y niveles de gobierno.

iv. De darse la consagración de un derecho constitucional a la movilidad sostenible, ello puede generar la obligación del Estado

2 <http://journals.continental.edu.pe/index.php/derechopublicoeconomico/article/view/747>

de proveer las facilidades para los desplazamientos de las personas, no como mera prestación de servicio público, sino como un medio de realización personal, considerando la preservación del entorno y el uso eficiente de recursos. Por otro lado, esta consagración podría facilitar la implementación de esquemas de gobernanza a nivel nacional que permitan la articulación de los diferentes niveles de gobierno. Finalmente, el reconocimiento expreso de este derecho permitiría salvaguardar su ejercicio y respeto efectivo de las coyunturas y situaciones inciertas que normalmente enfrenta nuestro país en desmedro de sus ciudadanos.

## I. Nuevas normas relacionadas con la movilidad sostenible

### Disposiciones a favor

Luego de la publicación de la primera parte de este artículo, se han publicado algunas normas relevantes relacionadas con la movilidad sostenible, algunas de las cuales presentamos a continuación.

#### a) Ley de Gestión y Protección de los Espacios Públicos (Ley 31199)

A los pocos días de remitido nuestro artículo para su publicación, luego de la fecha de cierre de la edición anterior de la revista, se publicó la Ley 31199, Ley de Gestión y Protección de los Espacios Públicos. Conforme a su artículo 1, esta ley tiene por objeto establecer el marco normativo para la gestión, protección, manejo y sostenibilidad de los espacios públicos, en tanto elementos esenciales para la mejora de la calidad de la vida de las personas y del ambiente en la ciudad; así como garantizar su uso público, a través del trabajo coordinado,

participativo y técnicamente consistente de las instituciones y organismos competentes.

Una de las mayores novedades de la Ley 31199 es la introducción del término «derecho a la ciudad», si bien no consagrándolo como derecho propiamente dicho, sino incorporándolo dentro de lo que la norma denomina «principios» a considerar para su aplicación, con una referencia al derecho al bienestar y a la movilidad, entre otros:

#### Artículo 2. Principios

Para efectos de la aplicación de la presente ley, se debe considerar los siguientes principios: [...].

**1. Derecho a la ciudad.** Garantiza a todas las personas el acceso a todos los servicios que se aglomeran en la ciudad, como servicios básicos, derecho a la vivienda, creación de espacios públicos, mecanismos de participación, servicios ambientales, culturales, económicos y financieros, reconocidos por la Constitución Política del Perú y los tratados internacionales suscritos por el Perú en la materia, con la finalidad de alcanzar el pleno ejercicio de un nivel de vida adecuado.

**2. Derecho al bienestar.** Garantía de las condiciones necesarias que hacen posible el desarrollo humano a lo largo del ciclo de vida de las personas, incluyendo un ambiente sano y equilibrado, la tranquilidad, el disfrute del tiempo libre y el descanso, conforme lo señalan los numerales 8 y 22 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. [...].

**4. Sostenibilidad ambiental.** El manejo sostenible de los espacios públicos contribuye al bienestar ambiental, social y económico de las ciudades, más aún en un contexto de cambio climático, promoviendo el uso sostenible del agua, de los recursos naturales renovables y no renovables y la regeneración y creación de áreas verdes.

**5. Accesibilidad universal y movilidad.** Promoviendo una adecuada accesibilidad e interrelación entre diferentes actividades urbanas mediante la flexibilidad de usos compatibles del suelo y densidades sustentables, un patrón coherente de redes viales, la racionalidad en la distribución de los equipamientos y movilidad efectiva y segura para todo tipo de usuario.

Si bien es demasiado pronto para una evaluación de la norma debido a su reciente promulgación, es relevante la inclusión en nuestro ordenamiento de consideraciones respecto del derecho a la ciudad y su relación con la movilidad. Claro está, sin embargo, que colocar dentro de un mismo rubro lo que son derechos propiamente dichos y principios puede ser cuestionable y resultar contraproducente a efectos del desarrollo reglamentario de la ley<sup>3</sup>. Esperemos, en todo caso, que su vigencia y —sobre todo— su aplicación resulte positiva.

### b) Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible

Tiene por objeto, conforme a su artículo 1, establecer los principios, lineamientos, instrumentos y normas que regulan el acondiciona-

3 Para Alexy, la distinción entre «reglas» y «principios» es clave para la solución de problemas centrales referidos a la dogmática de los derechos fundamentales: «La distinción entre reglas y principios constituye [...] el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales.

[...] El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización* que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las *reglas* son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida entonces de (be) hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las *reglas* contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio» (Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 81-87).

miento territorial, la planificación urbana, el uso y la gestión del suelo urbano, para lograr un desarrollo urbano sostenible, entendido como la optimización del aprovechamiento del suelo en armonía con el bien común y el interés general, la implementación de mecanismos que impulsen la gestión del riesgo de desastres y la reducción de vulnerabilidad, la habilitación y la ocupación racional del suelo. También el desarrollo equitativo y accesible y la reducción de la desigualdad urbana y territorial, y la conservación de los patrones culturales, conocimientos y estilos de vida de las comunidades tradicionales y los pueblos indígenas u originarios.

Por otro lado, dentro de los principios y enfoques orientadores del acondicionamiento territorial, la planificación urbana y el desarrollo urbano sostenible (artículo 4) —que encontramos más vinculados a la movilidad sostenible— la Ley 31313 ha considerado los siguientes:

**Equidad espacial y territorial:** Igualdad de oportunidades, acceso a servicios y a condiciones urbanas para una vida digna, consolidando el reparto equitativo de los beneficios y cargas urbanísticas derivados de la planificación urbana y el desarrollo urbano, y las intervenciones urbanas.

**Sostenibilidad:** El manejo racional de los recursos naturales y la calidad de vida de la ciudadanía, sin comprometer la satisfacción de necesidades, salud y seguridad de las generaciones futuras en un entorno de no menor calidad al de la generación actual.

**Resiliencia:** El fortalecimiento de la capacidad de las ciudades o centros poblados para resistir, absorber, adaptarse y recuperarse, oportuna y eficientemente, de los efectos de las amenazas que pudieran afectarla, de forma tal que se

preserve y restaure sus estructuras y funciones básicas.

**Movilidad sostenible:** La garantía de acceso a las oportunidades que ofrece la ciudad, a través de sistemas de transporte público, intermodal, accesible y asequible, con estrategias y medidas planificadas, infraestructura adecuada, que genere menores costos ambientales y que atienda las necesidades de edad, género y condición física de la ciudadanía.

**Accesibilidad:** La condición de acceso que presta la infraestructura urbanística y edificatoria para facilitar la movilidad y el desplazamiento autónomo de las personas, en condiciones de seguridad.

**Economía circular:** La creación de valor no se limita al consumo definitivo de recursos. Considera todo el ciclo de vida de los bienes. Debe procurarse eficientemente la regeneración y recuperación de los recursos dentro del ciclo biológico o técnico, según sea el caso. Las ciudades ocupan un rol fundamental en la economía circular al concentrar la mayoría de la población mundial en estos centros urbanos. Esto significa que existen grandes cantidades de materiales, residuos y energía producidos y consumidos en las urbes que pueden ser aprovechados aplicando los principios de la economía circular. Por ello, resulta importante promover una transición a la circularidad en las ciudades.

Asimismo, dentro de esta ley también, se establecen expresamente «los enfoques sobre los cuales deben adoptarse las decisiones que se adopten respecto del acondicionamiento territorial, la planificación urbana y el desarrollo urbano sostenible» (numeral 4.3 del artículo 4): enfoque ecosistémico; enfoque territorial; enfoque de derechos humanos; enfoque intergeneracional; perspectiva de discapacidad; en-

foque intercultural; mitigación y adaptación al cambio climático; y enfoque de género.

De todos estos enfoques, para el presente artículo, queremos resaltar el «enfoque de derechos humanos»:

4.3. Las decisiones que se adopten respecto del acondicionamiento territorial, la planificación urbana y el desarrollo urbano sostenible deben guiarse por los siguientes enfoques:

[...].

**c. Enfoque de derechos humanos:** Comprende el conjunto de normas jurídicas nacionales e internacionales, principios éticos ejercidos individual e institucionalmente, así como políticas públicas aplicadas por el Estado que involucran a actores públicos y privados, empoderando a los titulares de los derechos en la capacidad de ejercerlos y exigirlos. *Se concreta en actitudes que llevan a la práctica el ideal de la igual dignidad de todas las personas, promoviendo cambios en las condiciones de vida de las poblaciones más vulnerables.* El enfoque basado en derechos humanos incluye los principios rectores sobre empresas y derechos humanos: proteger, respetar y remediar. Este enfoque asume que los derechos son inherentes a todos los seres humanos, se fundan en el respeto de la dignidad de la persona humana y son interrelacionados, interdependientes e indivisibles. El enfoque se basa en las normas internacionales, desde las cuales se establecen estándares que permiten hacer operativa su protección y promoción. El enfoque basado en derechos humanos pone énfasis en identificar las variables o contenidos de los derechos, su titular y garante y la ruta de acceso que lo hace efectivo [las cursivas son mías].

### Algunas decisiones contrarias a la movilidad sostenible

En los apartados anteriores, hemos efectuado una revisión general del marco legal vigente y de algunos instrumentos de gestión que son consistentes con la definición de movilidad sostenible y que pueden sustentar la con-

sagración de un derecho a ella. Sin embargo, también —paralelamente— y por razones no precisamente técnicas ni legales, se han emitido disposiciones y adoptado decisiones que contravienen este concepto —incluso las normas reseñadas aquí— y que, es más, incluso implican un retroceso frente a lo poco que se ha podido avanzar en años recientes.

### Ley 31096

A inicios de 2007, se promulgó la Ley 28972, Ley que Establece la Formalización del Transporte Terrestre de Pasajeros en Automóviles Colectivos. Esta norma, que consta básicamente de un par de artículos en la medida que el tercero y cuarto solo contienen una disposición derogatoria y establecen el plazo para la aprobación de su reglamento, respectivamente, tuvo por objeto «la formalización del transporte terrestre de pasajeros interprovincial e interregional en automóviles colectivos» (artículo 1).

El proceso de formalización a que hace referencia la citada norma se limita a exigir que los transportistas y propietarios de los vehículos se organicen bajo cualquiera de las modalidades empresariales previstas en la ley, para brindar el servicio (artículo 2). Asimismo, como «exigencia» se estableció una verdad de Perogrullo: que los vehículos se encuentren operativos (numeral 2.2 del artículo 2).

Por otro lado, en un hecho que no por ser usual deja de llamar la atención, el artículo 1 de la Ley 28972 señala que el proceso de formalización se sujeta «a las normas contenidas en la presente Ley, en el Reglamento Nacional de Administración de Transportes, aprobado por Decreto Supremo 009-2004-MTC y sus normas modificatorias y complementarias». Esto es, según ello, esta norma «no se encuentra

bajo el ámbito de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre», pero sí dentro del alcance de uno de los reglamentos (ya modificado) de esta, lo que es un contrasentido al excluirla del marco general, que contiene una serie de principios consistentes con el concepto de movilidad sostenible, como se ha visto en nuestra primera entrega.

Más de una década después, en 2021, la Ley 31096 precisó los alcances de la Ley 28972, en el sentido que los automóviles colectivos a que se refiere esta última son los correspondientes a la clasificación vehicular M1, con carrocería sedán o *station wagon*, establecidos en el Reglamento Nacional de Vehículos, aprobado por Decreto Supremo 058-2003-MTC. Es decir, el Congreso de la República, a través de la dación de esta ley, propicia el transporte público en vehículos de menor tamaño, en contra de los principios de lo que es la movilidad sostenible, como se ve a continuación de los siguientes extractos del dictamen correspondiente<sup>4</sup>:

El 29 de enero del año 2007 se publicó en el Diario Oficial el peruano [sic] la Ley 28972, Ley que Establece la Formalización del Transporte de Pasajeros en Automóviles Colectivos, con la finalidad de solucionar la problemática de miles de transportistas que realizaban este servicio en vehículos de clasificación vehicular M1.

Posteriormente, de manera sorpresiva e inexplicable el 22 de abril del 2009 se publicó el Decreto Supremo 017-2009-MTC el cual aprobó el Reglamento Nacional de Transportes [sic]<sup>5</sup>, y en este cambia la definición de automóvil colectivo, su nueva definición es «Vehículo automotor de la categoría M2 de la clasificación vehicular es-

4 [www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Dictámenes/Proyectos\\_de\\_Ley/01170DC-23MAY20200702.pdf](http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictámenes/Proyectos_de_Ley/01170DC-23MAY20200702.pdf)

5 Nota del autor del presente artículo: la denominación correcta es «Reglamento Nacional de Administración de Transporte», conforme al literal d) del artículo 23 de la Ley 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre.

tablecida en el RNV que se encuentra habilitado para realizar el servicio de transporte de personas de ámbito regional». Cabe destacar que esto fue y es inexplicable [sic], ya que, hasta ese momento, este tipo de vehículos (los M2 o minivan) solo tenían autorización para servicio turístico, no hacían servicio interprovincial o interregional regular como si [sic] lo hacían los M1.

[...] se condena a la extinción a los vehículos de tipo M1 y beneficia a los de categoría M2 [...] Es por ello, que se plantean las iniciativas de ley, con el fin de concretizar la formalización del servicio de transporte terrestre de pasajeros en automóviles colectivos, en vehículos de la clasificación vehicular de la categoría M1 [...] por cuanto es una realidad social que dichos vehículos forman parte del servicio de pasajeros a nivel interdistrital [sic], interprovincial e interregional pero por una falta de normatividad y reglamentación adecuada, actúan en la informalidad del transporte público, en perjuicio de los ciudadanos que acceden a este servicio por su propias necesidades de mercado; es decir, no existiría este servicio en automóviles colectivos de la categoría M1, si a la vez, el usuario tendría [sic] otras alternativas de mejor servicio dentro del mercado que rige en nuestro país de libre mercado: si no hay demanda no puede existir oferta.

[...].

Cualquier solución a la problemática sub materia, debe de armonizarse con la Política Nacional del Sector Transporte, aprobado [sic] por Resolución Ministerial 817-2006 MTC/09, de fecha 07 de noviembre de 2006, que en su punto 1, sobre Bases de la Nueva Política Nacional del Sector transporte, en su parágrafo 1.1. Visión integral de las infraestructuras y servicios de transporte, señala: «El transporte en su conjunto, debe concebirse como un sistema integrado por las infraestructuras y por los servicios que se prestan a través de ellas. Esto implica una visión integral que conecte los modos de transporte, la cual debe ser comprendida, compartida y desarrollada por el conjunto de actores, autoridades y operadores en los respectivos niveles de responsabilidad y competencia. La integración de los diferentes modos debe considerar todos los procesos de actuación para lograr la eficiencia y la eficacia del sistema: planificación, regulación,

interconexión física y servicios de transporte».

Por otro lado, el Plan Estratégico Sectorial Multianual Sector Transportes y Comunicaciones 2012-2016, en su punto 1, introductoria [sic] señala que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones tiene como tarea fundamental garantizar el desarrollo y la aplicación de la Política Nacional y Sectorial del Transporte y Comunicaciones en los tres niveles de Gobierno: Nacional, Regional y Local; para cumplir con este encargo es imprescindible fijar lineamientos precisos, transparentes y estables, de tal forma que sirvan y se conviertan en guía u orientación de los actores públicos y privados vinculados con las actividades de transportes y comunicaciones. [...] la situación del transporte en los pueblos profundos de nuestro país es caótica, además existe déficit de transporte de acuerdo a los criterios establecidos de las normas reglamentarias cuestionadas, a esto hay que agregar que los servicios con vehículos de la categoría M2, M3, etc., son casi nulas [sic]. Es necesario precisar que los servicios de transporte terrestre de pasajeros en automóviles colectivos a los diferentes pueblos, provincias, regiones que comprenden nuestro territorio nacional, resulta siendo más realista [sic] en vehículos de la categoría M1, porque consideran que son más accesibles y facilitan la ruta; a esto se agregan los pueblos que por la geografía cuentan con trochas carrózales [sic] inaccesibles para vehículos mayores de la categoría M1, por lo que no circulan; de modo que para el usuario resulta siendo más cómodo transportarse en un vehículo de la categoría M1 y facilita su viaje. Además, están en horas adecuadas y en permanente disposición, de acuerdo a los requerimientos del usuario».

[...].

#### d) Análisis costo-beneficio

La propuesta legislativa [...] permitirá implementar la ley 28972, Ley que Establece la Formalización del Transporte Terrestre de Pasajeros en Automóviles Colectivo, en su verdadera dimensión y su espíritu para su plena vigencia [...] Así mismo beneficiará a las miles de familias que han hecho de dicha actividad su fuente de ingreso, es decir para los que se dedican al servicio de transporte terrestre de pasajeros interprovincial e interregional, bajo la modalidad de automóviles colectivos

en vehículos de la categoría M1 de la clasificación vehicular establecida por reglamento nacional de vehículos [...] del mismo modo dado las condiciones de la oferta y la demanda, es decir de mercado beneficiará a los miles de usuarios que requiere de dicho servicio en las rutas de los pueblos más profundos de nuestro país<sup>6</sup>.

Como se aprecia, de la lectura del sustento se encuentra que este se encuentra constituido básicamente por declaraciones retóricas sin mayor sustento técnico. Es más, cuando se hace referencia tanto a la Política Nacional del Sector Transporte como al Plan Estratégico Sectorial Multianual Sector Transportes y Comunicaciones (Pesem) 2012-2016, se omite mencionar aspectos relevantes contenidos en ambos documentos.

Así, en primer lugar, encontramos que el numeral 1.2 de la Política Nacional del Sector Transporte enfatiza también en la atención al usuario y a sus necesidades de movilidad<sup>7</sup>:

#### 1. Bases de la nueva política nacional del sector transporte

La Política Nacional del Sector Transporte debe estar enfocada a transformar la situación actual apoyada en las bases siguientes:

- Visión integral de los servicios e infraestructura de transporte.
- Gestión integrada del sistema enfocada al usuario para mejorar la eficiencia, la seguridad y la calidad.

[...].

#### 1.2 Gestión integrada del sistema enfocada al usuario para mejorar la seguridad, la eficiencia y la calidad

*La gestión del sistema debe enfocarse a satisfacer en forma adecuada las necesidades de movilidad de la población y específicamente de los usuarios de los servicios de transporte.* En este sentido se propone que la infraestructura de transporte, no sea un fin en sí misma, sino el medio adecuado para

que se realicen los medios de transporte seguros, eficientes y de calidad.

[...].

La acción gubernamental del sector debe converger urgentemente para implementar soluciones efectivas para enfrentar los problemas de seguridad vial.

La calidad de las infraestructuras y de los servicios de transporte, son básicos para impulsar la dinámica económica y social. *Con este propósito se debe fomentar la implementación de sistemas de gestión de calidad con estándares internacionales.*

[...].

## 2. La política nacional del sector transporte

### 2.1 Lineamientos de la política nacional del sector transporte

[...].

Los lineamientos de la Política Nacional del Sector Transporte que se establecen como orientaciones generales a seguir son los siguientes:

[...].

- Promoción del desarrollo, seguridad y calidad en los servicios de transporte y de logística vinculados.
- Promoción de la participación del sector privado en la provisión de servicios e infraestructura de transporte.

#### 2.1.2 Promoción del desarrollo, seguridad y calidad en los servicios de transporte y de logística vinculados

Se orienta a lograr que los servicios de transporte y logísticos se presten con calidad, transparencia, eficiencia, competitividad, seguridad *y que cumplan con la normatividad aplicable y los estándares internacionales aplicables. Se promueve el profesionalismo en los operadores del transporte público y privado para garantizar la calidad y seguridad de los servicios.*

[...].

#### 2.1.3 Promoción de la participación del sector privado en la provisión de servicios e infraestructura de transporte

Se orienta a fomentar la participación del sector privado en la provisión de infraestructura [...] de uso público y servicios de transporte, a fin de propiciar la modernidad y la competitividad, elevar los niveles de seguridad, fomentar la innovación tecnológica, mejorar la eficiencia y la

6 Dictamen, pp. 6-16.

7 Política Nacional del Sector Transporte, pp. 1-7.

calidad en la gestión de la infraestructura y de los servicios de transporte.

[...].

#### Estrategias generales

[...].

- Impulsar un programa de concesiones para los servicios de transporte.

[...].

- Fortalecer el sistema de regulación y supervisión de la inversión en infraestructura y servicios de transporte [las cursivas son mías].

Por otro lado, respecto del Pesem 2012-2016, este señala, más allá de lo consignado en el dictamen de la ley:

El servicio de transporte terrestre en el país afronta una problemática que se caracteriza por una débil institucionalidad en el ámbito público y privado, *enorme informalidad, tanto en los prestadores del servicio como también de los usuarios, con señales muy marcadas de incumplimiento de las normas de tránsito [sic] y circulación y con niveles de seguridad bastante precarios, que afectan su calidad y seguridad, lo que se traduce en un elevado índice de accidentes de tránsito.*

[...].

La liberalización y desregulación del transporte que rige desde principio de la década del noventa, si bien motivó el crecimiento y dinamismo de la actividad y generó competencia, también dio lugar a un conjunto de problemas, siendo los más importantes: sobreoferta de vehículos, obsolescencia del parque automotor, atomización empresarial, *surgimiento de transportistas informales que generan competencia desleal*, los cuales han impactado negativamente en la calidad y en la seguridad de los servicios.

[...].

En el Transporte interprovincial de pasajeros también existe una problemática derivada de la débil estructuración empresarial, marcada informalidad, sobre todo en el interior del país, la frondosidad normativa y la insuficiente fiscalización por parte de las autoridades en los tres niveles de gobierno (Nacional, Regional y Local) [las cursivas son mías]<sup>8</sup>.

8 Plan Estratégico Sectorial Multianual Sector Transportes

De esta breve revisión de los antecedentes de la Ley 31096, queda claro que su fundamento y razón de ser no ha respondido a la necesidad de satisfacer las necesidades de los usuarios, en consideración a lo que es la movilidad sostenible ni a cuestiones de seguridad y calidad, de ahí que no se haya sustentado el proyecto en dichos conceptos, sino que —muy por el contrario— se aluda directamente a intereses particulares de un sector de operadores: las familias que se dedican a la operación de automóviles colectivos y que tienen en ello su fuente de ingreso, tal como lo señala la parte final del dictamen, citada más arriba. Es decir, se mantiene una visión del transporte terrestre de personas como una mera actividad económica, aun cuando él ha sido declarado como «servicio público» en todas sus modalidades por la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30900, Ley que Crea la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao<sup>9</sup>.

En relación con esto último, el Tribunal Constitucional<sup>10</sup> ha señalado que los elementos que caracterizan a un servicio como «público» son: a) su naturaleza esencial para la comunidad; b) la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo; c) su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad; y d) la necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.

#### b) Posición del Tribunal Constitucional

Frente a la promulgación —por insistencia del Congreso de la República— de la Ley 31096, luego de haber sido observada por el Poder

y Comunicaciones 2012-2016, pp. 10-12.

9 Véase ítem «d» del apartado 4 de la primera entrega del presente artículo.

10 Sentencia recaída en el Expediente 00034-2004-AI, número 40.

Ejecutivo, a inicios de 2021, el procurador público especializado en Materia Constitucional interpuso demanda constitucional contra la referida ley<sup>11</sup>.

Entre los argumentos de la demanda relacionados con la movilidad sostenible, podemos encontrar los siguientes<sup>12</sup>:

- La norma cuestionada, lejos de precisar los alcances de la Ley 28972, «Ley que establece la formalización del transporte terrestre de pasajeros en automóviles colectivos», crea en realidad un procedimiento especial de formalización, que difiere de lo regulado por las leyes y reglamentos específicos en relación con los requisitos y condiciones para prestar el servicio de transporte público.
- Esta regulación permite que vehículos con categoría M1 y M2 que no cuentan con los requisitos técnicos necesarios y estándares mínimos de seguridad, realicen el servicio de transporte terrestre de personas a nivel nacional, regional y local, con lo cual se afecta la dignidad humana, la vida y la integridad personal, el derecho a la salud y a la protección de usuarios, además del derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado.
- Los vehículos con categorías M1 y M2 no son eficientes para el servicio de transporte de personas, dada la pequeña capacidad que tienen para transportar pasajeros, en comparación con la capacidad que tienen los vehículos de categoría M3. Para movilizar la misma cantidad de pasajeros en un vehículo con categoría M3, se necesitaría contar con un mayor número de vehículos

con categorías M1 y M2, generando así un incremento del parque automotor, con una mayor congestión vehicular y contaminación ambiental.

- Los vehículos M1, en comparación con los vehículos de categoría M3, incurrir en un mayor número de faltas y accidentes de tránsito que traen consigo una alta cifra de muertes y lesiones. Esto, según el demandante, se produce por cuanto los primeros no han sido diseñados con las características técnicas adecuadas para el servicio de transporte previsto en la ley, como contar con ciertas dimensiones, cierto sistema de frenos, luces, entre otros.
- Los vehículos de las categorías M1 y M2 no cumplen con los estándares de seguridad y eficiencia requeridos para el transporte interprovincial de pasajeros y que, más bien, ponen gravemente en riesgo los derechos a la vida, integridad y salud de los usuarios al ser responsables de un alto índice de accidentes. Por ello, lo dispuesto por la ley cuestionada es incompatible con la obligación que tiene el Estado de adoptar medidas para conservar la salud de las personas y prevenir accidentes que la amenacen.
- El artículo 65 de la Constitución consagra el deber del Estado de proteger a los consumidores y usuarios, debiendo adoptar medidas para garantizar la idoneidad de los servicios que reciben, como procurar que estos servicios recibidos no afecten la salud, la seguridad, la vida y la integridad personal.
- Del contenido del derecho fundamental a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, se desprenden los principios de conservación, prevención y restauración, así como obligaciones constitucionales que

11 Sentencia 910/2021 recaída en el Expediente 00004-2021-PI/TC: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00004-2021-AI.pdf>

12 *Ibidem*, apartado B-1.

el Estado debe cumplir y que se encuentran recogidas también en la Ley 28611, Ley General del Ambiente.

- La ley objeto de control es incompatible con la obligación del Estado de adoptar medidas encaminadas a la preservación del medio ambiente y de asegurar que la actividad económica sea compatible con la protección del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado.

Sobre el particular, cuatro de los seis miembros del Tribunal Constitucional han manifestado en la sentencia citada:

71. Al respecto, con base en todo lo indicado, este Tribunal advierte que, con respecto a las disposiciones que habilitan el transporte de pasajeros en vehículos de las clasificaciones M1 y M2, conforme a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la legislación cuestionada, es posible concluir que:

a. La ley impugnada ha habilitado que autos no preparados para ello, brinden el servicio de transporte terrestre de pasajeros en automóvil colectivo, lo cual, conforme a lo expuesto supra, coloca en grave riesgo la vida, integridad física y salud de los usuarios, transeúntes y otros conductores. Ello, conforme se ha indicado en diversos informes técnicos que han sido recogidos en la presente sentencia.

b. Además de lo indicado, es necesario resaltar que esta regulación no podría ser corregida en su carácter lesivo tan solo a través de la reglamentación que le corresponde al Gobierno, en la medida que un límite para el desarrollo reglamentario es precisamente el contenido de la ley. De esta manera, es evidente que un reglamento no podría transformar una ley inconstitucional en una constitucional.

72. De otro lado, llama la atención a este Tribunal Constitucional que, dentro del Dictamen de la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso de la República de fecha 11 de julio de 2017, se señale como una razón para la aprobación de la ley cuestionada que «[...] es una

realidad social que dichos vehículos forman parte del servicio de pasajeros a nivel interdistrital, interprovincial e interregional pero por una falta de normatividad y reglamentación adecuada, actúan en la informalidad del transporte público».

73. Al respecto, dicha respuesta no puede ser de recibo en un Estado Constitucional como el nuestro. Y es que, *no porque alguna situación, conducta o hecho ocurre con cierta frecuencia en la sociedad necesariamente debe ser autorizada y normalizada. Bajo dicha lógica, diversos actos ilícitos dada la frecuencia de su comisión tendrían que dejar de ser sancionados para pasar a ser permitidos, lo que constituye un absurdo. Antes bien, cualquier conducta o actividad que pretenda ser regularizada vía legislativa debe estar acorde con el plexo de derechos, valores y principios garantizados por nuestra Norma Fundamental.*

74. De igual forma, *los argumentos que pretenden legitimar la circulación de los autos colectivos al amparo del derecho al trabajo o a la libertad de empresa también desconocen que dichos atributos no son absolutos y que, por en contrario [sic], deben ser limitados en contextos en los cuales el derecho a la vida se pone en evidente riesgo.* En esa medida, es aplicable al presente caso, mutatis mutandis, el criterio establecido en la sentencia recaída en el Expediente 07320-2005-PA/TC, fundamento 73 (caso «Buses-camión») en los siguientes términos: [...] si bien es cierto, los individuos y las empresas gozan de un ámbito de libertad para actuar en el mercado —recuérdese que conforme al artículo 58° de la Constitución, la iniciativa privada es libre-, sin embargo, ello no quiere decir que dicha libertad sea absoluta, pues también existe la certeza de que debe existir un Estado que mantiene una función supervisora y correctiva o reguladora. En tal sentido, este Tribunal estima que, — ante los hechos que son de conocimiento de la opinión pública, respecto de los peligros que representa el servicio de transporte de pasajeros en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, y los innumerables accidentes ocurridos— en materia de transporte el Estado cuenta con un mayor campo de actuación, en la medida que de por medio se encuentran otros valores constitucionales superiores como la seguridad, la integridad y, por último, el derecho a la vida misma, el cual resulta ser de primerísimo

orden e importancia, pues es el primer derecho de la persona humana reconocido por la Ley Fundamental.

75. En mérito a lo expuesto, la demanda debe declararse fundada en este extremo [las cursivas son mías].

Por otra parte, respecto de la vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios, los mismos cuatro miembros del Tribunal expresaron:

78. [...] el artículo 65 de la Constitución ha dispuesto que: «El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población».

79. Al respecto, este Tribunal en varias oportunidades se ha pronunciado en relación con el contenido y alcances de lo establecido en dicho artículo constitucional (Sentencias 0008-2003-AI/TC, 3315-2004-AA/TC, 01865-2010-PI/TC, entre otras). En ellas, el Tribunal ha desarrollado una definición de consumidor y usuario, en el sentido de que estos devienen en el fin de toda actividad económica o quienes concluyen el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de los productos y servicios ofertados en el mercado.

80. Así pues, este órgano de control de la constitución entiende que la protección especial que se le debe al consumidor alcanza a la persona natural o jurídica que en virtud de un acto jurídico oneroso adquiere, utiliza o disfruta de determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos en el mercado.

[...].

84. [...] como ha sostenido este Tribunal en su jurisprudencia, el proveedor sería aquella persona natural o jurídica que, habitual o periódicamente, ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de productos y servicios, a diferencia de los consumidores y usuarios, quienes reciben el mismo trato tuitivo que la Constitución les reconoce, según el artículo 65 antes mencionado, a través de: a) un principio rector para la actuación del Estado; y, de b) un derecho personal y subjetivo.

85. En el primer ámbito, el artículo 65 de la Constitución expone una pauta basilar destinada a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica, con miras a la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.

86. En el segundo ámbito, como derecho constitucional, el artículo 65 de la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva que asiste a los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, reconoce y apoya el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos del consumidor o del usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.

[...].

88. [...] del artículo 65 de la Constitución se desprenden, entre otras, dos importantes obligaciones para el Estado: en primer lugar, este debe garantizar el derecho a la información sobre los bienes y servicios que están disponibles en el mercado (ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles). En segundo término, *el Estado también debe velar por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidores o usuarios (ello implica que se asegure que los productos y servicios ofertados en el mercado deben ser tales que, utilizados en condiciones normales o previsibles, no pongan en peligro la salud y seguridad de los consumidores o usuarios)*.

[...].

91. Como ha sido desarrollado en la jurisprudencia constitucional y supranacional, los derechos prestacionales, y en este caso los derechos dirigidos a la protección de la parte débil de una relación de consumo están caracterizados por su carácter progresivo, y en especial, por las garantías de no regresividad y de protección hasta el máximo de los recursos disponibles.

[...].

93. *En el presente caso, este Tribunal advierte que la regulación cuestionada resulta ser regresiva en materia de la tutela que le corresponde a los consumidores y usuarios, y en especial de sus derechos a la salud y la seguridad, mencionados de manera expresa en el artículo 65 de la Constitución. Por cierto, el*

carácter abiertamente regresivo de la medida no estuvo orientada a satisfacer otros derechos sociales y no se alegó que había otra opción posible por lo cual no resulta en ninguna medida como justificado o razonable (cfr. las Observaciones Generales 13 al 18, aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas).

94. Así considerado, *lo cuestionado por el demandante trasgrede directamente las obligaciones del Estado que se desprenden del artículo 65 de la Norma Fundamental en materia de tutela de los derechos de los consumidores y usuarios, por lo cual, a partir de las consideraciones aquí existentes, también este extremo de la demanda debe ser estimado* [las cursivas son mías].

Finalmente, en lo que atañe a los aspectos ambientales, los mismos cuatro miembros manifestaron su posición en estos términos:

95. En reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha establecido que el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está compuesto por los siguientes elementos:

- a. el derecho a gozar de ese medio ambiente; y
- b. el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

96. El derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por lo tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino especialmente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

97. Por otra parte, el derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A

criterio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden o pueden incidir, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

[...].

99. De esta manera, la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan. De este modo, la protección del medio ambiente puede hacerse efectiva desde la previsión de medidas reactivas que hagan frente a los daños que ya se han producido, pasando por medidas que hagan frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan (prevención), hasta medidas que prevean y eviten amenazas de daños desconocidos o inciertos (precaución).

[...].

104. Este Tribunal Constitucional tiene resuelto que podría hablarse de una auténtica «Constitución Ecológica» que no es otra cosa que el conjunto de disposiciones de nuestra Constitución que fijan las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente [...].

107. En informes técnicos que acompañan a la demanda [...] se señala con toda claridad que realizar el transporte público de personas en vehículos M1 y M2 (automóvil colectivo) no es eficiente ni ambientalmente sostenible, sino que genera mayores externalidades negativas sobre el medio ambiente [...].

108. [...] los deberes prestacionales en materia de tutela del derecho al ambiente tienen, indiscutiblemente, un carácter progresivo, por lo que se encuentra beneficiado por la garantía de no regresividad. En este caso, tampoco se ha ofrecido una argumentación suficiente que inhiba excepcionalmente al Estado de cumplir con este deber iusfundamental, por lo que se ha transgredido el derecho al ambiente sano.

109. Siendo así, *es evidente que la ley impugnada es pues incompatible con la obligación estatal de tomar medidas destinadas a la conversión del medio ambiente y garantizar que la actividad económica pueda compatibilizar con la tutela del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado, sin regresiones arbitrarias*. En este orden de ideas, este extremo de la demanda también debe ser estimado [las cursivas son mías].

Podemos ver, entonces, que los argumentos planteados por los cuatro magistrados que votaron a favor de la inconstitucionalidad de la norma son consistentes con el concepto de movilidad sostenible, en tanto procura que los usuarios de los servicios de transporte puedan acceder de forma equitativa, que la prestación sea eficiente, segura y amigable con el medio ambiente<sup>13</sup>.

Sin embargo, los dos miembros restantes del Tribunal Constitucional consideraron —sobre la base de una fundamentación bastante escueta<sup>14</sup>— que la demanda debía ser declarada infundada por las siguientes razones:

- El servicio de colectivo que ofrecen automóviles y camionetas responde a una demanda no satisfecha por el transporte público. Ante las deficiencias de este, los ciudadanos buscan alternativas para movilizarse [...]. Evidentemente, dicho uso causa una mayor congestión vehicular, pero la manera de aliviar esta no es afectando la iniciativa privada para satisfacer una demanda existente en el mercado. Existen opciones más conducentes y alineadas con la Constitución. Además de mejorar el transporte público, se puede recurrir a las tasas de congestión vehicular contempladas en el numeral 7.2 de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre [...].
- [...] no es cierto que los automóviles sean más peligrosos que los ómnibus. De cada 23 ómnibus, uno participó en un accidente de tránsito; en cambio, de cada 45 automóviles, uno lo hizo 1; finalmente, de cada 141 *station wagon*, solo una estuvo involucrada en un accidente.

Como se aprecia de manera objetiva, los argumentos que sustentan la inconstitucionalidad de la Ley 39016 son mucho más sólidos que los de la posición contraria, en la medida que realizan un análisis conceptual detallado y una evaluación de la información propor-

cionada por las autoridades competentes. En este sentido, encontramos que los argumentos planteados —tanto a nivel del Congreso de la República como de la minoría del Tribunal Constitucional— carecen de una fundamentación concreta, más allá de enunciados retóricos sin mayor correlato en datos fehacientes que permitan su verificación en la realidad.

Como vemos, en la práctica se vienen dando medidas contrarias a la movilidad sostenible las que, mayormente, son las que carecen de sustento técnico, pero, por el rango de las autoridades que las emiten y en tanto no puedan ser revertidas legalmente, se encuentran vigentes. Ante esta situación, cabe formular las siguientes interrogantes:

- Si la Constitución consagra una serie de derechos fundamentales consistentes con la movilidad sostenible, ¿a quién le corresponde la implementación y defensa?
- Son constitucionales las normas.
- ¿Qué garantiza en la práctica que las normas técnicas relacionadas con la movilidad sostenible y los recursos invertidos en los estudios que las sustentan y que sirven como base sean aplicados?
- ¿Quién debe asumir el costo de los referidos estudios, servicios especializados e intervenciones que se dejan de implementar como consecuencia de las decisiones «políticas» sin fundamento?

## Conclusiones

De la breve revisión de la temática vinculada al derecho a la movilidad sostenible en el Perú, hemos apreciado que nos encontramos aún en una etapa incipiente. A ello, debe agregarse el desconocimiento real —o «intencional» como lo muestran ciertas decisiones— de los elementos que configuran la movilidad sostenible, lo

13 Ver la sección 1 (Conceptos Clave) de la primera parte de este artículo.

14 Sentencia 910/2021 recaída en el Expediente 00004-2021-PI/TC: pp. 46-49.

que repercute de forma negativa en la mejora de la calidad de vida de las personas.

Entonces, recapitulando, podemos señalar lo siguiente respecto del derecho a la movilidad sostenible en el Perú, tomando en consideración lo señalado en la primera parte de este artículo, publicada en junio de 2021, a cuyas conclusiones también nos remitimos y, en algunos casos, precisamos:

- Es recomendable que el «derecho a la movilidad sostenible» sea consagrado a nivel constitucional. Si bien ello podría no ser indispensable, toda vez que nuestra Carta consagra el derecho a transitar libremente, al libre desarrollo y bienestar, al disfrute del tiempo libre, a gozar de un ambiente equilibrado y al adecuado desarrollo de la vida, no es menos cierto que ello facilitaría la defensa de este derecho, frente al desconocimiento conceptual e intereses particulares que subsisten en abierta contravención a los derechos antes mencionados, así como a lo que propiamente debe entenderse como economía social de mercado<sup>15</sup>.

15 En este aspecto, es importante recordar lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00034-2004-AI:

«19. Dentro de ese marco, nuestro régimen económico, según el artículo 58 de la Constitución, se ejerce dentro de una *economía social de mercado*. Este es representativa [sic] de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado Social y Democrático de Derecho. En esta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado. [...].

23. Así, a diferencia de la Constitución de 1979, que no establecía claramente la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, la actual Constitución prescribe expresamente en su artículo 60 que «Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional [...].

- En tanto lo anterior no ocurra, puede invocarse la defensa de los otros derechos mencionados en la conclusión anterior, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional, lo que en la práctica otorga la protección de la movilidad sostenible, sin perjuicio de reiterar que lo ideal es la consagración del derecho a la movilidad sostenible de manera expresa.
- Es importante revisar a nivel jurídico el esquema de responsabilidades de los funcionarios que emiten leyes, reglamentos, actos administrativos y emiten declaraciones que afecten los derechos fundamentales directamente vinculados con la movilidad sostenible (al igual que el resto de derechos). Así, se podrá reducir el riesgo que las políticas dirigidas a la adopción de medidas e implementación de soluciones de movilidad sostenible se vean mediatizadas por decisiones basadas en cuestiones políticas o que respondan a intereses particulares, en desmedro de la ciudadanía.

24. Ahora bien, si por un lado, el respeto al contenido esencial de las libertades económicas, constituye un límite al poder estatal, también es cierto que, por otro lado, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora. Ello sin duda, es consecuencia de que, así como existe consenso en tomo a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de la libertad para la actuación de los individuos del mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva.

25. Y es que, si bien la Constitución de 1993 busca garantizar el máximo respeto al ejercicio de las libertades económicas de los particulares, tal objetivo no puede concebirse de manera absoluta y aislada de la necesidad de protección de otros bienes constitucionales igualmente valiosos basados en la dignidad humana. De ahí que el propio ejercicio de las llamadas libertades económicas *no se concibe como fin en sí mismo y ajeno al ideal del orden económico y social justo*; prueba de ello es que la propia Constitución ha determinado los límites a su ejercicio, conforme se advierte de su artículo 59, sancionando el abuso de estas libertades en perjuicio de la moral, la salud y las seguridades públicas; de igual modo, el artículo 60, condiciona el ejercicio del derecho de propiedad a su armonización con el bien común».



# ¿ES POSIBLE EL ARBITRAJE DE CONSUMO PARA RESOLVER LAS CONTROVERSIAS ENTRE EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES Y LOS CONSUMIDORES?

Alejandro Moscol Salinas<sup>1</sup>

## RESUMEN

El procedimiento administrativo de reclamación ha prevalecido como mecanismo de solución de las controversias entre las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones y sus usuarios. Sin embargo, según la política pública de protección del consumidor establecida en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, se pueden implementar mecanismos alternativos para una mejor tutela de los consumidores.

En el presente trabajo se explora la posibilidad de que se implemente el arbitraje de consumo para resolver estas controversias, y se identifican las ventajas y las desventajas del modelo actual de reclamación administrativa y del arbitraje de consumo. Se abre un espacio académico cuyo objeto es mostrar que el modelo procedimental actual puede revisarse y que existen otras formas de solución de conflictos y tutela del consumidor.

**Palabras clave:** Telecomunicaciones, servicios públicos, arbitraje, consumo, procedimiento administrativo.

## ABSTRACT

The administrative claim procedure has prevailed as a mechanism for resolving disputes between the operating companies of public telecommunications services and its users. However, in accordance with the Public Policy for consumer protection established in the Consumer Protection and Defense Code, alternative mechanisms can be implemented for better protection of consumers.

<sup>1</sup> Lo expuesto en el presente trabajo es a título personal.

Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo (GIDA-PUCP)

This paper explores the possibility of implementing consumer arbitration to resolve these disputes, and identifies the advantages and disadvantages of the current model of administrative claims and consumer arbitration. An academic space is opened with the purpose of showing that the current procedural model can be reviewed and that there are other forms of conflict resolution and consumer protection.

**Keywords:** Telecommunications, public services, arbitration, consumption, administrative procedure.

## INTRODUCCIÓN

El Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por la Ley 29571, incorporó el arbitraje de consumo como un nuevo mecanismo de solución de controversias entre los proveedores de bienes y servicios y los consumidores. Este mecanismo alternativo al procedimiento administrativo sancionador en materia de consumo se ha desarrollado desde 2010 bajo el ámbito del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) y a través del trabajo de la Junta Arbitral de Consumo Piloto.

El presente trabajo presenta al arbitraje de consumo en general. Identifica sus características y el proceso arbitral. Además, analiza la viabilidad legal de la utilización del arbitraje de consumo para resolver las controversias entre los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones (también denominados empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones) y los abonados y usuarios de estos servicios.

Para ello, se comparará el régimen jurídico administrativo del procedimiento de atención y solución de reclamos de usuarios en la vía administrativa (ante la empresa operadora y el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios, Trasu del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, Osiptel) y el proceso arbitral de consumo. Asimismo, se identificarán las ven-

tajas y desventajas del modelo alternativo del arbitraje de consumo.

## 1. EL ARBITRAJE DE CONSUMO COMO MECANISMO DE TUTELA DE LOS CONSUMIDORES

### 1.1. La tutela del consumidor conforme al mandato constitucional

La tutela de los consumidores y usuarios se enmarca en el mandato del artículo 65 de la Constitución Política hacia el Estado, que comprende a todos los poderes públicos y niveles de gobierno. Este mandato es de defensa del interés de los consumidores y usuarios. La Constitución Política establece que se garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios y una protección especial para tutelar la salud y la seguridad de la población.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 008-2003-AI/TC<sup>2</sup>, esta autoridad jurisdiccional afirma que el consumidor o usuario es el fin de toda actividad económica. La actividad que desarrollen las empresas en el ámbito de la iniciativa privada y las libertades de empresa, comercio e industria debe considerar que quien utiliza los bienes y

2 Expediente 008-2003-AI/TC (Proceso de Inconstitucionalidad seguido por Nesta Brero contra el Decreto de Urgencia 140-2001, que estableció un régimen de precios mínimos para el transporte terrestre nacional e internacional). Fundamentos 27 y siguientes de esta sentencia.

servicios para satisfacer sus necesidades y en su propio bienestar son los consumidores. En este sentido, el consumidor adquiere, utiliza y disfruta de bienes y servicios en el marco de la actividad económica desarrollada bajo la economía social de mercado.

Las relaciones de consumo se establecen así con los proveedores, siendo independiente —como señala el Tribunal Constitucional en la indicada sentencia— de si el proveedor está sujeto a un régimen público o privado. Esta afirmación está referida a que en el mercado concurre tanto la oferta de bienes y servicios por empresas privadas como empresas públicas. Estas últimas sujetas al régimen de una iniciativa pública bajo el principio de subsidiariedad. La tutela del consumidor es un mandato exigible tanto a proveedores de bienes o servicios independientemente de si son públicos o privados.

En el marco de esta protección no solo se establece un principio rector de la actuación del Estado para la tutela del consumidor, sino también un derecho subjetivo en el consumidor, de manera que los consumidores y usuarios tienen la facultad de realizar las acciones para la defensa de sus intereses cuando estos se vean amenazados o vulnerados. Este derecho es tanto para exigir al Estado la tutela de su condición de consumidor o usuario como para actuar frente al proveedor ante las amenazas o vulneración de derechos legítimos. Esta tutela en el ámbito subjetivo y bajo el principio pro asociativo<sup>3</sup> alcanza a una actuación de los con-

sumidores no solo personal, sino también de manera asociativa, a través de las denominadas asociaciones de consumidores.

## 1.2. El Código de Protección y Defensa del Consumidor

Es la norma que, luego de la Constitución Política, establece el régimen jurídico para la protección y defensa de los consumidores. Ello bajo el marco del artículo 65 de la Constitución Política y la economía social de mercado. Este código se caracteriza porque considera los derechos de los consumidores, los principios de la tutela del consumidor, las políticas públicas de tutela del consumidor, el régimen general y especial de la tutela del consumidor, los procedimientos administrativos sancionadores de tutela del consumidor, el régimen de la responsabilidad de los proveedores y el arbitraje de consumo.

Para el presente trabajo, en la medida que está referido al arbitraje de consumo, mencionaré la Sexta Política Pública, por la cual el Estado garantiza la existencia de mecanismos eficaces y expeditivos para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores. Esta política traza las siguientes líneas, para la implementación de estos mecanismos:

- Que los proveedores atiendan y solucionen directamente y de manera célere los reclamos de los consumidores.
- Que existen mecanismos alternativos de solución de las controversias<sup>4</sup>. Los cono-

3 Bajo el principio Pro Asociativo, el Estado facilita la actuación de las asociaciones de consumidores o usuarios en un marco de actuación responsable y con sujeción a lo previsto en el presente código. Ello se encuentra regulado en el numeral 7 del artículo V del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor. También fue reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 3315-2004.AA/TC (Agua Pura Rovic S. A. C.). En esta sentencia, se señaló que, bajo este principio, se facilita la

creación y actuación de asociaciones de consumidores o usuarios, a efectos de que estos puedan defender corporativamente sus intereses.

4 Tener en cuenta el énfasis en los medios alternativos de solución de controversias, porque los medios son más amplios: negociación, mediación, conciliación, arbitraje, proceso judicial (García Montufar, 2001).

cidos mecanismos alternativos de solución de controversias (MARC) son vías posibles para solucionar las controversias entre proveedores y consumidores. Entre ellos, tenemos la mediación, la conciliación y el arbitraje de consumo.

- Que los procedimientos administrativos y judiciales sean ágiles, de fácil acceso y eficaces para la resolución de conflictos y la reparación de los daños. Según lo que se analizará, en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones el sistema utilizado es del procedimiento administrativo trilateral, con instancias administrativas, y con un acto administrativo revisable mediante el proceso contencioso administrativo.
- Que existan sistemas de autorregulación, es decir, que los mismos proveedores puedan implementar mecanismos que, en su propio ámbito de autonomía, solucionen los problemas que enfrenten a los proveedores con los consumidores.

En el acápite siguiente presentaré la regulación del arbitraje de consumo a partir de lo dispuesto por el Código de Protección y Defensa del Consumidor y el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo, aprobado por Decreto Supremo 103-2019-PCM<sup>5</sup>.

### 1.3. La regulación del arbitraje de consumo

El Código de Protección y Defensa del Consumidor regula el Sistema de Arbitraje de Consumo. Establece que debe constituirse en el mecanismo para resolver las controversias entre consumidores y proveedor<sup>6</sup>. Atribuye las

características siguientes: debe ser sencillo, gratuito, rápido y vinculante<sup>7</sup>.

Acerca de la «sencillez», se refiere a la simplicidad, lo cual también se atribuye al procedimiento administrativo. Así, no debe ser un procedimiento complejo y los requisitos que se exijan deben ser legales y sobre todo razonables para resolver una controversia de consumo. La «gratuidad» es el atributo que implica que el proceso arbitral no genera costos, al menos de carácter administrativo —respecto de la administración del arbitraje a cargo de las juntas arbitrales de consumo— ni respecto de los honorarios a los árbitros. Ello no quiere decir que los árbitros no perciban un monto por honorarios, sino que este será asumido por la Junta Arbitral de Consumo correspondiente.

La «celeridad» es el atributo que corresponde a la rapidez. El proceso arbitral debe ser tramitado con una dinámica en la cual no haya actuaciones innecesarias ni se presenten dilaciones que alejen el proceso de su finalidad e impidan que el pronunciamiento sea emitido en un plazo razonable. El carácter «vinculante» es el atributo más reconocido en el arbitraje de consumo en la medida que al emitirse en el marco de la función jurisdiccional el laudo arbitral vincula a las partes y constituye cosa juzgada.

El Sistema de Arbitraje de Consumo funciona a través de la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, las juntas arbitrales de consumo y los tribunales arbitrales. Cabe señalar que el Indecopi es la Autori-

5 Publicado en el diario oficial El Peruano el 29 de mayo de 2019.

6 5. Tener en cuenta que la regulación inicial del arbitraje de consumo, aprobada por el primer Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo (Decreto Supremo 046-2011-PCM, del 24 de mayo de 2011) no estuvo exenta de con-

troveria. Se consideraba que la organización del sistema, con juntas arbitrales de consumo y órganos arbitrales, tenía fallas importantes, de carácter estructural (Del Águila, 2014).

7 Para mayor estudio de las características del arbitraje de consumo, en cuanto a la sencillez, celeridad, gratuidad, unidireccionalidad, y carácter vinculante, ver Ríos, 2016; Valencia, 2017; Espinoza, 2011; y Rejanovinski, 2015.

dad Nacional de Protección del Consumidor y en su estructura administrativa actúa a través de la dirección mencionada.

El Indecopi ha constituido una junta arbitral de consumo piloto para la promoción e implementación del arbitraje de consumo y el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo permite que se puedan constituir más juntas arbitrales de consumo, en coordinación con los gobiernos subnacionales (regionales y locales) y además con entidades o personas jurídicas de derecho público del lugar donde se constituyan. Es decir, la posibilidad de constituir juntas arbitrales de consumo alcanza también a otras entidades de la administración pública, las cuales incluyen aquellas que tienen competencias en materia de protección del consumidor en un ámbito sectorial, como los servicios públicos de telecomunicaciones.

A continuación, desarrollamos las características del arbitraje de consumo y del proceso arbitral.

**Es voluntario.** El sometimiento del proveedor y del consumidor del arbitraje de consumo es voluntario. Este sometimiento puede ser realizado para cada controversia que se presente o puede el proveedor o las organizaciones empresariales adherirse al Sistema de Arbitraje de Consumo. Esta adhesión, calificada por la norma como una oferta pública de sometimiento al arbitraje de consumo<sup>8</sup>, implica que el proveedor o la organización empresarial expresa su compromiso a que las controversias que se presenten con sus consumidores serán resueltas mediante el arbitraje de consumo.

**La adhesión de los proveedores puede ser limitada.** En 2019, con la emisión del nuevo Reglamento del Sistema de Arbitraje de

Consumo, se incorporó la figura de la adhesión, la cual puede sea limitada. Esta adhesión limitada busca incentivar que los proveedores se acojan al arbitraje de consumo, delimitando en función a su propio interés, el monto de las indemnizaciones que están dispuestos a asumir y/o los productos o servicios sobre los que quiere someterse al arbitraje<sup>9</sup>.

Cuando se limite el monto de la indemnización, esta alcanzará los conceptos de daño emergente y/o lucro cesante. Sin embargo, si el consumidor pretende una indemnización por daño a la persona y daño moral, deberá acudir al Poder Judicial, y no vía el arbitraje de consumo.

**El laudo arbitral produce los efectos de cosa juzgada.** El laudo arbitral es el pronunciamiento que resuelve la controversia entre el proveedor y el consumidor. Conforme al artículo 59 del Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, el laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento y produce los efectos de cosa juzgada.

Cabe preguntarse en qué medida el sometimiento al arbitraje de consumo incide en la facultad de un consumidor para acogerse a las otras vías dispuestas por el ordenamiento jurídico para la tutela de su interés. Sobre este particular, el consumidor podría pretender denunciar al proveedor a través de la vía del procedimiento administrativo ordinario de protección del consumidor o pretender acogerse a las medidas correctivas que la autoridad dicte en el marco de un procedimiento administrativo general de protección del interés público.

Al respecto, a fin de generar predictibilidad e incentivos a la utilización del arbitraje de consumo, el Código de Protección y Defensa del

8 Artículo 23.2 del Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo.

9 Artículo 23.4 del Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo.

Consumidor hace bien en restringir las vías que puede utilizar el consumidor. Así, si optó por someterse al arbitraje de consumo, no puede pretender iniciar un procedimiento arbitral por infracción a las normas del citado código, o no puede pretender beneficiarse de aquellas medidas correctivas, por ejemplo, las medidas reparadoras, que dictara la autoridad en un procedimiento en general que se siga contra el proveedor por la misma infracción<sup>10</sup>.

**Proceso arbitral.** El proceso está a cargo de un tribunal arbitral, el cual está formado por uno o tres árbitros elegidos del Registro Único de Árbitros administrado por la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor. La opción del reglamento ha sido que la controversia sea resuelta por un tribunal arbitral con árbitro único. Es posible que el proveedor y el consumidor pacten por un tribunal arbitral colegiado de tres árbitros, siempre que la cuantía supere las tres unidades impositivas tributarias (UIT)<sup>11</sup>.

El arbitraje de consumo es un arbitraje institucional y de derecho. Las partes pueden pactar expresamente que el laudo sea de equidad o conciencia.

El consumidor es el que presenta la solicitud de inicio de arbitraje, la cual, una vez admitida, es trasladada al proveedor demandado para que presente su contestación. El Tribunal fija los puntos controvertidos y cuando lo considere, puede citar a las partes a una audiencia única, en la cual se puede conciliar, se actúan los medios probatorios y se presentan los alegatos.

Existe libre facultad de aportar los medios probatorios —sujeto naturalmente a su proceden-

cia y pertinencia— así como el Tribunal Arbitral realiza una apreciación razonada de los medios probatorios. Los árbitros son los que determinan su propia competencia y en caso de formularse una excepción, oposición o solicitud de suspensión, el Tribunal Arbitral es el que decide resolver de manera previa o cuando laude. El plazo para emitir el laudo es de 45 días hábiles desde que se admite la petición de arbitraje<sup>12</sup>.

## 2. EL PROCEDIMIENTO PARA RESOLVER LAS CONTROVERSIAS ENTRE LAS EMPRESAS OPERADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES Y LOS ABONADOS Y USUARIOS

En el marco de su potestad normativa, el Osip-tel aprobó, mediante Resolución de Consejo Directivo 047-2015-CD-Osiptel, el Reglamento para la Atención de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones. Esta norma estableció las disposiciones que, con carácter obligatorio, deben aplicar las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones para atender los reclamos que presenten sus usuarios.

El modelo de solución de conflictos adoptado por el Osiptel se sustenta en el artículo 74 del texto único ordenado (TUO) de la Ley de Teleco-

10 Artículo 145 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

11 Artículo 13.1 del Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo.

12 De conformidad con los artículos 41.2 y 41.3 del Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo, cuando el Tribunal determine el otorgamiento de indemnizaciones «debe verificar que se ha producido un menoscabo patrimonial o personal al consumidor, para lo cual puede requerir al proveedor la presentación de determinados medios probatorios en caso los ofrecidos por el consumidor no resulten suficiente». Asimismo, en cuanto a los gastos por la actuación de pruebas en el proceso arbitral, estos son asumidos en partes iguales. El Tribunal Arbitral puede determinar algo diferente.

municaciones, aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC, que establece que toda empresa que preste servicios públicos de telecomunicaciones debe establecer una vía expeditiva para atender los reclamos que presenten los usuarios. Corresponde al Osiptel atender aquellos casos en que los reclamos sean denegados por las empresas prestadoras de servicios públicos.

Bajo esta línea, se presenta la principal característica de las reclamaciones en el sector de los servicios públicos de telecomunicaciones, la vía administrativa previa ante las empresas es obligatoria. Ello significa que el usuario debe primero recurrir a la empresa operadora antes de solicitar la intervención procedimental del Tribunal (Trasu).

Este procedimiento administrativo de solución de controversias entre empresas operadoras y usuarios se caracteriza además por lo siguiente:

- Está sujeto a instancias que califican como administrativas. Una primera instancia ante la empresa prestadora. Aquí se sigue lo dispuesto por el inciso 8) del artículo I del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS. Y una instancia recursiva, ante el Trasu, órgano colegiado del Osiptel.
- El procedimiento ante las dos instancias es gratuito.
- No existe defensa cautiva en el procedimiento. La intervención de un abogado es facultativa.
- La empresa operadora no puede condicionar la atención del reclamo del usuario al pago previo del monto reclamado.
- Se habilita a que la empresa operadora establezca mecanismos para solucionar las reclamaciones de los usuarios con anterioridad al inicio del procedimiento de reclamo.
- Las reclamaciones pueden versar sobre las siguientes materias: facturación; cobros; calidad o idoneidad en la prestación del servicio; veracidad de la información brindada por la empresa operadora al usuario; falta de entrega del recibo o de la copia del recibo o de la facturación detallada solicitada por el usuario; incumplimiento de ofertas y promociones vinculadas a la prestación del servicio público de telecomunicaciones; suspensión, corte o baja injustificada del servicio; instalación o activación del servicio; baja o desactivación del servicio; traslado del servicio; problemas en el acceso al servicio mediante sistemas de tarjetas de pago; contratación no solicitada; incumplimiento de los derechos reconocidos en la normativa sobre usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones; cualquier materia relacionada directamente con la prestación del servicio.
- La presentación del reclamo y del recurso ante el Trasu suspende la ejecución de los actos reclamados.
- Se aplica el silencio administrativo positivo, de manera que, si la empresa operadora no resuelve la reclamación o notifica la misma dentro del plazo, se entiende que ha sido resuelto favorablemente.
- Se pueden presentar acuerdos conciliatorios y transacciones para solucionar las controversias entre la empresa operadora y los usuarios.
- La resolución que emite el Trasu agota la vía administrativa, pudiendo interponerse una demanda contenciosa administrativa ante el Poder Judicial.

Como se aprecia, la opción del legislador de habilitar un sistema de reclamaciones y sujetarlas a las reglas del procedimiento administrativo, contiene reglas favorables para la tutela de los abonados y usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones. Sin embargo, esta opción procedimental no restringe que se puedan utilizar otros mecanismos de resolución de conflictos entre las empresas operadoras y sus usuarios. Incluso para determinados supuestos, un mecanismo alternativo puede otorgar una mejor tutela para los consumidores en términos de solución del conflicto y la celeridad con la que se resuelve.

### **3. DE LA POSIBILIDAD DE INCORPORAR EL ARBITRAJE DE CONSUMO PARA RESOLVER LAS CONTROVERSIAS ENTRE LAS EMPRESAS OPERADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES Y LOS ABONADOS Y USUARIOS**

Según lo desarrollado en los puntos anteriores, se puede afirmar que tanto el procedimiento de reclamación administrativa como el proceso arbitral de consumo son beneficiosos, pero también tienen algunas dificultades que enumeraremos en las líneas siguientes. Asimismo, se debe anotar que ambas vías constituyen mecanismos de solución de los conflictos, en principio, excluyentes, pero a su vez complementarias en el marco de la tutela del consumidor, en tanto en determinados supuestos el consumidor podría preferir una u otra de las vías.

El procedimiento administrativo de reclamación tiene la ventaja de ser un procedimiento sencillo y gratuito. En ello coincide con el proceso arbitral de consumo. Sin embargo, el creciente número de reclamaciones administrativas ocasiona que se presente una alta carga de procedimientos de reclamación en trámite ante las empresas

operadoras y el Trasu, lo cual puede devenir en la demora en resolver o la comisión de errores. Independientemente de que se pueden revisar las causas en el servicio prestado que ocasiona el incremento del número de reclamaciones y la insatisfacción de los consumidores, se aprecia un alto costo administrativo en la tramitación de estos procedimientos de reclamación.

Ambos mecanismos coinciden en la eliminación de la defensa cautiva, lo cual facilita el acceso y la atención de los conflictos entre empresas operadoras y usuarios.

La principal ventaja del arbitraje de consumo es que resuelve la controversia de forma definitiva, en tanto el laudo arbitral constituye cosa juzgada, y no hay posibilidad de revisión en ninguna instancia administrativa ni judicial, con excepción del proceso de nulidad de laudo arbitral en supuestos muy excepcionales. Sin embargo, el procedimiento administrativo de reclamación está sujeto a reglas de instancias administrativas y de agotamiento de la vía administrativa. Es decir, el usuario debe seguir un procedimiento administrativo en dos instancias administrativas, pero no obtiene una decisión que constituya cosa juzgada, es un acto firme (cuando no se interpone el recurso administrativo) o que agota la vía administrativa, pero susceptible de ser revisado en la vía judicial.

La resolución que expide el Trasu puede ser revisada a nivel judicial y ello puede conllevar que el conflicto entre el usuario y la empresa operadora se extienda a las dos instancias judiciales y, eventualmente, a casación. A diferencia del laudo arbitral que define la controversia en una sola instancia y en forma definitiva.

El arbitraje de consumo puede incluir como pretensión el pago de una indemnización. Sin embargo, en el procedimiento administrativo de reclamación no es posible incorporar una

pretensión indemnizatoria<sup>13</sup>. La reclamación se circunscribe a los conceptos materia de reclamación, de manera que una pretensión con contenido económico, como una facturación indebida, será atendida disponiendo que la empresa operadora devuelva el dinero pagado por el usuario o que no le puede exigir el pago de la facturación indebida. El arbitraje de consumo permite que se cumpla el principio indemnizatorio<sup>14</sup>, habilitándose incluso la adhesión limitada por la cual el proveedor adherido limita el monto de la indemnización en cuanto al resarcimiento del daño emergente y el lucro cesante.

El sistema de arbitraje de consumo funciona en tanto exista un acuerdo de sometimiento al arbitraje del proveedor y el consumidor. En el caso del procedimiento administrativo de reclamación, el sometimiento es obligatorio para la empresa operadora y el usuario. Constituye la vía administrativa previa para poder recurrir luego al Poder Judicial.

Es decir, la reclamación administrativa es un derecho del consumidor y una obligación de la empresa operadora, tanto de atender la reclamación presentada y luego de cumplir con lo

que resuelva el Trasu. En cambio, en el arbitraje de consumo, se requiere la voluntad expresa de la empresa operadora y del consumidor. En este sentido, en un mercado como el de servicios públicos de telecomunicaciones, se debe lograr que los prestadores de estos servicios se sometan voluntariamente al arbitraje de consumo en cuanto valoren positivamente las ventajas de su utilización.

Existen ventajas y desventajas del arbitraje de consumo y del procedimiento de atención y solución de reclamos de usuarios ante las empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones. Sin embargo, la posibilidad de que pueda utilizarse el arbitraje de consumo significa una alternativa jurídicamente viable para la solución de determinadas controversias. Una vía sencilla, célere, vinculante, gratuita, definitiva, que actualmente no se ha desarrollado normativamente en el ámbito de la tutela de los usuarios y abonados de servicios públicos de telecomunicaciones.

Esta vía del arbitraje de consumo es acorde con la Sexta Política Pública del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto constituye un mecanismo alternativo de solución de controversias, posibilita la solución célere de la controversia y la reparación de los daños. Actualmente, la normativa en materia de telecomunicaciones permite los acuerdos conciliatorios y la transacción, y no excluye el arbitraje, pero no se cuenta con un marco legal que lo promueva o desarrolle en el ámbito del consumo.

El arbitraje se ha previsto expresamente para la solución de las controversias entre empresas operadoras. Sin embargo, no ha sido utilizado por las empresas operadoras de servicios públicos para resolver sus controversias. No se identifican procesos o laudos arbitrales que en

13 En el marco de las reclamaciones administrativas, las indemnizaciones se determinan en la vía judicial. El artículo 251.1 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece la compatibilidad de las sanciones administrativas con el dictado de medidas correctivas, o la reparación de la situación alterada y con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Estos últimos son determinados en el proceso judicial correspondiente. Si bien el citado artículo está referido a la responsabilidad administrativa, el razonamiento se puede extender para el caso de las controversias entre proveedor y consumidor que no tienen naturaleza sancionadora.

14 Valencia resalta que el arbitraje de consumo permite el *Principio de Restitutio in Integrum* o Principio Indemnizatorio. Cita las sentencias 3315-2004-AA/TC (antes citada en este trabajo) y 1865-2010-PA/TC, siendo mandato del Estado resguardar el resarcimiento por los daños causados por el proveedor a los consumidores (Valencia, 2017).

número denoten un amplio uso de este mecanismo<sup>15</sup>. Con lo cual se aprecia la ventaja que el Osiptel tiene la estructura institucional que posibilita la constitución de una junta arbitral de consumo para las controversias entre empresas operadoras y usuarios, en tanto el arbitraje de consumo es institucional.

Asimismo, también es favorable que el funcionamiento del arbitraje de consumo sea a través de un tribunal arbitral con un árbitro único en la medida que facilita la conformación del Tribunal y reduce los costos de los honorarios arbitrales que asume la Junta de Arbitraje de Consumo. De igual manera, el arbitraje mediante mecanismos virtuales<sup>16</sup> puede promover su mayor utilización y aplicación a nivel nacional, disminuyendo los costos de su administración (tanto para el Estado como para los administrados).

Finalmente, el tema más complejo y que, académicamente, requiere de una evaluación cuantitativa es identificar en qué tipo de controversia debería utilizarse o preferirse la vía del procedimiento administrativo de reclamación —es decir, el mecanismo de solución de conflictos vigente— y cuándo debería utilizarse el arbitraje de consumo.

Como se aprecia, las reclamaciones en servicios públicos de telecomunicaciones recaen en diferentes y variadas materias, algunas más simples y otras más complejas (como el incumplimiento de ofertas y promociones, o la contratación no solicitada), algunas reclamaciones son recurrentes en periodos de tiempo. En este sentido, para aquellos supuestos en los que se advierta mayor complejidad, recurrencia o especialidad, el arbitraje de consumo puede ser una vía atractiva para solucionar de manera definitiva y con calidad de cosa juzgada, la controversia entre la empresa operadora y el consumidor.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALTAMIRANO, K. (2021). El arbitraje de consumo como una alternativa eficiente en tiempos de COVID-19. Recuperado el 5 de enero de 2022 en: [www.enfoquederecho.com/2021/02/03/el-arbitraje-de-consumo-como-una-alternativa-eficiente-en-tiempos-de-covid-19/](http://www.enfoquederecho.com/2021/02/03/el-arbitraje-de-consumo-como-una-alternativa-eficiente-en-tiempos-de-covid-19/)
- CABRERA, D. (2018). La viabilidad del arbitraje de consumo dentro del sistema de protección al consumidor en el Perú. Tesis de licenciatura en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Lima.
- DEL ÁGUILA, P. (2014). *La organización del sistema de arbitraje de consumo: ¿un modelo para desarmar?* Recuperado el 5 de enero de 2022, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9370/9785>
- ESPINOZA LOZADA, J. E. (2011). ¿Y ahora quién podrá defendernos? El arbitraje de consumo y otros medios de resolución de controversias entre consumidores y proveedores. *Revista de Derecho Administrativo*, (10), 121-141. Recuperado el 5 de enero de 2022 a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13683>
- GARCÍA MONTUFAR, J. (2001). Los medios alternativos de solución de conflictos. *Derecho & Sociedad*, (16), 141-147. Recuperado el 5 de enero de 2022 a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17053>
- 15 Mediante la Resolución del Consejo Directivo 011-99-CD/Osiptel, publicada el 9 de julio de 1999, se aprobó el Reglamento de Arbitraje del Osiptel. Así, el Osiptel constituyó un centro de arbitraje, con su Corte Arbitral y su Secretaría General. Asimismo, mediante la Resolución de Consejo Directivo 012-99-CD/Osiptel, se aprobaron las normas sobre materias arbitrables entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones. Esta norma tenía por finalidad delimitar cuáles controversias son de libre disposición y cuáles materias no son de libre disposición y no pueden ser sometidas a arbitraje.
- 16 En un artículo reciente y en relación con la pandemia COVID-19, se resalta el arbitraje de consumo virtual (Altamirano, 2021).

REJANOVINSCHI TALLEDO, M. (2015). Los dilemas para consumir justicia: algunos alcances de la tutela procesal del consumidor en la vía administrativa y el arbitraje de consumo. *Derecho PUCP*, (75), 231-251. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201502.011>

RÍOS RAMÍREZ, F. (2016). El arbitraje de consumo: ¿cerrando el círculo del sistema de protección al consumidor en el Perú? Tesis para obtener el grado de magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia

Universidad Católica del Perú (PUCP). Recuperado el 5 de enero de 2022 a partir de: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/8369>

VALENCIA JAÉN, K. (2017). La eficacia del sistema de arbitraje de consumo en el Perú. Tesis para optar el grado de magíster en Derecho de la Empresa con mención en Gestión Empresarial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Recuperado el 5 de enero de 2020 a partir de: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/9735>



# EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO EN MATERIA DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN LAS UNIVERSIDADES

Alberto Cairampoma Arroyo<sup>1</sup>

## RESUMEN

El presente artículo analiza el régimen disciplinario aplicable para casos de hostigamiento sexual en las universidades peruanas. En nuestro ordenamiento Constitucional no se reconoce de manera expresa la potestad sancionadora de la administración pública. Así, queda en el Tribunal Constitucional, a través de diversos pronunciamientos, declarar que el ejercicio de esta potestad resulta constitucional, siempre en cuando se respeten las garantías mínimas propias del derecho administrativo sancionador.

Hoy se cuenta con el texto único ordenado de la ley, aprobado mediante Decreto Supremo 004-2019-JUS. La importancia del establecimiento de este régimen en el caso peruano es innegable, pues desde la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG) se establecieron los límites y alcances del derecho administrativo sancionador. Se dejó por sentado que, si bien hay diferencias con el derecho penal, pueden compartir la aplicación de algunas instituciones y principios que sirven para el adecuado funcionamiento del sistema y una adecuada aplicación del *ius puniendi* del Estado.

En este sentido, en el caso de los casos de hostigamiento sexual, en el artículo 90 de la Ley Universitaria, se ha establecido que se pueden dictar medidas preventivas, lo cual incluye la posibilidad de que el docente sea «separado preventivamente sin perjuicio de la sanción que se imponga», alcanzando este régimen tanto a universidades públicas como privadas.

**Palabras clave:** Hostigamiento sexual, régimen disciplinario, texto único ordenado de la ley.

<sup>1</sup> Profesor ordinario asociado de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro fundador del Grupo de Investigación de Derecho Administrativo (GIDA). Agradezco el apoyo de Annie Fetta y Andrea Álvarez en la revisión del presente trabajo. Además, quiero agradecer a mi esposa, Elizabeth Arias, y mi hija, Julieta, quienes —con su amor y comprensión— todo lo hacen posible.

## ABSTRACT

This article means to analyze the disciplinary regime applicable to cases of sexual harassment in Peruvian universities, in our constitutional system the sanctioning power of the public administration has not been recognized expressly, leaving it to the Constitutional Court, through diverse pronouncements, to declare that the practice of this power ends up being constitutional, as long as the minimum guarantees of the Sanctioning Administrative Law are respected. Currently, we have the Unique and Orderly Text of the Law, approved by Supreme Decree N° 004-2019-JUS. The importance of the establishment of this regime in the case of Peru is undeniable, for from the validity of the LPAG it's been possible to establish which are the limits and reach of the Sanctioning Administrative Law, making it clear that, even if it has differences with Criminal Law, it can share the application of some institutions and principles that are of use to the adequate functioning of the system and an proper application of *ius puniendi* of the State. In this sense, in the particular case of the sexual harassment cases, in article 90 of the University Law, it has been established that preemptive measures can be dictated, which includes the possibility of the professor being “*preemptively separated without perjury of the sanction to be imposed*”, this regime reaching public universities as well as public ones.

**Keywords:** Sexual harassment, disciplinary regime, Unique and Orderly Text of the Law.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza el régimen disciplinario aplicable para casos de hostigamiento sexual en las universidades peruanas y se ha dispuesto como objetivo específico identificar si el régimen establecido cumple con los principios y garantías propias de un régimen sancionador disciplinario.

Para ello, se hace un análisis de las principales normas aplicables, como el Texto Único de la Ley de Procedimiento Administrativo General, la Ley Universitaria, la Ley para la Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual y su reglamento. Es importante dar cuenta del régimen jurídico, tomar nota de las modificaciones de las dos últimas décadas en el ordenamiento jurídico peruano, que ha generado por una falta de técnica legislativa y manejo del derecho administrativo sancionador se incurran en vulneraciones de los principios que inspiran el procedimiento sancionador y disciplinario.

Por ejemplo, la vulneración del principio de proporcionalidad, que puede generar graves perjuicios a quienes se encuentran en un procedimiento como presuntos infractores y producir un grave daño al sistema que se ha deseado implementar para combatir los casos de hostigamiento sexual.

## I. LA POTESTAD DISCIPLINARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

### La potestad sancionadora en la Constitución peruana

Aunque en el caso peruano y la mayoría de países latinoamericanos se asuma con naturalidad el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las administraciones públicas, debemos precisar que —desde una perspectiva dogmática— se puede señalar que para el ejercicio de esta potestad se debe contar pre-

viamente con reconocimiento constitucional (Danós Ordóñez, 1995: 150).

En efecto, en el ordenamiento jurídico peruano, a diferencia de otros, como el español (artículo 25.1 de la Constitución de 1978), no se ha reconocido de manera expresa la potestad sancionadora de la administración pública, quedando en el Tribunal Constitucional, a través de diversos pronunciamientos, declarar que el ejercicio de esta potestad resulta constitucional, siempre que se respeten las garantías mínimas propias del derecho administrativo sancionador.

El respeto de estas garantías mínimas implica la vigencia y aplicación de los principios para el uso del poder punitivo del Estado, que se activa e involucra el menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, cuando estas han cometido una conducta ilícita o una infracción administrativa. En tal medida, en un Estado constitucional de derecho, se deben acoger todas las garantías del caso para que las medidas que se vayan a adoptar sean con estricto respecto a los derechos fundamentales de las personas y previa verificación de la configuración de una actuación infractora.

Por tanto, en el marco del ejercicio del *ius puniendi*, se debe garantizar el cumplimiento de principios como los de legalidad y tipicidad. Esto involucra la existencia de norma punitiva que sea conocida, la calificación del hecho o conducta que puede resultar infractora o ilícita, y las consecuencias jurídicas de manera preexistente a la conducta (vinculada con la irretroactividad) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, fundamento 106).

Para el Tribunal Constitucional peruano, el ejercicio de potestad sancionadora se encuentra condicionada al respeto de los principios

constitucionales (legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) y, de manera particular, a los derechos fundamentales, siempre en el marco de un debido proceso (Tribunal Constitucional del Perú, 2004, fundamento 2).

Así, si bien en el ordenamiento jurídico peruano no existe un reconocimiento a nivel constitucional de la potestad administrativa sancionadora, resulta innegable su importancia y es a través del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia del Poder Judicial, que el ejercicio del *ius puniendi* por parte de las administraciones públicas ha sido validado, siempre y cuando se respeten las garantías propias del procedimiento administrativo sancionador, el cual ha sido desarrollado por el legislador mediante la Ley de Procedimiento Administrativo General, tal como lo veremos en el siguiente punto.

### El procedimiento administrativo sancionador y disciplinario en el texto único ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General

Como señalé, en el caso peruano, es el legislador el que se ha encargado a inicios de este siglo de establecer el régimen jurídico para el ejercicio de la potestad sancionadora de las administraciones públicas, concretamente en el Título IV de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (en la medida que desde su emisión en abril de 2001, hoy se cuenta con texto único ordenado de la ley, aprobado mediante Decreto Supremo 004-2019-JUS, por lo que en adelante haremos referencia a TUO de la LPAG).

Dentro del TUO de la LPAG se encuentra el régimen de los procedimientos especiales: tri-lateral y sancionador (en diciembre de 2016 se incorporó el régimen del ejercicio de la potes-

tad fiscalizadora en este título) y durante estas dos décadas el establecimiento del régimen del procedimiento administrativo sancionador ha resultado importante para el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora.

Como señala Danós Ordóñez, existen tres aspectos a resaltar de la regulación estipulada en el TUO de la LPAG: i) el establecimiento de un conjunto de los principales principios para el desarrollo de la potestad sancionadora, donde no solo se enuncian, sino se establece el contenido y alcances de cara al cumplimiento por parte de las administraciones y las personas involucradas en estos procedimientos; ii) la regulación de la prescripción de la responsabilidad administrativa, el cual busca eliminar la incertidumbre e inseguridad jurídica; y iii) el establecimiento de etapas y estructura del procedimiento administrativo, donde se debe resaltar la identificación del inicio del mismo, mediante la notificación al presunto infractor, activando todas las garantías propias del derecho administrativo sancionador (Danós Ordóñez, 2019: 495-497).

La importancia del establecimiento de este régimen en el caso peruano es innegable, pues desde la vigencia de la LPAG ha servido para que las administraciones públicas adapten los procedimientos sancionadores que realizaban, además, para que los órganos jurisdiccionales y los tribunales administrativos resuelvan casos y aporten criterios en base a la aplicación de la LPAG y, paralelamente, se desarrolle doctrina en el ámbito del derecho administrativo sancionador, que antes de la referida norma era casi inexistente.

Además, ha servido para establecer cuáles son los límites y alcances del derecho administrativo sancionador, dejando por sentado que, si bien tiene diferencias con el derecho penal,

pueden compartir la aplicación de algunas instituciones y principios que sirven para el adecuado funcionamiento del sistema y una adecuada aplicación del *ius puniendi* del Estado, que es uno y debe estar orientado, sin importar en qué ámbito se desarrolle, por el principio de intervención mínima con todas las consecuencias que de ello se desprenda (Alarcón Sotomayor, 2014: 158-159).

Se logra, así, el reconocimiento de importantes garantías y el establecimiento de controles desde una perspectiva de potestad sancionadora (Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, 2017: 24), lo que ha llevado al legislador, en el caso peruano, a establecer los principios de la potestad sancionadora administrativa, así como la estructura mínima y garantías la regla de la preferencia, a través de la declaración de lo establecido en el TUO de la LPAG como norma común (Danós Ordóñez, 2019: 500-501).

Ahora, si analizamos el régimen disciplinario que se aplica en el caso de hostigamiento sexual en las universidades, considero pertinente señalar que en el ámbito del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa no solo se incluye al procedimiento administrativo sancionador, sino también al procedimiento administrativo disciplinario.

Si bien en el TUO de la LPAG se establece el régimen jurídico del primero, se puede afirmar que también sirve de referencia para el disciplinario, en la medida en que el ejercicio del *ius puniendi* involucra el ejercicio de una potestad sujeta a los mismos alcances y límites, respetando las peculiaridades de cada régimen (penal, administrativo sancionador o disciplinario) (Cano Campos, 2009: 88-89). Ello bajo la premisa de que estamos ante el ejercicio de la potestad sancionadora (Baca Oneto, 2018a: 316).

Además, el numeral 3 del artículo 247 del TUO de la LPAG establece: «La potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal de las entidades se rige por la normativa sobre la materia». Así, podemos considerar que existen principios y reglas mínimas, la estructura y garantías del procedimiento sancionador que pueden ser aplicables de manera supletoria al régimen disciplinario.

Se entiende por potestad disciplinaria a «la capacidad que ostenta quien dirige la estructura organizativa para castigar las conductas de aquellos que las contravienen, sobre la base de que con ellas eventualmente se puede poner en peligro o llegar a perjudicar la propia consecución de los objetivos que justifican la existencia misma de la organización» (Quintana López, 2009: 321). Se trata en buena cuenta de un instrumento de defensa que le permite a cualquier organización disciplinar las conductas de sus miembros a través del ejercicio de una potestad.

De hecho, en el ámbito interior de las administraciones, a través del ejercicio de la potestad disciplinaria, se consideraba natural y más fácil admisible el ejercicio de la punición administrativa. Esto involucra a las personas que colaboran en la ejecución de funciones administrativas. Por tanto, entre las administraciones públicas, y que luego se extendiera a ámbitos privados en regímenes especiales, como las corporaciones de derecho público, por ejemplo, los colegios profesionales (Rebollo Puig, 2016: 159). Esto resulta importante, porque advertiremos que, en los procedimientos disciplinarios para los casos de hostigamiento sexual, las normas que establecen el régimen han incluido tanto a universidades públicas como privadas, planteando como premisa que en todos los casos se ejerce potestad disciplinaria.

## II. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO PARA CASOS DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN EL ÁMBITO DE LAS UNIVERSIDADES

En el acápite anterior nos referimos al régimen jurídico general que tiene el Estado para el ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito de las administraciones públicas y llamamos la atención sobre lo que establece el TUO de la LPAG respecto a la potestad disciplinaria. Se dejó claro que, en función del régimen de las administraciones, podemos advertir la regulación de normas especiales. El objetivo es analizar el régimen disciplinario que se aplica en el ámbito de las universidades, concretamente por hostigamiento sexual.

Allí donde se observa aparente y clara delimitación del tema por ser específico, se advierte que no es así. Por el contrario, presenta aristas que lo plantean como uno de especial complejidad por los detalles que pueden estar escondidos, y se pueden plasmar a través de algunas preguntas: ¿Se puede afirmar que el régimen disciplinario es o debe ser similar para universidades públicas y privadas? ¿Se pueden considerar a las universidades como entidades de la administración pública?

Si es así, ¿lo son las públicas y las privadas? Si existen diferencias, ¿el régimen disciplinario para sancionar los casos de hostigamiento sexual debe ser igual para universidades públicas y privadas? ¿Las universidades privadas pueden establecer un régimen disciplinario distinto al de las universidades públicas? ¿Cuáles son los principios y garantías que se deben establecer en el régimen disciplinario para los casos de hostigamiento sexual? Son algunas de las preguntas que esperamos responder en las siguientes líneas.

## El régimen disciplinario para los casos de hostigamiento sexual en la Ley Universitaria

Como el espacio aquí es muy limitado, nos referiremos de modo directo al régimen disciplinario para casos de hostigamiento sexual para docentes establecido en la Ley 30220, que aprueba la Ley Universitaria (LU).

Al respecto, se debe señalar que la LU desarrolla en el capítulo VIII el régimen aplicable a los docentes, en cuanto sus funciones (artículo 79), categorías (ordinarios, principales, asociados, auxiliares; extraordinarios y contratados) (artículo 80), requisitos para el ejercicio de la docencia (artículo 82), admisión y promoción docente (artículo 83), sobre los periodos de evaluación (artículo 84), régimen de dedicación (artículo 85), los deberes y derechos de los docentes (artículos 87 y 88, respectivamente) y el régimen de sanciones (artículos 89 al 95), entre otros.

Aquí nos interesa el régimen disciplinario establecido para los docentes. En el artículo 89 de la LU se lee: «Los docentes que transgredan los principios, deberes, obligaciones y prohibiciones en el ejercicio de la función docente, incurren en responsabilidad administrativa y son pasibles de sanciones según la gravedad de la falta y la jerarquía del servidor o funcionario; las que se aplican en observancia de las garantías constitucionales del debido proceso», las sanciones que se pueden aplicar en función a la infracción cometida son: amonestación escrita, suspensión sin goce de remuneración hasta por 30 días, cese temporal desde 31 días hasta 12 meses y destitución.

Algo peculiar de este artículo es que solo el cese temporal y la destitución deben ser aplicados previo procedimiento administrativo disciplinario. Ello resulta singular porque, ante la

inexistencia de procedimiento, podrían quebrarse las garantías del derecho sancionador, incluso en una amonestación y una suspensión. Además, se puede advertir que se trata de un régimen muy general desprovisto de los detalles necesarios para asumir que se hayan establecido las garantías y principios que permitan el desarrollo de un buen ejercicio de la potestad disciplinaria.

Los centros universitarios o las universidades deben establecer los órganos competentes para realizar los procedimientos disciplinarios y aplicar las sanciones en función a si se está ante una amonestación (artículo 92), suspensión (artículo 93), cese temporal (artículo 94) o destitución (artículo 95). Como se advierte, se delega en las universidades el establecimiento del régimen disciplinario, pero es algo que no sucederá para los casos de hostigamiento sexual.

En efecto, en los casos de hostigamiento sexual, en el artículo 90 de la LU se ha establecido que se pueden dictar medidas preventivas, lo cual incluye la posibilidad de que el docente sea «separado preventivamente sin perjuicio de la sanción que se imponga». Además, se prevé que para estos casos la sanción aplicable sea la destitución. Luego volveremos a estos dos aspectos, pues se convertirán en el centro de análisis.

En esa línea, en el artículo 95 se lee: «Son causales de destitución la transgresión por acción u omisión, de los principios, deberes, obligaciones y prohibiciones en el ejercicio de la función docente, consideradas como muy graves, las siguientes: 95.7 Realizar conductas de hostigamiento sexual y actos que atenten contra la integridad y libertad sexual tipificados como delitos en el Código Penal».

El régimen disciplinario descrito a partir de lo establecido en el LU sobre docentes debe ser com-

plementado por lo establecido en la Ley 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 014-2019-MIMP, modificado por Decreto Supremo 021-2021-MIMP.

### La Ley contra el hostigamiento sexual. Análisis de lo establecido para las universidades

La Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual (LPSHS) fue emitida en 2003. Busca «prevenir y sancionar el hostigamiento sexual producido en las relaciones de autoridad o dependencia, cualquiera sea la forma jurídica de esta relación. Igualmente, cuando se presente entre personas con prescindencia de jerarquía, estamento, grado, cargo, función, nivel remunerativo o análogo» (artículo 1). En su ámbito de aplicación, se encuentran las instituciones educativas. Dentro de ellas, los centros educativos universitarios, públicos y privados (artículo 2.2).

Un primer aspecto que debe llamar nuestra atención es que en la referida ley se establece un régimen común disciplinario para los casos de hostigamiento sexual para todos los centros educativos. Esto involucra asumir que se trata de una norma que debe ser cumplida y adaptada tanto por universidades públicas como por privadas.

En la LPSHS, modificada en dos oportunidades (mediante Ley 29430, de 2009, y Decreto Legislativo 1410, de 2018), se menciona el concepto de hostigamiento sexual: «El hostigamiento sexual es una forma de violencia que se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista no deseada por la persona contra la que se dirige, que puede crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o que puede afectar su actividad o situación laboral, docente, formativa

o de cualquier otra índole. En estos casos no se requiere acreditar el rechazo ni la reiterancia de la conducta».

Respecto al concepto del hostigamiento sexual, se debe llamar la atención las dos modificaciones que se dieron al artículo 4, pues originalmente se establecía como hostigamiento sexual típico o chantaje sexual a la conducta reiterada de naturaleza sexual que no fuera deseada y/o rechazada. Este concepto fue modificado mediante la Ley 29430, incluidos los supuestos de conductas física o verbal reiterada sexista, para quedar, mediante el Decreto Legislativo 1410, como la conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista, quitando la reiterancia como supuesto configurador de la infracción.

Todos estos elementos resultan importantes para el cumplimiento de los principios de legalidad y de tipicidad del procedimiento disciplinario. Son complementadas mediante lo dispuestos en el artículo 6, sobre las manifestaciones del hostigamiento sexual, que, entre otras, establecen: «a) Promesa implícita o expresa a la víctima de un trato preferente o beneficioso respecto a su situación actual o futura a cambio de favores sexuales. b) Amenazas mediante las cuales se exija en forma implícita o explícita una conducta no deseada por la víctima, que atente o agravie su dignidad. c) Uso de términos de naturaleza o connotación sexual o sexista (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos o exhibición a través de cualquier medio de imágenes de contenido sexual, que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima. d) Acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulten ofensivas y no deseadas por la víctima. e) Trato ofensivo u hostil por el rechazo de las conductas señaladas

en este artículo. f) Otras conductas que encajen en el concepto regulado en el artículo 4 de la presente Ley».

Desde mi punto de vista, quitar la conducta reiterada y los supuestos de conductas sexistas tienen una repercusión en el principio de legalidad y tipicidad. A su vez, tiene un impacto en otros principios, como el de proporcionalidad. Más aún, para docentes universitarios, respecto de los cuales la única sanción prevista para los casos de hostigamientos (sin hacer distinción a los diferentes tipos que pueden existir) es la destitución.

Cuando la LPSHS hace referencia al régimen que se aplica a los profesores o docentes universitarios, se indica que se debe aplicar lo dispuesto por la Ley 23733, Ley Universitaria derogada, la cual establecía en el último párrafo del artículo 51, sobre el régimen disciplinario: «Son aplicables a los docentes las siguientes sanciones: amonestación, suspensión y separación, previo proceso», sin dar mayores alcances. Este punto fue modificado con la LU, que incluyó como deber de los profesores universitarios «d) Observar conducta digna y no realizar actos de hostigamiento sexual», tratando de corregir o cubrir el vacío legal existente.

Al respecto, consideramos que en la medida que la referida ley ha sido derogada por la vigente LU, se aplica una derogación tácita del artículo 18 de la LPSHS. Debe entenderse que, para docentes universitarios, se debe aplicar lo dispuesto por la LU vigente y que hemos tenido oportunidad de analizar.

### Procedimiento disciplinario establecido en el Reglamento de la Ley contra el hostigamiento

La LPSHS fue reglamentada por el Decreto Supremo 010-2003-Mimdes, norma hoy derogada. No obstante, en la medida que la refe-

rida ley fue modificada en dos oportunidades, por el Decreto Legislativo 1410, se establece en la única disposición complementaria final que el Poder Ejecutivo emita un nuevo reglamento. En atención a ello, se emite el Decreto Supremo 014-2019-MIMP como reglamento vigente de la LPSHS.

En este reglamento se establecen las normas generales y específicas para la prevención, investigación y sanción de los casos de hostigamiento sexual establecido en la LPSHS (artículo 1) y se determina como ámbito de aplicación, entre otros, para el caso de relaciones educativas, públicas y privadas (artículo 2).

En el artículo 3 del reglamento se establecen definiciones de las cuales consideramos pertinente resaltar dos, porque complementan lo establecido en la LPSHS (apoyo reglamentario en la tipicidad). En efecto, se define conducta de naturaleza sexual como «comportamientos o actos físicos, verbales, gestuales u otros de connotación sexual, tales como comentarios e insinuaciones; observaciones o miradas lascivas; exhibición o exposición de material pornográfico; tocamientos, roces o acercamientos corporales; exigencias o proposiciones sexuales; contacto virtual; entre otras de similar naturaleza».

Acerca de la conducta sexista se define: «Comportamientos o actos que promueven o refuerzan estereotipos en los cuales las mujeres y los hombres tienen atributos, roles o espacios propios, que suponen la subordinación de un sexo o género respecto del otro».

En el artículo 4 se establece un listado de principios, vinculados a las acciones de prevención y sanción del hostigamiento sexual, como dignidad y defensa de la persona; gozar de un ambiente saludable y armonioso; igualdad y no discriminación por razones de género; respeto

de la integridad de la persona; intervención inmediata y oportuna; confidencialidad; debido procedimiento; impulso de oficio; informalismo; celeridad; de interés superior del niño, niña y adolescente; y no revictimización.

En el artículo 6, se especifican los supuestos de configuración y manifestaciones del hostigamiento sexual, de los cuales nos interesa resaltar uno, el 6.2, que señala: «La configuración del hostigamiento sexual no requiere acreditar que la conducta de quien hostiga sea reiterada o el rechazo de la víctima sea expreso. La reiterancia puede ser considerada como un elemento indiciario».

Como se ha señalado, la LPSHS y su reglamento establecen un régimen de prevención y sanción. Sobre el primer aspecto, en los artículos 10 (evaluación y diagnóstico), 11 (medidas de prevención) y 12 (difusión de canales de queja o denuncia) se ha estipulado lo que deben hacer las instituciones.

Respecto al procedimiento disciplinario, en el artículo 13 se establece que busca proteger a la víctima y sancionar a la persona que ha cometido un acto de hostigamiento sexual. Así, se debe garantizar «investigación reservada, confidencial, imparcial, celeridad y eficaz».

Sobre los órganos competentes se señala que las instituciones, las universidades, deben identificar a los encargados de las siguientes funciones: «a) Recibir la queja o denuncia. b) Dictar las medidas de protección. c) Investigar y proponer las medidas de sanción y otras adicionales para evitar nuevos casos de hostigamiento. d) Dictar las medidas de sanción y otras medidas adicionales para evitar nuevos casos de hostigamiento» (artículo 14).

Además, en el numeral 14.2, se ha reconocido la existencia del órgano decisor o sancionador:

En las instituciones con veinte (20) o más tra-

bajadores/as, estudiantes o personal en general, se garantiza la existencia de un Comité de Intervención frente al hostigamiento sexual, el cual recibe las quejas o denuncias, dicta medidas de protección, investiga, emite recomendaciones de sanción y otras medidas adicionales para evitar nuevos casos de hostigamiento sexual, o realiza el seguimiento de los casos, según corresponda, de acuerdo a lo previsto en los capítulos específicos para cada ámbito. El Comité está compuesto por representantes de la institución y de los/las trabajadores/as, estudiantes o personal en general, en la misma proporción y garantizando la paridad de género.

Mientras, el numeral 14.3 establece la creación del órgano instructor a cargo de la parte de instrucción preliminar y de la parte instructiva del procedimiento:

14.3. En centros universitarios, sean públicos o privados, se conforma una Secretaría de Instrucción y una comisión disciplinaria para actos de hostigamiento sexual como órgano resolutorio competente para pronunciarse en primera instancia sobre las denuncias relativas a casos de hostigamiento sexual. Dichos órganos de investigación y sanción sustituyen al Comité de Intervención frente al Hostigamiento Sexual previsto en el numeral anterior.

Este artículo debe ser concordado con el artículo 48 del mismo cuerpo normativo, en el que se estipulan las principales funciones de la Secretaría Técnica y de la Comisión Disciplinaria, además del Tribunal Disciplinario, órgano que actúa como segunda instancia de los procedimientos disciplinarios.

En el título IV del reglamento, se establece el ámbito de aplicación del procedimiento disciplinario para instituciones educativas de educación superior o universidades, sean públicos o privados (artículo 39). Así, podemos responder una pregunta planteada en la primera parte

de este acápite, pues, sin importar que la universidad sea pública o privada, deberá utilizar o seguir el procedimiento que se establece en la LPSHS y su reglamento, según lo establecido en el artículo 46: «El presente capítulo [capítulo II. Del procedimiento en el ámbito universitario] es de aplicación al personal docente, autoridades, funcionarias/os y demás servidores/as y personal de los centros universitarios, sujetos a la Ley 30220, Ley Universitaria, independientemente de su vínculo laboral o modalidad contractual con estos, así como a sus estudiantes, graduadas/os, egresadas/os y ex alumnas/os».

En la parte preventiva, el artículo 47 establece que la Defensoría Universitaria y el Departamento de Bienestar Universitario se encargan de difundir la LPSHS y su reglamento. Además, brindar charlas o talleres formativos en materia de prevención del hostigamiento sexual.

Un aspecto por resaltar es lo establecido en el artículo 49.8 sobre el supuesto de denuncias contra docentes: «Cuando la denuncia se formule contra un/a docente de universidades públicas o privadas, es separada/o preventivamente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 90 de la Ley 30220, Ley Universitaria; sin perjuicio de las medidas de protección que puedan ser dictadas a favor de la/el denunciante».

Si bien el reglamento vigente contiene mayores aspectos que podrían ser analizados, por un tema de espacio y la delimitación analizaremos los puntos que estimamos deben ser revisados y modificados.

### **Análisis del procedimiento disciplinario contra el hostigamiento**

De todo lo que hemos referido, uno de los principales problemas que advertimos se vin-

cula con el principio de proporcionalidad (Zegarra Valdivia, 2013: 16), recogido en el TUO de la LPAG como de razonabilidad, el cual establece que las sanciones deben ser proporcionales al incumplimiento considerado como infracción, debiendo analizarse los siguientes criterios de 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 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.

Como lo mencioné, en el régimen disciplinario para casos de hostigamiento sexual para docentes universitarios, según la LU, la LPSHS y su reglamento, se considera como único supuesto de sanción, para cualquier tipo de hostigamiento sexual, la destitución.

Como lo he señalado, este grave problema se debe a la falta de técnica legislativa y no haber tomado en cuenta la evolución o cambios que se dieron respecto a la configuración de los actos considerados como hostigamiento sexual. Dos aspectos que estimamos modulares son los relacionados a i) la reiterancia, recordemos que inicialmente este aspecto era necesario en la configuración del hostigamiento sexual, pero luego fue modificado y retirado («la configuración del hostigamiento sexual no requiere acreditar que la conducta de quien hostiga sea reiterada o el rechazo de la víctima sea expreso. La reiterancia puede ser considerada como un elemento indiciario»); ii) la inclusión de las conductas sexistas («Comportamientos o actos que promueven o

refuerzan estereotipos en los cuales las mujeres y los hombres tienen atributos, roles o espacios propios, que suponen la subordinación de un sexo o género respecto del otro»).

Si en la configuración no se requiere reiterancia, queda claro que no se pueden sancionar todos los casos con la destitución, pues se configuraría como una vulneración de la proporcionalidad.

Como se advierte, estos cambios han tenido una incidencia directa en el principio de legalidad que —como se sabe— tiene cuatro aspectos a tomar en cuenta: la legalidad formal o reserva de ley, la tipicidad, la irretroactividad y el *non bis in idem* (Baca Oneto, 2016: 28; Rebollo Puig, 2015: 843). En el caso que estamos analizando, podemos percibir que las modificaciones han involucrado un cambio en la tipicidad, pues se ha ido cambiando el supuesto de configuración de la conducta.

Si planteamos el análisis desde la perspectiva de la sanción, consideramos que esta es un castigo que altera la situación jurídica del que lo recibe, en función y en base a la conducta que cometió, de manera directa y deliberadamente, además debe tenerse en cuenta que la sanción no se aplique como un castigo ciego sin razón alguna y sin justificación. Siempre existe una finalidad, prevenir infracciones futuras y proteger los intereses públicos confiados a la administración (Baca Oneto, 2018a: 314-315; Rebollo Puig, 2016: 155-158). En el procedimiento disciplinario que se realiza en las universidades para los casos de hostigamiento sexual, queda claro que no solo se busca sancionar al infractor, sino también establecerse desde una perspectiva de prevención general.

Pero no solo se trata de la vulneración del principio de legalidad y tipicidad, sino del princi-

pio de proporcionalidad, pues, cuando se sanciona, el objetivo de esta no es que se aplique un castigo inidóneo, innecesario o desproporcionado. Debe proscribirse todo supuesto de exceso en la punición. Estas premisas no solo corresponden ser aplicadas para cuando el órgano sancionador tomará la decisión en cada caso concreto, sino desde la tipificación y posible sanción previstas por el legislador (Baca Oneto, 2018b).

Queda claro que el legislador peruano no ha tomado en cuenta la aplicación del principio de proporcionalidad, pues ha establecido la destitución como sanción para todos los casos de hostigamiento sexual cometidos por docentes, lo cual para ciertas conductas (recogidas en el artículo 6 del reglamento) resulta totalmente desproporcionado.

En este sentido, tomando en cuenta que el principio de proporcionalidad se puede presentar en los planos normativo y aplicativo (Tirado Barrera, 2011: 458), debe considerarse que en el primer caso el órgano sancionador o decisor no tendrá otra alternativa que aplicar la sanción que se prevé por más injusta o desproporcional. Ello puede generar inoperancia en la atención de casos o se materializarán supuestos de injusticia cuando tenga que sancionarse cada caso, sin dejarle opción al que toma la decisión.

En esta línea de razonamiento, se puede afirmar que la falta de proporcionalidad va en contra de la regla general, que declara la prohibición de la arbitrariedad. Más aún, cuando este principio debe involucrar establecer sanciones a partir de la gravedad de las infracciones previstas (Cordero Quinzacara, 2014: 422), lo cual no sucede con los supuestos de hostigamiento sexual que se han considerado por el legislador peruano.

Otro aspecto importante es la posible vulneración del principio de presunción de inocencia, recogido en el TUO de la LPAG como principio de presunción de licitud que establece que se debe «presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario». Si es así, no se debería aplicar en todos los casos las medidas de separación preventiva establecida en el artículo 90 de la LU. Al respecto, la guía práctica sobre el procedimiento sancionador señala: «El objeto de la presunción de inocencia se refiere a dos ámbitos: el de los hechos y el de la culpabilidad, y además de esta vertiente material tiene otra segunda de carácter formal que se manifiesta a lo largo de todo el proceso. Ahora bien, es indispensable tener presente que toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados —obtenida mediante pruebas de cargo— y certeza del juicio de culpabilidad sobre los mismos hechos» (2013: 22).

Además, se advierte una posible vulneración del principio de culpabilidad, pues, al eliminar el supuesto de reiterancia para todos los casos de hostigamiento sexual, pueden presentarse supuestos en los que el deber de diligencia es demasiado amplio que involucre que, cada vez que se produzca la acción típica, rara vez podrá negarse que hubo negligencia (Rebollo Puig, 2015: 847).

En buena cuenta, se trata de corregir el grave error que ha cometido el legislador en este caso, pues, si bien tiene libertad para decidir sobre las sanciones que se pueden aplicar a los que cometen una infracción, se debe buscar que estas cumplan el rol de prevención sin vulnerar la proporcionalidad de la medida, sin que esto involucre un límite a la función que cumple el legislador (Rebollo Puig, 2016: 163).

En este trabajo hemos identificado dos aspectos puntuales que de manera fehaciente vulneran los principios y garantías mínimas del derecho administrativo sancionador y del procedimiento disciplinario, que no ayudan al sistema de prevención general, pues pueden existir muchos casos que sencillamente no sean iniciados porque la sanción de destitución resulta desproporcional para el tipo de sanción que se cometió.

### III. CONCLUSIONES

De todo lo señalado, se puede concluir que el procedimiento disciplinario para los casos de hostigamiento sexual en el ámbito de las universidades se aplica tanto a públicas como a privadas. Si bien se puede advertir que se ha establecido un régimen jurídico transversal con los principales aspectos del procedimiento disciplinario, se observa que, al haberse regulado en tres distintas normas (LU, LPSHS y su reglamento), que, a su vez, han sido modificadas, no se ha considerado un régimen sistemático.

Por tanto, se presentan algunos problemas que vulneran principios de la potestad disciplinaria, como la legalidad, tipicidad y proporcionalidad, al considerar como única posibilidad de sanción la destitución para los docentes que comenten actos de hostigamiento sexual, sin tomar en cuenta que estos actos pueden ser configurados de diversas formas o, por otra parte, la separación preventiva con el inicio del procedimiento en todos los casos. Ello puede vulnerar la presunción de inocencia o licitud, pues, en tanto se trata de una medida, esta debe ser aplicada en función a los hechos del caso y no puede ser aplicada de manera general, como única opción.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2014). «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador». *Revista de Administración Pública*, 195, 135-167. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4935395.pdf>
- BACA ONETO, V. (2016). «La retroactividad favorable en derecho administrativo sancionador». *Thēmis. Revista de Derecho*, 0(69), 27-43.
- (2018a). «El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano». *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (21), 313-344. <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.13>
- (2018b). «Principio de proporcionalidad y tipicidad como límite al ejercicio de potestades sancionadoras y criterio de interpretación de las normas que tipifican infracciones». En: *Régimen administrativo sancionatorio. En homenaje a José Luis Meilán Gil. XVII Foro Iberoamericano de Derecho administrativo*.
- CANO CAMPOS, T. (2009). «La actividad sancionadora». En: T. Cano Campos (editor), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo* (pp. 87-119). Madrid: Iustel.
- CORDERO QUINZACARA, E. (2014). «Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el derecho chileno». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII, 399-439.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo y otros versus Panamá (2001). Recuperado de [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_72\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf)
- DANÓS ORDÓÑEZ, J. (1995). «Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública». *Ius et Veritas*, (10), 149-160. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15485>
- (2019). «Evolución del régimen administrativo sancionador en el Perú». En: D. Zegarra Valdivia (editor), *La proyección del derecho administrativo peruano* (pp. 493-513). Lima: Palestra.
- GÓMEZ TOMILLO, M. Y SANZ RUBIALES, I. (2017). *Derecho administrativo sancionador: Parte general* (cuarta edición). Navarra: Thomson-Aranzadi.
- QUINTANA LÓPEZ, T. (2009). «La potestad disciplinaria de las administraciones sobre los empleados públicos». *Documentación administrativa* (282-283), 321-360.
- REBOLLO PUIG, M. (2015). «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones». En: M. Rebollo Puig, E. Carbonell Porrás y M. López Benítez (editores), *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas: libro homenaje al profesor Luis Cosculluela* (pp. 843-866). Iustel.
- (2016). «El contenido de las sanciones». *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, 151-206.
- TIRADO BARRERA, J. A. (2011). «Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional». *Derecho PUCP* (67), 457-467. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.020>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída Expediente 1654-2004-AA/TC (2004). Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01654-2004-AA.html>
- ZEGARRA VALDIVIA, D. (2013). *Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador. Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico* (volumen 3). Lima. Recuperado de <https://acortar.link/Zp51pj>



# ¿PUEDE EL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO REALIZAR EL CONTROL DIFUSO DE LAS NORMAS LEGALES MEDIANTE ACUERDOS DE SALA PLENA?

Victoria Raquel Pérez Aguilar<sup>1</sup>

## RESUMEN

El presente artículo pretende analizar la posibilidad de que el Tribunal de Contrataciones del Estado pueda realizar control difuso de las normas legales, específicamente de la norma de contrataciones del Estado, materializando este control a través de los acuerdos de Sala Plena. Este análisis se realiza a partir de la emisión del acuerdo de Sala Plena 003-2021/TCE, del 19 de marzo de 2021, que modifica el criterio interpretativo plasmado en el acuerdo de Sala Plena 08-2020/TCE relacionado con el alcance de los impedimentos establecidos en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley 30225, para el ejercicio de la docencia.

**Palabras clave:** Control constitucional, actividad sancionadora, Estado constitucional de derecho.

## ABSTRACT

This article seeks to analyze the possibility that the Hirings Court of the State may perform diffused control of the legal norms, specifically of the State Hirings norm, materializing said control through the agreements of Sala Plena. Said analysis is performed since the emission of the agreement of Sala Plena 003-2021/TCE dated March 19th, 2021, that modifies the interpretative criteria embodied in the agreement of Sala Plena 08-2020/TCE related to the reach of the impediments established in the literals a), b), c), d) and e) of numeral 11.1 in article 11 of TUO from law 30225, for the practice of teaching.

**Keywords:** Constitutional control, sanctioning activity, Constitutional State of Law.

<sup>1</sup> Magíster en Contratación Pública, árbitro especializado en contrataciones con el Estado adscrita a diferentes centros de arbitraje a nivel nacional, docente de la Universidad Continental, capacitador en diversos cursos organizados por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Ha laborado en entidades públicas como Sunat, Osce y Poder Judicial.

## INTRODUCCIÓN

Para cumplir con el objetivo del análisis del presente artículo, se hace necesario introducirnos en conceptos fundamentales tan importantes como la definición del control constitucional (control difuso y control concentrado), a fin de proceder a darnos respuestas a las siguientes interrogantes: ¿Nuestra Constitución permite realizar control constitucional de las normas legales?, ¿Quiénes pueden realizar el control constitucional? Veamos.

### ¿Qué es el control constitucional (control difuso y control concentrado)?

El control constitucional verifica si las leyes emitidas en un determinado país, contradicen o contravienen a su Constitución. Este control es necesario en cualquier sistema jurídico, para garantizar la eficacia del principio de supremacía constitucional.

A su vez, el Principio de Supremacía Constitucional postula la obligación de ubicar a la Constitución de un país jerárquicamente por encima de todo el ordenamiento jurídico, pues la Constitución es considerada como Ley Suprema del Estado y fundamento del sistema jurídico.

En la doctrina, podemos advertir la existencia de dos tipos de control constitucional de las normas: i) el control concentrado y ii) el control difuso, dicho control dependerá de cuál sea el órgano al cual la Constitución encargue esta labor.

Así, tenemos qué se denomina control concentrado (asiático o europeo), porque se crean órganos constitucionales con la específica finalidad de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes. Se denomina control difuso (americano), porque cualquier operador del derecho, en caso de conflicto entre una norma

de superior jerarquía con otra de inferior jerarquía, debe preferir la norma de mayor jerarquía normativa al resolver un caso en concreto.

Al respecto, nuestra Constitución ampara la posibilidad de efectuar ambos controles. En este punto es importante recordar que el control difuso y el control concentrado no son incompatibles. Sin embargo, son diferentes en cuanto al órgano que puede realizar este control y en cuanto a sus efectos, pues en el sistema concentrado la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley deroga la ley inconstitucional, mientras que en el control difuso el órgano que debe resolver inaplica la ley inconstitucional al caso concreto del que está conociendo, pero la norma queda vigente.

Queda claro entonces que en el Perú existe un sistema mixto de control constitucional desde la Constitución de 1979, cuando se sentaron las bases del método difuso de justicia constitucional y, además, según el modelo español, se creó un tribunal de garantías constitucionales, dotado de poderes concentrados de control de la Constitución que la reforma de la Constitución de 1993 ha convertido en Tribunal Constitucional.

En cuanto al control difuso, es la Constitución de 1979 la que establece el control difuso en forma genérica en el artículo 87<sup>2</sup> y en forma específica para el Poder Judicial en el artículo 236<sup>3</sup>.

La Constitución de 1993 establece el control difuso en sus artículos 51 y 138 conforme se advierte del siguiente texto:

2 Artículo 87.- La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal.

3 Artículo 236.- En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna.

Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 51. «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado».

Artículo 138. «La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda norma de rango inferior».

A su vez, el Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo 017-93-JUS, el 28 de mayo de 1993, en el artículo 14, establece la forma de proceder de los jueces, al aplicar el control difuso, disponiendo que las sentencias de primera y segunda instancia, si no son impugnadas, se elevarán en consulta a la Corte Suprema de la República.

### ¿Quiénes pueden realizar el control difuso?

Uno aspecto motivo de controversia es determinar si un ente administrativo tiene o no facultades para hacer control difuso de las normas legales, de manera que pueda establecer en qué casos podría no aplicar la norma infraconstitucional.

Nuestro sistema constitucional permite que la magistratura nacional pueda ejercer el control de las normas legales, ya sea mediante el control concentrado o el control difuso. El primero entendido como la facultad exclusiva del Tribunal Constitucional, de no aplicar la norma cuando en un caso concreto encuentra que ésta contraviene principios fundamentales consagrados en la Constitución o los derechos fundamentales establecidos por la legislación

internacional, encontrándose facultado para derogar dicha norma y expulsarla del ordenamiento legal.

En cambio, el segundo, o sea el control difuso, se entiende como la facultad exclusiva del juez cuando en cada caso concreto decide inaplicar una norma por inconstitucional.

### ¿La administración pública puede realizar control difuso?

La administración pública nace con una clara dependencia del principio de separación de poderes y como consecuencia de la diferenciación de funciones entre los mismos. Es consecuencia de la conjunción de tres ideas: la legalidad que pretende sustituir el poder absoluto y arbitrario del príncipe; la ley como expresión de voluntad general de la que dimana su legitimidad; y la estructuración del Estado en los tres poderes (Legislativo, Judicial y Ejecutivo)<sup>4</sup>.

En concordancia con el principio de separación de poderes, se igualó el concepto de administración pública al Poder Ejecutivo. Sin embargo, ya con el paso de los años, la doctrina ha coincidido en señalar que la administración desempeña funciones que van más allá de las meramente ejecutivas.

Así, el jurista Guzmán Napurí elabora una interesante clasificación de las actividades de la administración pública, para dilucidar la heterogeneidad de la función administrativa. Las más resaltantes son:<sup>5</sup>

- a) Actividad normativa, que consiste en la emisión de normas jurídicas de rango secundario, es decir, inferior al de la ley [...]. Esta actividad de

<sup>4</sup> Abruña Puyol, 2010: 35.

<sup>5</sup> Guzmán Napurí, Christian - Procedimiento Administrativo General. Lima: Instituto Pacífico, 2020, p. 38 y ss.

la administración pública no implica una intromisión en la función legislativa otorgada originariamente al Parlamento, puesto que la actividad normativa de la administración siempre va a implicar la emisión de normas de rango inferior a la ley y subordinadas a esta.

b) Actividad sancionadora, la cual goza de especial singularidad puesto que permite a la administración sancionar a los particulares por la comisión de determinadas infracciones, las mismas que no poseen la calificación de delitos. Esta actividad no implica impartir justicia toda vez que la administración no penaliza delitos ni puede aplicar penas privativas de libertad; pudiendo su decisión ser revisada posteriormente por el poder judicial a través del proceso contencioso administrativo.

c) Actividad cuasi jurisdiccional, por la cual la administración pública se encarga de resolver controversias entre particulares o entre otros y otras entidades del estado a través del empleo del denominado procedimiento administrativo tri-lateral cuyo resultado es susceptible de revisión por parte del Poder Judicial.

Como se aprecia, la Administración Pública tiene sus propias actividades y funciones, las que la diferencian de los otros poderes del Estado.

Hace muchos años se cuestionó la posibilidad de que, debido a que vivimos dentro de un Estado constitucional de derecho (donde la Constitución es norma primera y vinculante de todo el ordenamiento jurídico), la administración pública podía ejercer el control constitucional de las leyes que, a su consideración, no armonicen con los preceptos constitucionales. Es decir, que prefiera la Constitución por encima de la ley.

La referida discusión originó que se cuestione el significado del principio de legalidad, y se genere toda una controversia jurídica que hasta hoy no ha arribado a un consenso pleno. Este tema fue más que una mera discusión doctrinal. El control difuso a cargo de la ad-

ministración se hizo más fuerte o tomó una postura más real cuando el supremo intérprete (Tribunal Constitucional) decidió instaurarlo como precedente vinculante en nuestro ordenamiento jurídico, mediante la sentencia del Expediente 3741-2004-AA/TC, del 14 de noviembre de 2005<sup>6</sup>.

Este pronunciamiento generó las más diversas reacciones, pues fue —y es— tan aplaudido como cuestionado. Por este acalorado debate de opiniones sobre el tema casi ocho años después, desde el 18 de marzo de 2014, el propio Tribunal Constitucional emitió una sentencia en el Proceso de Amparo 04293-2012-PA/TC, cuya especial importancia radica en la eliminación del precedente vinculante mencionado.

Así vemos cómo ha evolucionado la doctrina y el derecho en el análisis de los dispuesto por la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en su artículo IV, inciso 1.1, del Título Preliminar, que dispone que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho. Habría dado la posibilidad a la administración pública en general, la facultad y obligación de preferir la Constitución frente a la ley y la ley frente a las normas de inferior jerarquía, en el caso de que tales normas sean contradictorias, al momento de resolver un caso concreto.

6 «Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 28, 51 y 138 de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución». Véase fundamento 50 del Expediente 3741-2004-AA/TC.

Se consideró que el control difuso había sido delegado a la administración pública mediante el precedente vinculante emitido en la sentencia concerniente al Expediente 3741-2004-AA/TC, del 14 de noviembre de 2005. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional aclaró este panorama con la STC 04293-2012-PA/TC, que dejó sin efecto el precedente vinculante contenido en la STC 003-741-2004-PA/TC. Fue claro en señalar que un ente administrativo no puede ejercer control difuso de la norma legal, pues, por un lado, no se trata de tribunales que ejercen función jurisdiccional derivada de la propia administración de justicia que ejerce el Poder Judicial, y, por otro, porque de ser así se estaría contraviniendo el mandato expreso previsto en el artículo 236 de la Constitución.

Ahí se establece que todo magistrado que decide inaplicar una norma jurídica debe necesariamente, y bajo responsabilidad, elevar en consulta su decisión hacia el máximo intérprete de la Constitución. Ello, evidentemente, no puede hacer un ente administrativo, porque, al decidir la inaplicación de la norma, no cuenta con un marco jurídico que le permita elevar en consulta su decisión debido a que no se trata de una controversia de carácter jurisdiccional.

Así, la administración pública no puede ejercer el control difuso de las normas o decidir su no aplicación por considerarlas contrarias al ordenamiento jurídico, pues es una función que no le corresponde.

Entonces, ¿qué debería hacer la administración pública en el supuesto de que estuviese conociendo un procedimiento administrativo (sancionador por ejemplo) y advierte de la existencia de una ley o norma con rango de ley contraria al texto constitucional (como aparentemente habría sucedido con el artículo

de la Ley de Contrataciones referido a los impedimentos)? Además, ¿cómo debería actuar la administración si, luego de haber sometido preliminarmente esta norma legal al test de constitucionalidad, considera que esta es contraria a la Constitución y a sus principios?

Al no tener la facultad para inaplicar normas que considera inconstitucionales (control difuso), deberá pronunciarse por la suspensión del procedimiento administrativo y elevarlo al órgano jurisdiccional competente para que resuelva sobre la inaplicación de la ley al caso concreto. De prosperar la inaplicación de la ley, la autoridad administrativa deberá dejar sin efecto la suspensión. Luego, deberá decidir y emitir la respectiva resolución administrativa sobre el petitorio del administrado. Ello solo podrá suceder si la norma que regula el procedimiento administrativo fuera modificada en ese sentido y permitiera a la administración tales actuaciones, propuesta ya realizada por cierto por algunos juristas peruanos.

Cuando nos referimos al famoso test constitucional en un primer momento por parte del órgano administrativo, nos referimos a que en efecto la administración, dentro del procedimiento administrativo, debe examinar preliminarmente la constitucionalidad del texto legal, el encuadramiento de la ley a los valores, principios e institutos prescritos en la Constitución y, producto de ese análisis, deberá motivar la resolución de suspensión del procedimiento de ser el caso.

### **El Tribunal de Contrataciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) como administración pública**

El Tribunal de Contrataciones es el órgano resolutorio que forma parte de la estructura ad-

ministrativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). La normativa de contrataciones señala que el Tribunal tiene plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones y le atribuye las siguientes funciones: a) resolver, de ser el caso, las controversias que surjan entre las entidades, los participantes y los postores durante el procedimiento de selección y los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdo marco, manteniendo coherencia entre sus decisiones en casos análogos; b) aplicar las sanciones de multa, inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, residentes y supervisores de obra, según corresponda por infracción de las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado.

La norma de contrataciones del Estado señala en su artículo 59.1 que:

Mediante acuerdos adoptados en Sala Plena, los cuales constituyen precedentes de observancia obligatoria, el Tribunal de Contrataciones del Estado interpreta de modo expreso y con carácter general las normas establecidas en la presente Ley y su reglamento.

Como se advierte, la norma de contrataciones con el Estado faculta al Tribunal de Contrataciones a la interpretación de las normas establecidas en la referida ley, debiendo realizar esta interpretación mediante la adopción de acuerdos de sala plena.

A su vez, el artículo 130 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado señala que, mediante acuerdos adoptados en sesión de Sala Plena, el Tribunal interpreta de modo expreso y con alcance general las normas establecidas en la ley y el reglamento, los cuales constituyen precedentes de observancia obli-

gatoria que permiten al Tribunal mantener la coherencia de sus decisiones en casos análogos. Estos acuerdos, precisa la norma, deben ser publicados en el diario oficial *El Peruano* y en el portal institucional del OSCE debidamente sistematizados.

El artículo añade que los precedentes de observancia obligatoria son aplicados por las entidades y las salas del Tribunal, conservando su vigencia mientras no sean modificados por posteriores acuerdos de Sala Plena del Tribunal o por norma legal.

En relación a los precedentes de observancia obligatoria en sede administrativa, debemos señalar que —según lo señalado por Diez Picasso— el precedente administrativo es «aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares»<sup>7</sup>. Esto se realiza para condicionar de cierta forma el futuro accionar de la administración conforme al accionar que se tiene en el presente (al momento de emitir el precedente), lo que permite afirmar que la administración pública establece una consecuencia jurídica frente a un supuesto de hecho, el cual no podrá dejar de lado si concurrieran en el futuro los elementos objetivos suficientes de identidad con el caso presente.

El precedente administrativo encuentra justificación en el principio de igualdad de los administrados o equidad en el trato, pues la finalidad del precedente será que los administrados deberán ser tratados igualmente cuando se encuentren en supuestos semejantes.

En la Ley 27444, Ley que Regula el Procedimiento Administrativo General (LPAG), en-

<sup>7</sup> Diez Picasso, 1982: 7.

construimos dos artículos referidos a los precedentes administrativos. En los artículos 2.8 y 2.9 del artículo V, Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se señala que los precedentes pueden provenir de: a) resoluciones emitidas por la administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas; y b) de los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor debidamente difundidas.

En el numeral 1 del artículo VI del Título Preliminar de la LPAG, se lee: «Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma». Se observa entonces que, en efecto, el Tribunal de contrataciones está facultado mediante la Ley del Procedimiento Administrativo General y propiamente mediante la Ley de Contrataciones, a emitir precedentes de observancia obligatoria mediante acuerdos adoptados en sesión de Sala Plena.

La pregunta que surge de toda esta explicación es: ¿podría el Tribunal de Contrataciones, mediante un acuerdo de sala plena, adoptar un criterio interpretativo que suponga la no aplicación de una norma por considerarla no arreglada al marco constitucional? Pienso que no, pues, al hacerlo, estaría realizando un control difuso de normas que no le está permitido como administración pública. En este senti-

do, analizaremos lo decidido por el Tribunal de Contrataciones en el acuerdo de Sala Plena 03-2021/TCE.

### **Analizando el Acuerdo 03-2021/TCE, suscrito por el Tribunal de Contrataciones del Estado**

El 19 de marzo del 2021, el Tribunal de Contrataciones suscribió el Acuerdo 03-2021/TCE, que rectifica el Acuerdo 08-2020/TCE, del 28 de agosto de 2020.

Recordemos que, mediante los acuerdos de Sala Plena, el Tribunal de Contrataciones interpreta de modo expreso y con alcance general las normas establecidas en la ley y el reglamento según las atribuciones conferidas en la Ley de Contrataciones con el Estado.

Antes de analizar el Acuerdo 03-2021-TCE, recordemos que el Tribunal de Contrataciones, mediante el Acuerdo 08-2020/TCE, interpretó el alcance de los impedimentos establecidos en los literales del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley 30225<sup>8</sup>, para el ejercicio

8 Artículo 11. Impedimentos

11.1. Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:

- a) El presidente y los vicepresidentes de la República, los congresistas de la República, los jueces supremos de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos...
- b) Los ministros y viceministros de Estado.
- c) Los gobernadores, vicegobernadores y consejeros de los gobiernos regionales.
- d) Los jueces de las Cortes Superiores de Justicia, los alcaldes y los regidores.
- e) Los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los funcionarios públicos, empleados de confianza, servidores públicos con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia, y los gerentes de las empresas del Estado.

de la docencia. Se establecieron los siguientes criterios:

1. Para la configuración de la infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, consistente en contratar con el Estado estando impedido, las situaciones establecidas en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la LCE, comprende la contratación de todo tipo de objeto contractual, incluida la docencia, realizada bajo el ámbito de aplicación del régimen general que regula la Ley de Contrataciones del Estado, incluidas las contrataciones a las que se refiere el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la misma.
2. Cuando, por norma especial, el ejercicio de la docencia u otra actividad, adicional a su cargo, sea permitido a las personas (naturales), comprendidas en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1, del artículo 11 de la LCE, el perfeccionamiento de un contrato administrativo de servicios, para dicho efecto, no configura la infracción tipificada en el literal c) del numeral 50, del artículo 50 de esta ley consistente en contratar con el Estado estando impedido.
3. Las conductas infractoras debidamente calificadas, en el marco de un régimen especial de contratación que regule el aprovisionamiento de bienes, servicios y obras para el Estado, podrán ser sancionadas por el Tribunal de Contrataciones del Estado siempre que exista norma especial con rango de ley que establezca expresamente tal competencia.

El referido criterio se relaciona con la posición que deberán tomar las diferentes salas que forman en Tribunal de Contrataciones frente a

futuros procedimientos administrativos sancionadores donde se discuta la comisión de las infracciones cometidas por los proveedores del Estado por la configuración de la infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, consistente en «contratar con el Estado estando impedido».

El criterio referido consistió en señalar que cuando la norma de contrataciones alude los impedimentos para contratar con el Estado (situaciones establecidas en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la LCE), comprende la contratación de todo tipo de objeto contractual, incluida la docencia, realizada bajo el ámbito de aplicación del régimen general que regula la Ley de Contrataciones del Estado, incluidas las contrataciones a las que se refiere el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la misma, excluido solo al contrato administrativo de servicios en los casos en los que, por norma especial, se permita a los funcionarios mencionados en los literales a), b), c), d) y e), ejercer la labor de docencia.

En tal sentido, cuando uno se estuviese frente a un procedimiento administrativo sancionador de algún funcionario que estando autorizado por ley especial a ejercer la labor de docencia, suscriba un contrato administrativo de servicios, este funcionario no se haría acreedor de alguna sanción, pues no se estaría configurando el tipo administrativo referido a contratar con el Estado estando impedido.

Sin embargo, este criterio adoptado por el Tribunal de Contrataciones plasmado en acuerdo de sala plena fue modificado por el Acuerdo 03-2021/TCE, que textualmente dispone 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.

2. Dejar sin efecto el criterio interpretativo plasmado en los numerales 1 y 2 del Acuerdo 008-2020/TCE.

3. El presente acuerdo de Sala Plena entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

En este nuevo acuerdo, la Sala plantea que, 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 LCE, no son extensibles a su labor docente, tanto cuando esta se ejerce bajo un régimen laboral como de locación de servicios; es decir, modifica el acuerdo anterior y analiza la finalidad de los impedimentos que regula la norma de contrataciones para señalar que, cuando la norma de contrataciones señala que los funcionarios comprendidos en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la LCE, están impedidos para realizar cualquier contratación con el Estado, no se está refiriendo a la labor docente, sea cual sea su modalidad de contratación. Es decir, tanto cuando esta se ejerce bajo un régimen laboral como el de locación de servicio.

Aquí recordemos la literalidad de la norma de contrataciones al tratar los impedimentos, la que señala: «Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas...».

La norma no señala alguna exclusión respecto de este impedimento para los funcionarios se-

ñalados en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la LCE, siendo que a los referidos funcionarios se les atribuye un impedimento total.

Es importante resaltar que el Acuerdo 03-2021/TCE motivó discordia de los vocales Héctor Inga Huamán, Carlos Quiroga Periche, Cecilia Ponce Cosme y Annie Pérez Gutiérrez, quienes sostienen que, para garantizar el adecuado y eficiente uso de los fondos, deben observarse los principios que inspiran la contratación pública enumerados en el artículo II de la TUO de la Ley 30225, entre ellos los principios de libertad de concurrencia, de transparencia, de eficacia y de eficiencia, en la medida que su aplicación determinará la selección de los proveedores que en las mejores condiciones de calidad, precio y oportunidad colaboraran con el Estado en la búsqueda de la satisfacción del interés público.

Además, la observancia de tales preceptos permitirá evitar situaciones de privilegio, ventajas y direccionamientos indebidos de ciertos proveedores, así como conflictos de intereses que puedan producirse en autoridades que a su vez pueden tener la condición de proveedores del Estado. Los referidos vocales, tras cuestionar el criterio en mayoría, sostuvieron:

Es cierto que el ordenamiento jurídico nacional debe ser aplicado e interpretado de manera integral, pero también de manera concordante, lo cual implica el criterio de especialidad de las normas en virtud del cual una norma tiene primacía sobre otra al regular directamente la situación que se pretende analizar, lo cual ocurre cuando se aplica la ley de contrataciones del Estado en lugar de por ejemplo la ley de la Carrera Judicial o la Ley Marco del Empleo Público, cuando se analizará un contrato regulado por la primera.

En suma, el criterio que sostienen los vocales en minoría tiene diferencia en la razón de la

ley referida a los impedimentos para contratar con el Estado, por lo que ratifican los criterios interpretativos del Acuerdo 08-2020 TCE.

En el presente caso, mediante el Acuerdo 003-2021 del Tribunal de Contrataciones, se estaría cuestionando lo regulado en la Ley de Contrataciones mediante el artículo 11, específicamente en lo regulado del literal a) al e), pretendiendo señalarse que los referidos literales estaría limitando a determinados funcionarios, de su derecho constitucional de ejercer su labor docente. Recordemos que estos literales señalan que los funcionarios contemplados por dichos literales están impedidos de contratar con el Estado, debiendo precisarse que este impedimento es absoluto. Es decir, se aplica en todo el Estado peruano.

Al margen de la posición en relación con el impedimento en sí, lo que debe cuestionarse es el intento del Tribunal de Contrataciones de realizar un control difuso de la norma de contrataciones, debiendo ser lo correcto que se proponga un cambio legislativo y se modifiquen no solo el impedimentos relacionado con los altos funcionarios para ejercer la labor docente, sino en su conjunto la totalidad de impedimentos señalados en la norma para contratar con el Estado.

Así, debe realizarse un análisis bastante crítico de cada impedimento y no usar la figura de «criterio» para pretender no aplicar la norma de contrataciones a los supuestos que el Tribunal considere adecuado según su criterio, pues no se encuentran autorizados a realizar una suerte de control difuso de la normas, en virtud de lo establecido en la STC 04293-2012-pa/TC, que dejó sin efecto el precedente vinculante contenido en la STC 003-741-2004-PA/TC.

Es importante citar la Sentencia 1087/2020, del 31 de diciembre de 2020, emitida por el Tri-

bunal Constitucional en el Expediente 03150-2017-PA/TC, en cuya sentencia se analiza la demanda de amparo interpuesta por Domingo García Belaúnde, hermano de un congresista, quien indicó que uno de los impedimentos, que le comprendía por su grado de consanguinidad, vulneraba su derecho a la libre contratación y a la presunción de inocencia.

Solo como un recordatorio tenemos que la acción de amparo<sup>9</sup> es una garantía constitucional, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

En el referido proceso constitucional, tras un análisis exhaustivo del máximo intérprete de la Constitución, se lee:

Las normas contenidas en el artículo 11.1, inciso h de la Ley 30225. [...] resulta desproporcionada y configura una amenaza de transgresión al derecho a la libre contratación, por lo que corresponde declarar su inaplicación al presente caso, con las siguientes excepciones: a) conforme se establece en el fundamento 22 supra, la prohibición de contratación con la propia entidad en la que labore dicha persona natural; y b) la excepción que se describe en los fundamentos 28 a 32 infra, relativa al cónyuge, conviviente y parientes cercanos del presidente de la República, las cuales sí se encuentran justificadas (f. 26).

En ese sentido, en el fundamento 34 de la Sentencia, se concluye:

Tras advertirse que la aplicación del impedimento de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas na-

<sup>9</sup> Constitución Política del Perú de 1993, artículo 200, inciso 2.

turales como los congresistas, para contratar con el Estado —siempre que, entre las excepciones, el contrato no sea con la misma entidad en la que labore dicha persona natural—, vulnera el derecho a la libertad de contratar, corresponde estimar la solicitud de reincorporación del actor al Registro Nacional de Proveedores.

Fíjese cómo en esta sentencia el Tribunal Constitucional realiza el control difuso de la norma, en este caso del impedimento referido a los parientes hasta el segundo grado de afinidad o consanguinidad de las personas naturales como los congresistas, pues esta labor se encuentra encomendada al Tribunal Constitucional, encontrándose facultado para realizar tal inaplicación de las normas por considerar que atentan contra principios constitucionales fundamentales; prerrogativa que no ha sido ampliada al Tribunal de Contrataciones.

En el caso que amerita el presente artículo, el Tribunal de Contrataciones se centra en analizar el impedimento referido a que los funcionarios comprendidos 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, están prohibidos de contratar con el Estado de una manera absoluta, como lo establece textualmente la norma, que señala que los referidos funcionarios no pueden contratar con ninguna entidad pública. Sin embargo, el Tribunal, mediante el acuerdo de sala plena, dispone que «dicho impedimento, no es extensible a su labor docente, tanto cuando esta se ejerce bajo un régimen laboral como de locación de servicios».

Encuentro razonable este argumento, pues los impedimentos deben ser menos agresivos con la libertad contractual de los proveedores del Estado. Sin embargo, lo que sí llama la atención es que en el voto en mayoría se haya decidido ha-

cer una interpretación para establecer un criterio que afecta el principio de imposibilidad del ejercicio de control difuso por parte de la administración pública, al existir pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional, que, dejando sin efecto su precedente vinculante, prohíbe a la administración ejercer control difuso de las normas infraconstitucionales.

La interpretación constitucional en sede de la administración pública ha sido desarrollado ampliamente por el Tribunal Constitucional, en los diversos procesos de amparo y otros procesos (cumplimiento, *habeas data*), presentados en contra de órganos y entidades de la administración.

Esta facultad obedece a la función de garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en el ámbito de la administración pública. La interpretación que realiza el Tribunal Constitucional debe estar acorde a lo establecido en el artículo V, del título preliminar del Código Procesal Constitucional, en que el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos en los procesos regulados deben interpretarse según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, las decisiones adoptadas en los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

## CONCLUSIONES

Lo establecido del literal a) al e) del artículo 11 del TUO de la Ley 30225 no constituye contravención a las disposiciones constitucionales y legales especiales que permiten que algunos funcionarios comprendidos dentro de los impedimentos señalados en los literales preceden-

tes ejerzan la docencia, sino que, los referidos incisos solo constituyen una limitación (que, por cierto, merece un exhaustivo análisis) para cuando la actividad de la docencia se realice o se pretenda realizar en instituciones públicas mediante un contrato bajo el ámbito de aplicación y supervisión de la Ley de Contrataciones del Estado, en la medida que el impedimento expresamente no admite excepciones y se trata de funcionarios que tienen un impedimento total.

En esta línea, la normativa de contratación pública establece un impedimento absoluto o total para los funcionarios comprendidos del literal a) al e) del artículo 11, encontrándose prohibidos para contratar con entidades públicas, no habiéndose establecido excepción alguna, excepción que se pretende establecer mediante el acuerdo de sala plena que amerita el presente artículo (Acuerdo 003/2021/TCE).

Sobre el mencionado impedimento, el legislador ha considerado pertinente impedir que autoridades y servidores del Estado contraten con este para abastecerlo de bienes, servicios u obras, considerando el alto poder de influencia que, por la propia naturaleza y ejercicio de sus respectivos cargos, dichas personas podrían tener en los procesos de contratación, pudiendo favorecerse a sí mismos o a terceros.

Esta situación que motivó la inclusión de los altos funcionarios en el listado de impedimentos de la ley tiene correlación con los principios de

competencia e igualdad de trato, en la medida que no es posible establecer una competencia efectiva ni otorgar un trato igualitario, cuando, entre los participantes o potenciales proveedores para concretar un contrato público, se encuentra una persona que ocupa algún alto cargo en la organización del Estado.

Como ya se señaló, lo establecido en el artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado no impide que las autoridades y servidores del Estado ejerzan la docencia en entidades públicas, a través de contratos de naturaleza laboral o administrativa, siguiendo los procedimientos previstos en las normas especiales que los regulan, y siempre que se encuentren fuera del ámbito de aplicación y supervisión de la Ley de Contrataciones del Estado.

Por último, considero que mal hace el Tribunal de Contrataciones en establecer estos tipos de excepciones, pues solo se dirige a beneficiar a los altos funcionarios, haciendo la norma más flexible permitiendo con este criterio tan amplio irregularidades en la contratación pública.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRUÑA PUYOL, ANTONIO (2010). *Delimitación jurídica de la administración pública en el ordenamiento peruano*. Lima: Palestra.
- DIEZ PICASSO, LUIS (1982). «La doctrina del precedente administrativo». *Revista de Administración Pública*, número 98.

# LAS PARTES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN Y LA PARTICIPACIÓN DE LOS ORGANISMOS REGULADORES EN LOS PROCESOS ARBITRALES

Richard J. Martin Tirado<sup>1</sup>

## RESUMEN

En el Perú, existe una imprecisión terminológica sobre la naturaleza de la concesión administrativa, básicamente influenciada por las reglas aplicables a la contratación pública general, que se sustenta en el régimen clásico de la Ley de Contrataciones del Estado.

A partir de esta debilidad, se advierte que no existe una definición uniforme de los contratos de concesión como parte del modelo general que se encuentra recogido en el régimen de las asociaciones público-privadas. Ello ha generado un desborde en el tratamiento jurídico del contrato de concesión y en la delimitación del rol que deben desempeñar los distintos actores que inciden en su ejecución, entre los que se encuentran los organismos reguladores.

En este sentido, el carácter especializado de los contratos de concesión, implica evaluar con detalle el papel que cumplen los sujetos que participan como partes en los contratos, teniendo en cuenta la complejidad de la concesión administrativa: i) a nivel del procedimiento de selección del concesionario estatal; ii) en relación al acto de otorgamiento de la misma como un título habilitante y iii) en la ulterior celebración del contrato de concesión. Por ello, es necesario corregir determinados errores y mitos que se han construido sobre el rol paradigmático de los organismos reguladores y su participación activa en la solución de controversias contractuales.

El artículo analiza en forma crítica la forma en que se ha venido identificando el rol de los diversos sujetos que participan en el contrato de concesión, pero, a su vez, nos plantea alertas con respecto a las limitaciones normativas que hoy existen y que pudieran afectar a futuro la ejecución de estos contratos. En función de la experiencia comparada y de las diferentes reformas normativas

---

<sup>1</sup> Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Administración Pública. Estudios de Maestría en Derecho Internacional Económico. Master en Contratación Pública. Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la PUCP y de diversas facultades de Derecho a nivel de pregrado y posgrado. 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 Estudio de Regulación. Miembro de la Red Internacional de Bienes Públicos.

aprobadas en los últimos años, el autor propone reformas que pueden ayudar a una ejecución más eficiente de los contratos de concesión.

**Palabras clave:** Procesos de promoción de la inversión privada, asociación público-privada, contrato de concesión, regulación, mecanismos de solución de controversias.

## ABSTRACT

In Peru, there is a terminological imprecision about the nature of the administrative concession, basically influenced by the rules applicable to general public procurement, which is based on the classic regime of the Law on State Procurement. Based on this weakness, it is noted that there is no uniform definition of concession contracts as part of the general model that is included in the regime of public-private partnerships. This has generated an overflow in the legal treatment of the concession contract and in the delimitation of the role that must be played by the different actors that affect its execution, among which are the regulatory bodies. In this sense, the specialized nature of concession contracts implies evaluating in detail the role played by the subjects participating as parties to the contracts, taking into account the complexity of the administrative concession: (i) at the level of the selection procedure of the state concessionaire; (ii) in relation to the act of granting the same as an enabling title; and (iii) in the subsequent conclusion of the concession contract. This being the case, it is necessary to correct certain errors and myths that have been built on the paradigmatic role of regulatory bodies and their active participation in the resolution of contractual disputes.

The article critically analyzes the way in which the role of the various subjects that participate in the concession contract has been identified, but at the same time, it raises a series of alerts regarding the regulatory limitations that exist today and that could affect the future execution of said contracts. Based on comparative experience and the different regulatory reforms approved in recent years, the author proposes a series of reforms that can help a more efficient execution of concession contracts.

**Keywords:** Process for promotion of private investment. Public Private Partnerships. Concession Contracts. Regulation. Dispute resolution mechanism.

## INTRODUCCIÓN

El presente documento analiza el rol que cumplen las partes que celebran el contrato de concesión y las implicancias de la intervención en el mismo de los organismos reguladores en el régimen de solución de controversias que se derivan de la ejecución de aquellos contratos.

Como se sabe, el desarrollo normativo del contrato de concesión en nuestro país ha sido entendido a lo largo del tiempo desde una óptica civilista, y no fue sino hasta las reformas iniciales de 1991 y, posteriormente, con la Constitución de 1993 y de las distintas modificaciones legislativas que se han venido aprobando. Desde entonces, esta institución aparece regulada.

En la actualidad, el régimen de concesiones se encuentra reconocido como una de las modalidades contractuales del régimen de Asociaciones Público-Privadas (en adelante APP), establecido por el Decreto Legislativo 1362, 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.

En función de lo señalado, el presente documento analizará el rol de las partes en el contrato de concesión, la triple dimensión de esta institución en el ordenamiento jurídico peruano y las características propias que esta adquiere y que la distinguen con respecto de otras modalidades contractuales. A partir de ello, se evaluará el rol que cumplen los organismos reguladores en el régimen de solución de controversias que se suscita en la ejecución del contrato y las dificultades que se nos presentan con respecto a la intervención de estas entidades.

## I. EL ESTADO REGULADOR

Para introducirnos en el tema, es necesario que se entienda que los procesos de privatización en sus distintas manifestaciones no tienen una respuesta uniforme en nuestros países. Por ello, se debe tener la suficiente objetividad para efectuar un balance crítico sobre estos procesos a la luz de la experiencia concreta de cada escenario.

Cassagne (2019: 594) señala:

[...] 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.

En palabras de este autor, frente a la necesidad de satisfacer la necesidad creciente de infraestructura y de servicios en nuestros países, es indispensable implementar nuevos esquemas de colaboración público-privada para el desarrollo de los proyectos.

Las APP emergen 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 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 proyectos en el que cada parte aporte lo mejor de sus capacidades.

Sin duda, estamos ante una severa crisis con respecto a la actuación del Estado en materia económica y, en particular, ante la necesidad de reformular el rol del Estado prestador. Frente a

este escenario, se ha planteado la necesidad de someter a una revisión integral este rol. Así, en el campo social, ha surgido la noción del Estado regulador, que debe ser consciente de cuáles son las funciones para las que trabaja, saber que sus poderes son meramente instrumentales y que es en la sociedad civil donde se generan las energías que justifican su existencia.

Cassagne (2020: 121) señala que estamos ante un nuevo modelo 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 palabras del maestro, 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 obedece a 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 parezca, el Estado regulador y garante no abdica de su función social, sino que busca fortalecer su actuación, tratando que se alcancen los mejores niveles de calidad y eficiencia en los servicios públicos, mediante la colaboración privada.

Este nuevo papel del Estado, en los que se advierte la gestión privada de cometidos públicos, tiene una especial incidencia en el ámbito de la organización administrativa del Estado, pues nos obliga a diseñar e implementar autoridades regulatorias, para proteger la libre competencia y los abusos de posición dominante en el mercado.

Kresalja (1999: 62) afirma que los procesos de privatizaciones de empresas y de sectores eco-

nómicos han replanteado una vieja cuestión, vinculada a la regulación de las condiciones económicas, técnicas y sociales, en las que se deben prestar aquellas actividades esenciales para la sociedad y que, históricamente, se han venido atendiendo por parte del Estado, y que, como consecuencia de estos procesos, se entregan hoy a empresas privadas.

En esta medida, la gestión privada evidencia la necesidad de una regulación para armonizar con prudencia dos intereses contrapuestos:

el de la empresa que aspira a los máximos beneficios y el de los usuarios que desean un servicio seguro, barato y de calidad. No se trata, pues, ahora de prescindir del Estado, sino de replantear el sentido de su acción: El Estado productor debe ser sustituido por el Estado regulador (Kresalja, 1999: 62).

En términos más generales, se ha afirmado:

Desde el enfoque normativo se postula que la intervención del Estado es una respuesta necesaria en casos de fallas o ausencias de mercados. Este es el caso de la provisión de bienes públicos, como la infraestructura, o de la existencia de monopolios, externalidades y asimetrías informativas, que demandan algún tipo de intervención o regulación. Desde esta perspectiva, denominada por Peltzman *normative-as positive theory*, la intervención del Estado está motivada por la búsqueda del interés público: existe regulación porque debe haberla (Távora, 2017: 71).

En el escenario de un Estado regulador y garantista, la gestión de los organismos reguladores no debe sentirse dueña del sector regulado, pues podría tomar decisiones sin justificar su actuación, tendiendo a modificar la realidad, planificarla y/o diseñarla, y, así, asumir un comportamiento errático que llevará al sector al caos.

Por otro lado, se debe cautelar el adecuado ejercicio de la discrecionalidad de las autoridades

de los organismos reguladores, pues ello incide en forma directa en la calidad de la gestión regulatoria. En este sentido, se ha constatado que gran parte de los problemas regulatorios que se presentan en el Perú se encuentran vinculados a la forma en que se ejerce la función y no a la normativa aplicable al caso (Martin, 2016: 57).

El rol regulador y garante del Estado implica dejar atrás su participación activa como prescriptor 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 del servicio, y vigila el mercado para que los operadores respeten la competencia y la regulación pública.

En atención a los diversos mecanismos de promoción de la inversión privada, me interesa abordar el caso de las APP, una de las tantas formas en las que el sector privado colabora con el sector público en la provisión de los servicios públicos y en las que se manifiesta con enorme intensidad el rol de la regulación.

Usualmente estas figuras son definidas como contratos entre los Estados y el sector privado, para que este último provea bienes y/o servicios en un proyecto, con una adecuada distribución de riesgos y beneficios (el Estado asume los riesgos de la «demanda» y el privado los de «construcción» y «operación»).

Uno de los criterios más importantes para definir si resulta eficiente invertir o no en una APP es demostrar que el costo de inversión con un agente económico privado es menor al que se incurriría si el gobierno ejecutase la obra directamente, a través de los mecanismos tradicionales de obra pública o de servicio público. Esta maximización de los beneficios de los recursos públicos al menor costo es el criterio que deben seguir todas las APP, para evitar el

uso indebido de los recursos del Estado.

En este contexto, queda claro que las APP son empleadas en actividades normalmente brindadas por los gobiernos, pues el retorno social excede al retorno privado. Es decir, suele ocurrir que se aplican sobre actividades que no tendrían rentabilidad comercial sin la participación del Estado (ya sea para reducir inversiones o riesgos).

## II. EL MODELO CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1993 establece un título dedicado al régimen económico, basado en los principios de una economía social de mercado, el pluralismo económico y el sometimiento del ejercicio de la propiedad al interés social; la vigencia de la libertad de empresa, comercio e industria; y la posibilidad del Estado de intervenir temporalmente la actividad económica en caso de crisis o emergencia.

El régimen económico del Estado peruano se encuentra regulado del artículo 58 al 65 de la Constitución de 1993. En términos generales, se consagra que el modelo económico es el de una «economía social del mercado», se estimula la generación de riqueza, se garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, se reconoce el pluralismo económico y la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa, se consagran los principio de subsidiariedad y solidaridad, se facilita y vigila la libre competencia, se protege la libertad de contratar y la libertad contractual.

Además, se establece que la inversión nacional y la inversión extranjera se encuentran sujetas a las mismas condiciones, se garantiza la libre tenencia y disposición de moneda y la defensa del interés de los consumidores y usuarios. En

esta línea, se establecen normas en materia de protección a la inversión privada, cuya importancia radica en el sentido de permanencia de estas y en la imposibilidad de ser modificadas por la legislación ordinaria.

La Constitución de 1993 prescribe en su artículo 58 que la iniciativa privada se ejerce en una «economía social de mercado». Según ello, se impone al Estado la exigencia de implementar un sistema de libre competencia en el que el mercado sea el mecanismo ordenador de la economía, con un celoso respeto de la propiedad privada, libre competencia, libre contratación, protección al consumidor e igualdad de trato en el mercado, todo bajo una regulación que impida que los inevitables desequilibrios afecten a los más débiles o que los agentes más poderosos abusen de su poder. En esta medida, debemos precisar que la Constitución de 1993, a diferencia de su predecesora, concibe un Estado puramente orientador del desarrollo (Gutiérrez, 2005: 777).

El Tribunal Constitucional ha tenido también la oportunidad de pronunciarse respecto del régimen económico del Estado, como se aprecia en la resolución recaída en el Expediente 0008-2003-AI-TC, en la que se indica:

13. [...] Las nuevas funciones del Estado moderno tienen que ver con aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos.

Supuestos económicos:

La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello, debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

*Bienestar social*; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.

*Mercado libre*; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a

una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.

*Un Estado subsidiario y solidario*, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales. En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social [las cursivas son mías].

### III. LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

Autores como Triveño (2014:20) indican que la APP:

Consiste en el establecimiento de una relación contractual de largo plazo entre el sector público y el sector privado, basado en la confianza mutua y la equidad en la relación, con el propósito común de prestar servicios públicos y desarrollar, en su caso la infraestructura necesaria en condiciones de mayor eficacia y calidad que las que alcanzaría el sector público si lo hiciera por sí mismo y a un costo significativamente menor, donde el sector público logrará dicho objetivo aplicando menores recursos públicos y el sector privado obtendrá un rendimiento razonable a su capital en correspondencia con los riesgos asumidos.

En el ámbito europeo, la Unión Europea ha precisado, en el Libro Verde de la Colaboración Público Privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones, que las colaboraciones público-privadas presentan las siguientes características:

- La duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se realizará.
- El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja orga-

nización entre diversos participantes. No obstante, la financiación privada puede completarse con financiación pública, que puede llegar a ser muy elevada.

- El importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación). El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de estos objetivos.
- El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de una cuenta personal previsional (CPP) no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.

En nuestra legislación, no existe una definición expresa de los contratos de APP y de sus diversas modalidades, entre ellas el contrato de concesión. En realidad, el legislador opta por un enunciado general en el que se permite la adopción de una serie de modalidades contractuales.

Una lectura atenta del artículo 21 del Decreto Legislativo 1362, nos permite afirmar que nos encontramos ante una definición genérica del contrato, que es materia de severos cuestionamientos por parte de la doctrina nacional (Huapaya, 2013: 20). Ello se refleja 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.

En efecto, el referido artículo alude a actividades que se expresan en este tipo de contrato, pero no lo define en términos conceptuales. Por ello, se advierte lo siguiente:

- La falta de una definición de un contrato de APP, en virtud del que se pueda conocer con certeza en qué supuestos opera este tipo de relación contractual. En realidad, al establecerse una fórmula genérica, lo que termina ocurriendo, es que no se conoce con certeza qué elementos definen a un contrato bajo esta modalidad. En buena cuenta, nos encontramos ante un marco legal que nos permite establecer los supuestos de aplicación de las normas de APP antes que una definición del contrato (Huapaya, 2013: 20).
- La falta de los elementos típicos del contrato. Ello se corrobora con una lectura 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 un contrato de APP. Según ello, se permite libertad en el contenido de este «contrato genérico», lo que, si bien puede ser de suma utilidad práctica, no deja de encontrarse exenta de cuestionamientos por carecer de parámetros objetivos.

Desde una perspectiva jurídica, se advierte una peculiaridad en los contratos de APP y que se expresa en los siguientes términos:

no tienen un *numerus clausus* o tipología, sino que son más bien una categoría abierta de acuerdos, según lo requiera el proyecto en particular. Por ello, en algunos casos suelen superponerse a otros contratos típicos preexistentes o, incluso, permiten encausar el acuerdo hacia fórmulas no típicas de contratos del Estado. Ahora bien, esa amplitud 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. A pesar de esa amplitud, no participan de esta categoría aquellos contratos cuyo único alcance sea la provisión de mano de obra, de oferta e instalación de equipo o de ejecución de obras públicas, que son contratos de aprovisionamiento por antonomasia (Morón y Aguilera, 2019:48).

En esta línea de argumentación, la doctrina define a la concesión como un contrato administrativo celebrado entre el Estado y un concesionario, en virtud del cual este último 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, dentro del plazo y según las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el instrumento legal de adjudicación.

Morón y Aguilera (2019: 49) nos señalan al respecto:

La concesión también puede recaer sobre actividades reguladas y calificadas como servicios públicos: telecomunicaciones, electricidad, energía, saneamiento y gas (distribución por ductos). En cualquiera de los dos casos la concesión puede ser gratuita u onerosa; es decir, puede o no imponer al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado.

En esencia, es un concepto en el que participan los sectores público y privado, y que engloba una diversidad de esquemas de inversión. Por su propia naturaleza, las APP pueden asumir diversas formas contractuales, desde contratos de concesión hasta proyectos de infraestructura productiva de largo plazo.

Se desprende que los proyectos de APP involucran alianzas estratégicas de largo plazo para la provisión de servicios públicos o de infraestructura pública, con alta rentabilidad social y una baja rentabilidad financiera, cuyo equilibrio financiero supone un cofinanciamiento parcial o total del Estado, el mismo que se agrega, de existir, a la tarifa o peaje pagada por el usuario directo el servicio.

En nuestro país, el legislador recogió a partir de 2008 este modelo de alianza estratégica entre el capital público y privado. Sin embargo, no debe quedar la impresión de que no se habían presentado antes de 2008 proyectos que conciliasen la participación de los sectores público y privado, pues, antes de la emisión del Decreto Legislativo 1012, ya existían los contratos de concesión. Lo que ocurre es que la norma en mención pretendía otorgar una suerte de institucionalidad a este tipo de vinculación entre los intereses públicos y privados. En consecuencia, el Decreto Legislativo 1012 no hace

más que reconocer a nivel normativo una situación de hecho, que ya se plasmaba en los diversos contratos y modalidades de concesión que se celebraban antes en procesos de promoción de la inversión privada.

Gracias a la incorporación contractual del régimen de APP dispuesta por el Decreto Legislativo 1012, se ha podido desarrollar proyectos en diversos sectores de la economía, como transporte, energía, telecomunicaciones, agricultura y riego, así como agua y saneamiento. En los últimos años, y debido a las diversas crisis sufridas por nuestro país, el fenómeno El Niño, El Niño Costero y la reciente pandemia del COVID-19, se ha enfatizado la acción del Estado en proyectos vinculados a sectores sociales, como educación y salud.

En la Guía Metodológica de APP aprobada por ProInversión (2019: 14), se nos indica que a nivel internacional no existe una definición única de APP. Según la definición utilizada por el Banco Mundial, se define a las APP como «un contrato a largo plazo entre una parte privada y una entidad pública, para brindar un activo o servicio público, en el que la parte privada asume un riesgo importante y la responsabilidad de la gestión y la remuneración está vinculada al desempeño».

Tal como puede apreciarse:

[...] el concepto de Asociaciones Público-Privadas termina siendo sumamente amplio, pudiendo incluirse dentro de dicho concepto desde privatizaciones en sentido estricto (entendiendo dentro de este concepto a la transferencia en propiedad de acciones y activos del Estado a favor del sector privado), hasta mecanismos tales como proyectos BOT (*build operate transfer*), arrendamientos, *joint ventures*, concesiones puras, contratos de gerenciamiento, entre otros (Ronceros, 2014: 233).

Por su parte, Huapaya (2015:18) señala:

[...] las APP constituyen una solución, que implica, antes que nada, una idea y luego un régimen legal. La idea es que los cometidos prestacionales a cargo del Estado se pueden ejecutar con el concurso del sector privado. Pero no bajo las formas tradicionales de la contratación pública (contratos de locación de obra, de adquisición de bienes y servicios), sino mediante contratos de largo plazo, de riesgo compartido, donde se aporte la capacidad de levantar financiamiento y la capacidad técnica de los privados, y el Estado brinde garantías y soporte (amen de otras colaboraciones) para llegar a un objetivo de bienestar público.

No es posible llegar a un concepto exacto que delimite qué es una APP, más allá de señalar que son todos aquellos modelos en los que interviene la inversión privada. Es decir, las APP serán consideradas como una técnica contractual que necesita de otros contratos para existir.

En las APP se distribuyen riesgos y recursos, en este último caso preferentemente privados. Asimismo, mediante las APP se desarrollan proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o de innovación tecnológica.

En el Decreto Legislativo 1362 se regula el contenido de los contratos de APP. Para el presente trabajo, considero relevante destacar las siguientes características:

- Son contratos de largo plazo que no pueden exceder de 60 años.
- Los riesgos deben ser distribuidos entre las partes de manera que sean asignados a la parte con mayor capacidad para administrarlo, considerando el perfil de riesgos del proyecto.

- Se debe buscar la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios a lo largo de la vida del proyecto.
- El contrato de APP constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que este contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones, así como los beneficios adicionales expresamente convenidos en el contrato, pudiendo incluir servicios complementarios.
- El inversionista puede explotar el bien o los bienes objeto de la APP por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado.
- El Estado, de común acuerdo con el inversionista, podrá modificar el contrato de APP manteniendo su equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, según las condiciones y requisitos que establezca el reglamento.

#### IV. EL CONTRATO DE CONCESIÓN

##### Concepto

En nuestra legislación no existe una definición del contrato de concesión y mucho menos un concepto preciso del contrato de asociación público-privada como un género de aquel. Por ello, se puede afirmar que el legislador ha optado por una definición general en el que se permite la adopción de una serie de modalidades contractuales.

Con respecto a la naturaleza jurídica de la concesión se puede afirmar que, en función a los

procedimientos establecidos, al acto de otorgamiento del título habilitante y a la posterior calificación como concesionario, es evidente que nos encontramos ante una triple dimensión de la concesión administrativa en el Perú, tanto como: i) procedimiento, ii) acto y iii) contrato.

Se puede afirmar, por un lado, que la concesión es un procedimiento, en la medida que se identifica con actuaciones y formalidades establecidas para la obtención de un fin, que es la determinación de la oferta más conveniente para la administración. Por otro lado, la concesión, en su dimensión de acto administrativo, constituirá la «voluntad formada» del Estado de otorgar un título a favor del adjudicatario de la buena pro, por un tiempo determinado, para desarrollar y/o gestionar un servicio o infraestructura pública. Y, por último, la concesión implicará la celebración de un contrato administrativo pactado entre el Estado y un concesionario, en virtud del que este último asume a su cuenta y riesgo, las obligaciones y derechos derivados del contrato (Martin, 2020: 75).

Esta última dimensión ha hecho que la doctrina defina al contrato de concesión como un contrato administrativo celebrado entre el Estado y un concesionario, en virtud del que este último 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, dentro del plazo y según las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el instrumento legal de adjudicación.

El artículo 20 del Decreto Legislativo 1362 opta por señalar que estamos ante una modalidad de participación de la inversión privada, mediante la celebración de contratos de largo

plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados.

La definición genérica señalada nos genera dificultades en la medida en que se hace alusión a actividades genéricas, en que no se puede conocer con certeza las características y supuestos exactos en los que opera este tipo de relación contractual. Como ya se mencionó, otra dificultad es la falta de elementos típicos del contrato que, si bien son de utilidad práctica, no deja de encontrarse exenta de cuestionamientos por carecer de parámetros objetivos.

Cabe precisar que esta relación contractual es el fruto de una negociación estructurada dentro de un proceso de selección en el que los postores deben decidir si aceptan o no desarrollar el proyecto de inversión.

### Características

Desde una perspectiva contractual, se puede identificar las siguientes características del contrato de concesión:

- **Tiene una naturaleza compleja:** Se asume que la concesión tiene un contenido contractual y un contenido reglamentario. Este argumento no es superficial y tiene enormes implicancias en la práctica, pues determina de una forma u otra el diseño del contrato. Un buen ejemplo de este tema es el caso de los contratos de concesión en materia de telecomunicaciones celebrados en 1994, entre el Estado peruano y lo que hoy en día es Telefónica del Perú, y que en la actualidad serían impensables en cuanto a su contenido, pues involucran disposiciones propias de las competencias del organismo regulador. Pues bien, en el contrato de concesión celebrado entre Entel Perú y

la Compañía Peruana de Teléfonos S. A., se identificaba un contenido mixto de este tipo de contratos. Por un lado, se pactó un conjunto de derechos y obligaciones propios de una relación contractual, así como un contenido normativo de ambos contratos, en su momento, debido a la ausencia de un marco legal y regulatorio con respecto a las funciones del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel). Se ha afirmado que estos contratos de concesión tienen un carácter complejo y, en muchos aspectos, se advierte la presencia de cláusulas que en esencia son normativas y que se insertaban en su diseño y contenido contractual.

En la actualidad, ya no es necesario, porque todas las disposiciones de carácter normativo y regulatorio se incorporan a los contratos sin necesidad de que consten en forma expresa como cláusulas contractuales. Se trata de una incorporación que opera por mandato legal y, en algunos supuestos, por una expresa remisión del contrato a la normativa aplicable.

En el caso que nos convoca y para precisar este carácter complejo del contrato de concesión, se puede tomar como ejemplo lo acontecido en 1994 a propósito de los dos contratos de concesión de telecomunicaciones celebrados por el Estado Peruano con Telefónica del Perú. Se puede constatar que estos contratos a la fecha de su celebración carecían de un marco regulatorio desarrollado y que fue inevitable que se inserten, en los propios contratos, sendas disposiciones de contenido normativo antes que contractual. Los sucesivos contratos en el sector han superado esta debilidad, dado que el Osiptel ha logrado, en con-

cordancia con la Ley 27332, consolidar y uniformizar sus competencias en un modelo regulatorio. En la actualidad, el marco normativo sobre el cual reposa la actuación del organismo regulador se incorpora a los contratos.

- **Es un contrato principal:** La concesión constituye una relación jurídica principal que se deriva de un procedimiento de selección organizado para una finalidad específica. El acto de otorgamiento de la concesión y la posterior celebración del contrato nos reflejan que todas las actividades se encuentran destinadas a un propósito especial y exclusivo, como seleccionar al concesionario estatal que debe desarrollar la infraestructura o explotar el servicio público requerido. A partir del acto de otorgamiento y la ulterior celebración del contrato, se derivan relaciones contractuales accesorias, como los contratos de garantía, seguridades, usufructo, uso, arrendamiento, superficie, prenda, hipoteca, otros, que solo tienen efecto en función de la validez y vigencia del contrato principal de concesión.
- **Es un contrato *intuitu personae*:** Las características de cada parte contratante es un tema vital importancia en materia del contrato de concesión. Por ello, es necesario que se tome una consideración que, a diferencia de otros sujetos que participan en la contratación estatal, aquí sí resulta relevante conocer *ex ante* y durante la ejecución contractual, con quien se encuentra vinculado el sujeto concedente.

Se ha indicado que la concesión es un procedimiento, acto y contrato. También se ha precisado que, en este tipo de contratos, hay una metamorfosis del postor que, en forma secuencial, se transforma en adjudicatario y

luego en concesionario. Esto implica que, en el tránsito a esta conversión en sociedad concesionaria, se debe fijar requisitos que le otorgan una determinada identidad al concesionario 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 sociedad concesionaria 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 sociedad concesionaria con propósitos especiales para la ejecución del contrato cuentan con unas características personalísimas. En este sentido, no es admisible que se modifiquen unilateralmente las condiciones propias del concesionario vía cesión, reorganización societaria, subcontratación u otros modos de alteración del sujeto de la relación contractual ni tampoco es posible que se alteren las prestaciones a cargo de la concesionaria en forma unilateral.

En el Perú, no existe una legislación propia para las sociedades concesionarias. La opción que se utiliza es aplicar en forma genérica las disposiciones de la Ley General de Sociedades y la remisión supletoria a los tipos societarios establecidos en este cuerpo legal. Ahora bien, la naturaleza de las operaciones de las sociedades concesionarias nos revela la necesidad de contar con un marco legal específico a futuro, pues este tipo de sociedades escapa al diseño tradicional de las sociedades.

En concordancia con la Ley General de Sociedades, en nuestro país se opta por un

modelo de contrato que se adjunta al momento del cierre del proyecto. Este tema no deja de ser polémico, pues cada contrato tiene un régimen particular.

En el modelo peruano se opta por dejar abierto a cada contrato la regulación de la sociedad concesionaria, aspecto que no deja de ser polémico, pues en el tiempo puede generar una afectación a los principios de igualdad y predictibilidad, en tanto se exijan distintos requisitos a una organización u otra, sin mediar una razón. Sobre este tema, creo que se deben establecer requisitos mínimos de cumplimiento obligatorio para nivelar la cancha desde un punto de vista objetivo.

En países como Chile, se establecen exigencias para la constitución de la sociedad concesionaria en el proyecto de estatuto, el mismo que forma parte del expediente licitatorio. Estos documentos son conocidos por los postores desde el inicio del procedimiento de selección y no *a posteriori* de la adjudicación de la buena pro.

El carácter personalísimo del contrato es un tema muy importante, porque nos permite conocer las características de cada parte a lo largo de la relación contractual. No deja de ser relevante el hecho de que nos encontramos ante un tipo de contrato a largo plazo, siendo importante cautelar que se mantenga durante la vigencia del contrato los requisitos exigidos para ejecutar el contrato.

En este orden de ideas, se requiere que la sociedad concesionaria cuente con requisitos mínimos que, en rigor, deberían estar regulados en una norma, pero que en el modelo peruano se exigen caso por caso:

1. Objeto o giro exclusivo de la sociedad.
  2. Capital social mínimo de la sociedad.
  3. Plazo determinado o determinable, no inferior al periodo de la concesión.
  4. Participación mínima del adjudicatario en la estructura de la futura sociedad.
  5. Intervención del operador para garantizar la especialización en las tareas propias del contrato.
  6. Reglas mínimas para las acciones de reorganización empresarial, como fusiones, escisiones, etcétera.
- **Es un contrato constitutivo de derechos y obligaciones para las partes:** Una vez celebrado el contrato, se activan derechos y obligaciones para las partes. El acto del otorgamiento de la concesión 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 concesionada.

Debe quedar claro que el otorgamiento de la concesión es un acto constitutivo del derecho en favor del adjudicatario de la buena pro. A partir de ello, se genera un derecho exclusivo que se materializará por un periodo contractual y que le permitirá oponer privilegios ante terceros.

A partir de este escenario, al inversionista se le abren las puertas del mercado financiero, porque ya tiene en firme un título habilitante. Hasta antes de obtener la condición de adjudicatario, sólo tenía una simple expectativa. El otorgamiento del título habilitante convierte a la expectativa en un derecho en

exclusiva, el cual se materializa con la celebración del contrato de concesión.

No obstante, se debe estar muy atento al cierre y celebración del contrato de concesión, pues se han presentado numerosos casos a nivel de proyectos en experiencias comparadas como en casos nacionales, en los que, a pesar de haberse adjudicado la buena pro en favor de un adjudicatario, el Estado *a posteriori* de esta decisión se ha negado a celebrar el respectivo contrato de concesión.

Ante esta circunstancia, es indudable que en razón de los mecanismos de protección que resultan aplicables a los inversionistas y, pese a no existir un contrato de concesión formalmente celebrado, se puede invocar beneficios en favor del inversionista (como confianza legítima, trato discriminatorio, etcétera), en los que se manifiesta la postura contraria a la acción unilateral del Estado.

Queda claro que nos encontramos 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, será materia de reglas de responsabilidad precontractual y a la eventual obligación de pagar indemnizaciones por parte del Estado.

- **Es un contrato sujeto a un régimen jurídico particular:** Se trata de un contrato administrativo que, por su propia naturaleza, se encuentra sometido a las reglas de derecho público. Por ello, se podrá advertir la existencia de potestades administrativas que se reflejan en la aplicación del *ius variandi*, reversión, rescate, interpretación contractual, caducidad, intervención, etcétera.

- **Es un contrato que no supone la transferencia de activos o infraestructura:** En este tipo de relación contractual, solo se cede la explotación y uso de la infraestructura por un tiempo determinado. Terminada por el cumplimiento del plazo o del objeto del contrato, o concluida en forma anticipada la concesión, los bienes integrantes de la misma son devueltos al Estado. Se trata de un contrato que no cede la titularidad.
- **Es un contrato de carácter temporal:** La concesión es un contrato sometido 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 que 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 de concesión y, por definición, no puede ser pactado en forma discrecional.

En este sentido, «la falta de rigor del Estado para fijar plazos contractuales razonables y desplegar sus mejores esfuerzos para cumplir con sus compromisos es de suma gravedad, pues en muchos casos constituye una causal de caducidad de la concesión por incumplimiento del concedente, que obliga a indemnizar al inversionista y pone en riesgo la viabilidad del proyecto en los plazos requeridos. Además, usualmente los bancos no están dispuestos a asumir el riesgo de entrega de los terrenos saneados, por lo que no es posible alcanzar el cierre financiero en tanto no se acredite su cumplimiento, como tampoco será posible dar inicio al

procedimiento destinado a obtener la certificación ambiental» (Quiñones y Aliaga, 2019: 99).

En forma complementaria, es pertinente desarrollar las características propias que tendrían los contratos de concesión. Guasch (2005: 45-46) los resume en los siguientes términos:

1. El contrato rige la relación entre la autoridad que otorga la concesión y el concesionario privado: La autoridad que otorga la concesión es el Estado (representado por un sector del gobierno nacional, un gobierno regional o local y, finalmente, una entidad del Estado que haya sido autorizada por excepción y que no goce de las características del nivel de gobierno antes señalado). A partir de ello, se establece una relación jurídica contractual con una sociedad, que no es exactamente el adjudicatario de la buena pro. En efecto, ocurre que, como consecuencia del procedimiento de selección del concesionario, se procederá a la adjudicación de la buena pro a uno de los postores que concurren a la licitación. A partir de este evento, se exige por la propia naturaleza del proyecto, la constitución de una sociedad de giro o propósito exclusivo, que sea autónoma formalmente del adjudicatario de la buena pro. Ello se justifica por varias razones, entre las que cabe identificar, la necesidad de garantizar que los flujos económico-financieros del proyecto, se destinen en forma efectiva a sus fines y que, a la vez, se atienda con exclusividad en el marco de la temporalidad del contrato a su operación.
2. La concesión se adjudica por un periodo de tiempo potencialmente renovable. Durante ese lapso, el concesionario goza del derecho exclusivo para usar los activos, explotar las instalaciones existentes y desarrollar nuevas instalaciones. El contrato determina en qué condiciones y a qué precios el concesionario prestará el servicio y utilizará las instalaciones que continuarán siendo de titularidad pública.
3. El concesionario es responsable de todas las inversiones y del desarrollo de nuevas instalaciones —muchas de las cuales se especifican en el contrato— bajo la supervisión del organismo regulador. El concesionario retiene el control y los derechos de uso de todos los nuevos activos hasta que sean devueltos en el momento de la finalización del contrato. El contrato puede incluir una cláusula complementaria que especifique una compensación por las inversiones que no hubiesen sido completamente amortizadas al final del periodo de la concesión. En este sentido, existen conceptos alternativos al concepto de devolución debido a la vida útil de los bienes afectados a la concesión y que, en razón de su duración en el tiempo, pueden ser físicamente devueltos o «jurídicamente» entregados al término de la concesión.
4. El concesionario recibe una contraprestación según las tarifas establecidas en el contrato (con pautas claras de revisión y ajuste) que cobra directamente a los usuarios. Estos precios generalmente están regulados a través de mecanismos de precios máximos o tasa de retorno,

frecuentemente determinados por el principio de equilibrio económico-financiero, mediante el cual se permite que la empresa obtenga una tasa.

Se puede afirmar, entonces, que «el instrumento para materializar las APP en nuestro país ha sido el contrato de concesión, que ha devenido en la técnica contractual más utilizada, a guisa de transformarse en una herramienta que garantiza tanto el equilibrio económico bidireccional como una distribución de riesgos y beneficios entre las partes» (Ariño, 2004: 713).

## V. Las partes del contrato de concesión

### a) Una aproximación inicial al tema

Para entender la lógica sobre la que se estructura un contrato de concesión, es necesario identificar a las partes que lo celebran, lo cual es un aspecto distinto a los actores que participan en el mismo. Este es un tema que podría parecer conceptual, pero en términos prácticos no lo es, porque tiene enormes implicancias en aspectos como los derechos y obligaciones aplicables a las partes, el marco regulatorio, el régimen de supervisión, los derechos y obligaciones, la responsabilidad, la solución de controversias, etcétera.

Las partes signatarias del contrato de concesión son el concedente y el concesionario. Son aquellos que formalmente suscriben el contrato. Por el contrario, los actores son todos aquellos sujetos que con su participación inciden en forma directa e indirecta en la celebración y ejecución del contrato.

La participación de los actores puede ser contingente o necesaria. Dependerá del caso concreto. Sin embargo, es posible identificar ac-

tores cuyo rol es ineludible, pero no implica otorgarles la condición de partes del contrato. Se trata de los organismos reguladores, la Contraloría General de la República, el Ministerio de Economía y Finanzas. Otros actores son contingentes, pero imprescindibles, desde el punto de vista del Estado, del sector privado y de otros sectores.

En el caso del Estado y dependiendo del proyecto, existen circunstancias en las que se activa el rol del Indecopi, la Defensoría del Pueblo, autoridades sectoriales y otras. Por el lado del sector privado, nos encontramos con la participación de las empresas financieras, bancos de inversión, administradoras de fondos de pensiones, compañías de seguros y, en general, todas las organizaciones que se vinculen al desarrollo de un proyecto de inversión.

Por último, nos encontramos ante un sector que representa a la sociedad civil organizada, como gremios empresariales, organizaciones sindicales, universidades, organismos no gubernamentales, etcétera.

Una mención aparte merece la intervención de los poderes del Estado en el ejercicio de su control político y jurisdiccional. Así, tenemos circunstancias en las que el Poder Legislativo ha participado con la aprobación de leyes de intervención en contratos de concesión contrarias al artículo 62 de la Constitución de 1993, como la Ley 31018, Ley de Peajes, y otras. También el Poder Legislativo ha tenido una participación activa no siempre adecuada, mediante las comisiones especiales y/o comisiones de investigación sobre determinadas operaciones contractuales.

En el Poder Judicial, no han sido pocos los casos en los que este poder del Estado ha tenido injerencia sobre procesos de promoción de la

inversión privada e, incluso, sobre la ejecución de contratos de concesión. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha tenido un rol muy activo en diversos pronunciamientos en materia de procesos de promoción de la inversión privada en su función de supremo intérprete de la Constitución.

Sin perjuicio de lo señalado, a continuación, se pasa a identificar a las partes del contrato de concesión:

### El concedente

La parte signataria que suscribe en representación del Estado el contrato de concesión es denominada «concedente». Es decir, es la administración pública responsable de la infraestructura la que decide qué proyectos son los adecuados para ser entregados en concesión.

El concedente debe contar expresamente con la competencia para celebrar el contrato. Partiendo de esta atribución específica, este sujeto puede ser una entidad que forma parte del gobierno nacional, regional o local, o aquella entidad a la que 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, como se advertirá al analizar la intervención de los organismos reguladores en las controversias arbitrales que se derivan de los contratos de concesión. Una dificultad que se presenta para admitir su intervención es cómo superar el hecho de que esta entidad no suscribe el contrato de concesión, no califica como parte no signataria debido a su rol de entidad regulatoria y, finalmente, que su incorporación a los procesos arbitrales como parte coadyuvante del concedente es contraria a su garantía de actuación en términos de independencia, imparcialidad y neutralidad.

El procedimiento del que deriva su competencia el concedente deriva de dos modalidades:

**i. La licitación pública especial:** Aquí una entidad pública invita a los interesados para que, sujetándose a las condiciones establecidas en las bases, formulen sus respectivas propuestas, una de las cuales será seleccionada como la más conveniente.

**ii. El concurso de proyectos integrales:** Aquí una entidad pública invita a los interesados para que presenten sus respectivas propuestas, en función a un expediente técnico que deberá ser complementado por el postor, a partir de las variables que son materia de evaluación. En este último mecanismo, se establecen reglas especiales en concordancia con el tipo de procedimiento de selección.

Cabe precisar que el concedente cuenta con deberes y obligaciones entre los cuales se encuentran (Matilla, 2015: 454):

- A exigirle al concesionario el cumplimiento de la ejecución de la actividad, concedida en los términos y condiciones establecidos. Ello se plasma tanto en las actividades vinculadas a la prestación de servicios como en la ejecución de las obras pactadas.
- A ejercer la dirección y control del contrato, como una manifestación del poder de intervención que posee la administración pública en relación con la concesión. Esto implica que pueda controlar la ejecución del contrato por parte del concesionario como un medio para asegurar que se realice según las regulaciones predeterminadas y con los criterios de realización más favorables al interés común.
- A interpretar el contrato, en virtud de la cual la administración pública, de manera

unilateral, puede interpretar lo establecido en el contenido del contrato de concesión, cuando de él surgieran dudas o conflictos de interpretación entre el concedente y el concesionario.

- A modificar unilateralmente el contrato, por la que el concedente, durante la ejecución de la concesión administrativa, puede introducir de forma directa modificaciones en las condiciones de esta por razones de interés público, sin incurrir en arbitrariedades.
- A sancionar en términos que el concedente puede adoptar medidas sancionadoras contra el concesionario, con motivo de incumplimientos imputables a este último sujeto de las obligaciones adquiridas por él a raíz del vínculo concesional. Este tema se encuentra sometido en la actualidad al ejercicio de competencias del organismo regulador en aquellos aspectos vinculados a la administración del contrato.
- A la extinción anticipada de la concesión administrativa, por la que el concedente puede terminar unilateralmente la relación contractual (revocar, rescatar, caducar, resolver o rescindir, en función de los medios de extinción previstos).
- A recibir del concesionario, una vez extinguida la concesión administrativa, los bienes afectados a la realización de esta que previamente se determinaron al efecto, y en un adecuado estado de conservación.

Además, se entiende que la obligación más importante del concedente se encuentra en asegurar al concesionario, la percepción de ingresos por tarifas, peajes, precios u otros sistemas de retribución económica a favor del concesionario por las inversiones efectuadas.

## b) El concesionario

Se entiende por «concesionario» a la persona jurídica que, por su cuenta y riesgo, se obliga con la entidad concedente a construir y mantener, operar, gestionar o, simplemente, construir y conservar las actividades concedidas. La obligación que asume el concesionario puede ser una o varias de las actividades mencionadas. En general, el concesionario está facultado para ejecutar todas aquellas actividades que no le estén prohibidas por la ley o el contrato, y que sean necesarias por su adecuada ejecución.

El procedimiento de selección del concesionario concluye con la adjudicación de la buena pro en favor de un postor participante. Ello se determina por un acto administrativo de otorgamiento, mediante el cual la concesión adquiere la condición de un acto de aceptación de la oferta. Esto, a su vez, determinará la formación de un contrato de concesión. Posteriormente a estos actos, se producirá el cierre y celebración del contrato de concesión, lo que, a su vez, dará como consecuencia a la formalización del contrato.

Con el cierre y celebración del contrato de concesión, se formaliza la relación contractual del Estado en su rol de concedente y de la sociedad concesionaria constituida para efectos del proyecto específico. El contenido de la relación contractual se realiza con la suscripción del referido contrato de concesión por el concesionario y el concedente, fijándose en el mismo las condiciones contractuales que se regirán durante un determinado periodo.

En algunos ordenamientos jurídicos, el concesionario en materia de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos puede ser una persona natural o jurídica. Sin embargo, en nuestro país, la situación es distinta, pues del

marco legal existente se desprende que solo una persona jurídica puede ser parte en un contrato de concesión (Matilla, 2015: 446-447).

En forma específica, el artículo 3 del derogado Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que regulaba 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, el concesionario es siempre una persona jurídica, a quien se denomina «sociedad concesionaria», por lo que un consorcio o una asociación en participación no calificarían como tal en los términos de la Ley General de Sociedades, a diferencia de lo señalado en la Ley de Contrataciones del Estado, en la que se permite que el contratante sea además una persona natural e, incluso, que forme parte de un consorcio, de personas naturales y/o jurídicas.

Esta diferencia encuentra sustento en que la generalidad de los proyectos de gestión de servicios públicos y/o de desarrollo de infraestructura pública que son entregados en concesión 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 que nunca involucrará su gestión.

Otro factor que justifica la existencia de una persona jurídica en calidad de concesionaria es que este tipo de contratos constituye relaciones

jurídicas de largo plazo, en las que difícilmente pueda responder una persona natural en función de la temporalidad del proyecto.

### **c) El rol del operador como parte del concesionario**

Para un mejor entendimiento de los alcances del rol del operador del contrato de concesión, me remito a la experiencia que tenemos en el Estado peruano respecto de esta figura y a proponer una definición.

Tras lo señalado, puede indicarse que el operador del contrato de concesión es un tercero, que en algunos casos forma parte de la estructura societaria de la empresa concesionaria como especialista en las actividades propias de la concesión, a quien se le ha encargado la realización de determinadas actividades que requieren una alta especialización técnica, para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de concesión.

Es importante advertir la necesidad de 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 de concesión, se ha confundido el rol del operador con el asesor. Ello es de vital importancia porque 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 puede 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, porque no basta identificar a la concesión como un simple negocio económico-financiero en el que solo sea necesario contar con los recursos disponibles para la ejecución del proyecto, sino que también es importante que se cuente con un operador especializado para el desarrollo y cumplimiento del objeto del contrato.

No es extraño que en gran parte de los proyectos sometidos a las reglas de APP en general y de concesiones en concreto se exija la participación de un operador especializado que nos garantice que la ejecución del proyecto se encuentra en manos de una organización acreditada en el desarrollo de las actividades involucradas. No basta en este tipo de proyectos el asegurar el financiamiento del mismo.

En contraposición al rol del operador, nos encontramos con la figura del asesor. Este último 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 afectan la ejecución del contrato. Una situación distinta se presenta en el operador, cuya participación es intrínseca al contrato y que, usualmente, forma parte de la estructura de la sociedad concesionaria, como una exigencia indispensable para la celebración y ejecución del contrato.

## **VI. LA PARTICIPACIÓN DE LOS ORGANISMOS REGULADORES**

Los organismos reguladores no son parte de la relación jurídica que nace del contrato de concesión. Sin embargo, producto de la redefinición de los roles del Estado se encuentran facultados legal y contractualmente para inci-

dir de manera intensa y permanente durante la ejecución del contrato. Ello no quiere decir que deban suscribir el contrato de concesión. Tampoco significa que tengan la condición de parte no signataria del mismo ni deban ser incorporados como terceros al proceso en caso de las controversias arbitrales, como lamentablemente lo establece el artículo 56.3 del Decreto Legislativo 1362.

Para entender la lógica de actuación de los organismos reguladores, es necesario precisar qué se entiende por regulación y cuál es el rol que deben cumplir los organismos reguladores. A partir de ello, se podrá entender con mayor precisión el rol que cumplen las citadas entidades en el marco de los contratos de concesión.

Los problemas de la gestión regulatoria no son esencialmente normativos, sino propios de la visión u objetivos que se plantean las autoridades de turno con respecto al rol que deben asumir los organismos reguladores, en relación con las actividades materia de su competencia.

Un aspecto esencial para el éxito de la gestión regulatoria se encuentra en la adecuada asignación de recursos para su funcionamiento. Este aspecto incide muchas veces en la calidad de la gestión regulatoria y determina los rumbos de la acción regulatoria.

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».

No cabe duda que la función regulatoria implica un nuevo rol por parte del Estado con respecto al desarrollo de las actividades económicas que están a cargo de los particulares.

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 aquellas actividades económicas que se concentran en monopolios. Así, ante la ausencia de un equilibrio natural que es proporcionado por la competencia, la administración pública (a través de los organismos reguladores) interviene e impone reglas que permiten 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, se refiere a la naturaleza de los organismos reguladores:

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 artículo se precisa que las citadas entidades son organismos públicos descentralizados, la Sexta Disposición Transitoria de la

Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley 29158, señala que toda referencia a estos organismos se entenderá referidas a los organismos públicos ejecutores o especializados, según corresponda. Por 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 éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y,

Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

Los organismos reguladores en materia de infraestructura y de prestación de servicios públicos de nuestro país son el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinermin), el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran), y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass), que ejercen funciones para garantizar el correcto funcionamiento de los servicios públicos gestionados por los agentes en el marco de sus competencias.

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 las inversiones, como ProInversión, 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 lo cual es necesaria la coordinación con diversas entidades de la administración pública, entre las cuales se encuentran los organismos reguladores (Osiptel, Ositran, Sunass y Osinermin).

El costo de transformar un monopolio público en uno privado nos impone la necesidad de asignar funciones reguladoras a un organismo especializado. Como consecuencia, la delimitación de la competencia de los organismos reguladores sirve para precisar la relación entre los organismos reguladores y el gobierno.

En efecto, siguiendo a Estache y De Rus (2003: 48), «[e]n un país en el que se toma la decisión de emprender un proceso de reformas en profundidad en la construcción y provisión de infraestructuras y servicios de transporte, todos los agentes económicos pueden percibir las ventajas que conlleva la temprana constitución de las agencias de regulación, incluso, antes de iniciar el cambio de propiedad de las empresas públicas o de admitir la entrada de capital privado en concesiones de nueva creación».

Asimismo, Estache y De Rus (2003: 48) agregan que es necesario repartir claramente las tareas entre el regulador, el gobierno y otros organismos del Estado, así:

- Al Gobierno le compete principalmente las tareas de delimitar el marco legal y la política sectorial, la planificación, los procesos de privatización y concesión, los concursos y adjudicación, así como la política impositiva y de subvenciones.
- Al organismo regulador le corresponde la supervisión de tarifas, la implementación de controles y sanciones, la regulación técnica, las normas de calidad.
- A los otros organismos especializados es necesario asignarle actividades como la dación de normas de calidad, la regulación del medio ambiente, la supervisión de la seguridad y salud y las políticas antimonopolio o de promoción de la competencia.

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 del contrato de concesión.

Como consecuencia de lo señalado, las competencias de los organismos reguladores se limitan a efectuar coordinaciones, comentarios, sugerencias u opiniones en relación con el contrato de concesión, las que serán necesariamente recibidas y calificadas por la agencia de promoción competente, la que decidirá si incluye las modificaciones sugeridas.

Por ello, no debe admitirse que los organismos reguladores se pronuncien respecto a cláusulas que versan sobre la estructuración económico-financiera. Este aspecto representa un exceso en su competencia, toda vez que la estructura económico-financiera es una materia a ser tratada por el organismo sectorial o por el propio Ministerio de Economía y Finanzas.

Por otro lado, con respecto al régimen tarifario de la concesión, resulta una opción de las entidades encargadas del proceso de promoción y del diseño del modelo de concesión optar por un modelo regulatorio y su relación con los aspectos vinculados al financiamiento del contrato de concesión.

Sobre este extremo, solo resulta factible el pronunciamiento de los organismos reguladores respecto a la opción regulatoria elegida, así como analizar sus efectos en la eficiencia de la concesión, pero no puede objetarla ni sugerir una distinta.

Posteriormente, durante la etapa de ejecución de las obligaciones contractuales, los organismos reguladores pueden supervisar, regular o

fiscalizar el cumplimiento de las mismas, en el desarrollo de las actividades del concesionario.

Una propuesta normativa uniforme y aplicable a todos los organismos reguladores puede ser peligrosa, si no se evalúa, en forma previa, la forma y mecanismos que, a la fecha, se han utilizado para garantizar una adecuada relación entre el sector y el regulador.

En la medida en que se haya producido un empoderamiento del organismo regulador, se advertirá que los espacios de actuación previa serán mayores y se traducirá en opiniones previas vinculantes, que operarán como técnicas habilitantes para una futura acción de la agencia de promoción y del propio sector concedente.

Si, por el contrario, se ha delimitado *a priori* el rol del organismo regulador, solo se exigirán informes u opiniones previas (legales o técnicas) de carácter no vinculante. En este supuesto, es evidente que el rol del sector y de la propia agencia de promoción prevalecerá sobre la decisión del organismo regulador.

La delimitación de la competencia de los organismos reguladores sirve para precisar la relación entre estas entidades y el gobierno, así como la utilidad de la regulación.

Como se ha señalado, los organismos reguladores surgen por el 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.

Sobre este aspecto, Cubero (2011: 124) afirma:

La regulación económica consiste en una medida de intervención administrativa sobre las relaciones de los particulares, cuya actividad consiste en

el intercambio de bienes y servicios en el mercado. Tiene como finalidades básicas controlar el excesivo poder derivado de una situación de monopolio natural, ejercer un control sobre las ganancias inesperadas y corregir las externalidades, es decir, todos aquellos elementos o conceptos que, influyendo en los costes de la actividad, no están directamente relacionados con la misma. Se ha afirmado que tiende a alcanzar una composición entre los objetivos y valores económicos y los no económicos. Desde un punto de vista teórico, la regulación representa una forma de delimitación de los derechos de los particulares, de modo que la Administración les constriñe a aquéllos al cumplimiento de determinados deberes, como el de ceder las infraestructuras o pagar una tarifa.

En nuestro país no es necesario que toda actividad económica se encuentre sometida a un régimen de gestión indirecta de prestación. Asimismo, es indispensable contar con un organismo regulador que ejerza sus funciones en forma independiente a las tareas del concedente. Por ello, debe quedar claro que una cuestión es ejercer por parte del Estado una función regulatoria y otra, que ella deba efectuarse en forma obligatoria a través de organismos reguladores, específicamente creados para ejercer estas tareas.

En consecuencia, pueden existir diferentes modelos de organización aplicables al ejercicio de la función regulatoria, como la creación de comisiones, organismos públicos, superintendencias, empresas, etcétera.

En definitiva, el rol de los organismos reguladores en el contrato de concesión se inserta en la dinámica que se ha generado a partir del nuevo rol del Estado en materia de provisión de infraestructura y en la prestación de servicios públicos. En el contexto descrito, la regulación económica aparece como el instrumento idóneo para garantizar el adecuado equilibrio prestacional que debe acompañar al contrato de concesión.

Al respecto, Danos (2015: 562-563) señala:

La presencia del organismo regulador se debe a la recomposición de las relaciones entre el Estado y la sociedad, producto de los procesos de liberalización de sus economías que experimentaron buena parte de los países Iberoamericanos, en las dos últimas décadas del siglo XX, cambiaron el paradigma del rol del Estado de la economía, que ha pasado más bien a cumplir un nuevo papel de carácter esencialmente «regulador» de la actividad de los agentes económicos en tutela de los intereses públicos, vigilante de que los operadores en el mercado respeten la competencia, sin menoscabo de los principios fundamentales de libertad de empresa, libre competencia, legalidad y de proporcionalidad y razonabilidad de las medidas que se adopten.

Debe indicarse que los organismos reguladores surgen en el derecho continental cuando el Estado deja de gestionar directamente la mayoría de los servicios públicos, limitándose a ser un garante de aquellos, imponiendo reglas de funcionamiento y supervisión de la prestación de los mencionados servicios.

Atendiendo a ello, coincido con Danos (2015: 568) cuando afirma:

[...] el objetivo de la creación de dichas autoridades o agencias es asegurar un ejercicio técnico y especializado de las potestades de regulación económica. Se postula la necesidad de asignarles independencia funcional con las siguientes finalidades: i) «despolitizar» la actividad de los reguladores para evitar que los poderes políticos sacrifiquen la sostenibilidad económica de los operadores y de las correspondientes prestaciones en aras de metas políticas de corto plazo de carácter partidista, como ha sucedido con excesiva frecuencia durante las etapas en que los Estados han tenido el monopolio de la gestión y prestación, y ii) para evitar que los operadores privados ejerzan influencia o «capturen» al regulador para orientarlo en su propio beneficio, en perjuicio de los usuarios y de la sociedad en general.

Por otro lado, hay razones que se suelen dar para encomendar a los organismos reguladores la intervención en los mercados. Son las siguientes (Virgala, 2012: 67):

- **Los fallos del mercado:** Se encuentran relacionados con la estructura de los mercados, la existencia de información imperfecta y las externalidades.
- **La especialización técnica:** Se pretende que los miembros de estos organismos sean expertos en el sector que puedan analizar con precisión las necesidades y problemas en ámbitos complejos. Si bien este argumento puede ser válido en el plano teórico, no necesariamente coincide con la realidad, pues estos organismos suelen estar influenciados por determinadas posiciones ideológicas.
- **La eficacia de su actuación:** Los organismos reguladores cuentan con una amplia variedad de potestades a su disposición y con procedimientos ágiles que los convierten en órganos de resolución de conflictos más adecuados que la administración ordinaria o los tribunales judiciales.
- **La protección de los intereses comunitarios:** Los organismos reguladores protegen los intereses difusos de toda la colectividad, frente a los prestadores de los servicios públicos.
- **La seguridad de su actuación:** Los organismos reguladores garantizan la existencia de una regulación estable y continua, en mayor medida que el gobierno de turno.
- **El alejamiento de la influencia gubernamental:** La finalidad última es alejar al gobierno para que este no altere las reglas del mercado en perjuicio de los usuarios.

Ahora bien, estos organismos ejercen funciones en virtud de las cuales intervienen en la actividad económica de los administrados y no se limitan a la regulación económica, sino que abarcan la normativa de supervisión, sanción, reglamentación y solución de controversias y reclamo de usuarios.

Una función importante es la supervisión del adecuado funcionamiento de un sector de la economía, por lo que, siguiendo a Salvador (2002: 355), puede afirmarse:

[...] tanto en los Estados Unidos como en Europa, pero sobre todo en Europa, una de las principales actividades que desarrollan las «autoridades reguladoras» es la de supervisión del funcionamiento de un sector, y gran parte de las competencias que se atribuyen a estas «autoridades» van dirigidas al cumplimiento de dicha tarea. Se trata de competencias similares en todos los países. Las «autoridades reguladoras» pueden solicitar a los sujetos que actúan en el sector toda la información que necesiten — documentos, informes periódicos, testimonios personales, etcétera—, y pueden iniciar las investigaciones que les parezcan pertinentes en orden a comprobar el cumplimiento de las normas.

En virtud de esta función, el organismo regulador vigila el correcto funcionamiento del sector que tiene a su cargo, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones tanto legales como contractuales de los prestadores de los servicios públicos. Esta función se encuentra complementada con la potestad sancionadora que aquellos ostentan, en virtud de la cual se imponen sanciones previo desarrollo del procedimiento administrativo correspondiente.

En cuanto a la función normativa o reglamentaria de los organismos reguladores, coincido con Montero cuando afirma que los actos normativos de aquellos se enmarcan en el ámbito

del nuevo régimen de intervención pública en la economía, caracterizada por la adaptación de las obligaciones definidas de modo abstracto por el legislador a la específica situación en el mercado (Montero, 2013: 191-192).

La necesidad de garantizar la correcta prestación de los servicios públicos, en salvaguarda de la satisfacción del interés general, ha hecho necesario que los organismos reguladores actúen en la solución de controversias, lo que ha sido calificado por la doctrina como una potestad cuasi jurisdiccional.

En concordancia con lo señalado por la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el Decreto Legislativo 1362 señala que el rol del organismo regulador, en la ejecución de los contratos de APP, desarrolla actuaciones que a continuación se exponen:

- Según el artículo 57.1 del Decreto Legislativo 1362, los organismos reguladores supervisan los proyectos que se ejecutan en concesión para salvaguardar el cumplimiento de los niveles de servicio. Esta tarea se efectúa según lo dispuesto en la Ley 27332.
- El literal 2) del artículo 41.1 del referido decreto legislativo precisa que el organismo regulador correspondiente emite opinión previa no vinculante a la versión final del contrato en las fases de estructuración y transacción, sobre los temas materia de sus competencias legales.
- Las entidades públicas, como un organismo regulador, que deben emitir opiniones e informes, deben realizar una revisión integral de las respectivas versiones de contratos en relación con las materias de sus competencias. Asimismo, deben formular,

en una sola oportunidad, todas las observaciones que correspondan (artículo 41.6 del Decreto Legislativo 1362).

- Según el artículo 28, el organismo regulador, con el concedente, velan por el cumplimiento de los términos y condiciones propuestos en la oferta del adjudicatario del proceso de promoción, los cuales son incorporados en el contrato de APP.
- El artículo 55.4 establece que el organismo regulador emite opinión no vinculante respecto de las modificaciones a los contratos que se encuentren bajo su competencia.

En relación con la intervención de los organismos reguladores en los procesos arbitrales que se suscitan entre las partes suscriptoras de los contratos de concesión, merece algunas precisiones con respecto a los alcances del artículo 56.3 del Decreto Legislativo 1362, pues, a mi juicio, se derivan dos efectos de esta disposición legal:

- La obligación de la entidad pública titular del proyecto de garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos para coadyuvar al debido patrocinio del Estado.
- La obligación de los tribunales arbitrales de permitir la participación de los organismos reguladores en los procesos arbitrales, en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a su competencia, según la normativa vigente.

Esta disposición debe ser concordada con lo señalado en el artículo 133 del Decreto Supremo 240-2018-EF, el cual se encuentra previsto para ser aplicado en controversias arbitrales y que no deja de ser cuestionable.

En efecto, en el artículo 133.1 del referido decreto supremo se establece que no pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias (amigable componedor, junta de resolución de disputas y arbitrajes) aquellas decisiones de los organismos reguladores u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas, atribuidas por norma expresa cuya vía de reclamo es la vía administrativa.

Esta restricción de una lectura literal nos parece atendible. Sin embargo, existen supuestos en los cuales no es del todo claro delimitar los casos en los que nos encontramos con materias estrictamente administrativas y que resultan de plena y exclusiva competencia, por ejemplo, de los organismos reguladores o de otras entidades.

En este último caso, se advierte que determinadas decisiones regulatorias inciden en forma directa en la ejecución de los contratos de concesión y, según ello, se terminan activando controversias por su contenido patrimonial.

Debe quedar claro que el rol de los organismos reguladores debe estar absolutamente precisado. En rigor, estos no son parte de la relación contractual, pero inciden con sus decisiones en su ejecución. Ello debe motivar a que adopten una posición neutral o de «garantes» de la ejecución contractual. Se trata, formalmente, de una entidad distinta al concedente.

En el ejercicio de sus funciones, el organismo regulador puede coincidir o no con el concedente, pero nada lo obliga a que adopte una postura de defensa de sus intereses, como lo exige en forma errónea el artículo 56.3 del Decreto Legislativo 1362. Por ello, estimamos que constituye un grave error conceptual considerar que la tarea del organismo regulador sea la defensa en calidad de coadyuvante de los intereses del concedente, solo por formar parte del Estado.

La supuesta defensa de los intereses del Estado es un argumento falaz y esconde un sesgo intervencionista, pues parte de una premisa equivocada. Es decir, considerar que el Estado actúa en forma unitaria a nivel de nuestro derecho interno en los procesos arbitrales. La realidad nos demuestra que existe una actuación individualizada de las entidades públicas en la defensa de sus intereses en los procesos arbitrales y que no puede aludirse a la noción abstracta y genérica de Estado, para justificar la intervención de los organismos reguladores en los dos supuestos señalados en el artículo 56.3 del referido decreto legislativo.

Se llega al extremo de desarrollarse en la práctica procesos arbitrales en los que las partes de los mismos son entidades públicas. Surge entonces una pregunta clave y que no se resuelve en el marco del Decreto Legislativo 1362 y que se plantea en los siguientes términos: ¿Por qué debe admitirse la intervención de una entidad que forma parte de la estructura del Estado, pero que, según ley, tiene una función que por mandato legal debe ser ejercida en términos de independencia, imparcialidad y neutralidad con respecto de las partes contratantes?

Debe tenerse en cuenta que, si bien el organismo regulador forma parte de la estructura del Estado, ello no lo hace parte del contrato y no obliga en automático a que asuma los intereses de una de las partes de la relación contractual. Su rol es distinto.

Finalmente, el rol y competencia de los organismos reguladores debe desarrollarse en una relación equitativa y proporcionada entre: 1) los consumidores: adecuada supervisión del contrato para garantizar servicios de calidad y seguridad a tarifas eficientes; 2) los inversionistas: adecuada asignación de riesgos para garantizar el retorno de las inversiones; y 3) el Estado: para

observar que se cumpla con garantizar la provisión de la infraestructura (Vélez, 2012: 224).

## VII. EL USUARIO EN LA CONCESIÓN

El usuario es el particular que utiliza un servicio público o infraestructura pública. Es decir, es el sujeto que se beneficia con la prestación del referido servicio, por lo que este posee un derecho subjetivo de utilizarlo en los límites establecidos en el ordenamiento jurídico (Dromi, 2009: 812).

Según ello, autores como Escribano (1977: 116) han señalado:

[...]junto a una noción de principio de servicio público es preciso referirse a la figura del usuario, cuya situación jurídica se examina. En principio, el administrado puede encontrarse en relación con los servicios públicos en una doble situación, como es sabido. En primer lugar, en una situación de hecho, general y abstracta, en la que dada su generalidad los particulares obtienen las ventajas del servicio de manera anónima y no individualizada. Son los servicios constituidos *uti universi*, en los que no son intereses individuales los que se han tenido en cuenta en su constitución, sino el interés general de la colectividad, y en los que, por tanto, el particular aprovecha indirectamente los beneficios del mismo. En segundo lugar, el administrado puede encontrarse en una situación individualizada en relación con el servicio, en cuanto este ha sido creado en base a la satisfacción de determinadas necesidades individuales colectivamente sentidas, dando lugar por ello a relaciones jurídicas de prestación entre la Administración, titular del servicio, y el particular, portador de la necesidad. Son los servicios *uti singuli*.

En este sentido, y tal como lo precisa Barrio (2003: 130):

El usuario es la razón de ser del servicio público. La existencia de necesidades públicas y de su

cobertura está en la base de la categoría del servicio público, como se manifiesta en los grandes principios o leyes que lo rigen. Estas necesidades sociales y su atención son las que han justificado la universalidad, igualdad, continuidad, mutabilidad o adaptación de cada servicio en concreto, sin que, por otra parte, pueda considerarse que el interés general se identifica absolutamente o satisface exclusivamente mediante el servicio público.

No cabe duda que el usuario tiene derechos derivados de la noción de servicio público, los que pueden resumirse en los siguientes términos (Dromi, 2009: 812):

- Derecho al uso del servicio: lo que determina la necesaria obligación de los prestadores de contar con los medios adecuados para asegurar la eficacia del servicio que gestionan.
- Derecho a la medición de uso: pues tienen derecho a una completa información y adecuado control respecto de la facturación.
- Derecho a la reparación por interrupción del servicio: por daños físicos y por errores de facturación.
- Derecho a la información: en la medida que en los casos que el Estado da en concesión un servicio, la transparencia es de máxima importancia.
- Derecho a la participación en audiencias públicas, entre otros.

Como se advierte, la relación concesionario-usuario es una de derecho privado, a diferencia de la relación concedente-concesionario, en la que existe el predominio del derecho público. Se trata de relaciones jurídicas distintas, en la que la relación concesionario-usuario se deriva del contrato principal. Es decir, la concesión administrativa.

La Constitución de 1993, en su artículo 65, establece un régimen de tutela de los consumidores y de los usuarios:

Artículo 65.- Protección al consumidor

«El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población».

Los usuarios deben ser protegidos para acceder a servicios públicos en condiciones de calidad. Sobre este aspecto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC:

«De acuerdo con lo establecido por el artículo 65 de la Constitución, el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos obligaciones genéricas; a saber:

a) Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.

Vela por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidoras o usuarias.

b) [...] Ahora bien, pese a que existe un reconocimiento expreso del derecho a la información y a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución. Es de verse que en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un *numerus apertus* a otras expresiones sucedáneas. Así, el artículo 3 de la Constitución prevé la individualización de ‘nuevos’ derechos, en función de la aplicación de la teoría de los ‘derechos innominados’, allí expuesta y sustentada. Bajo tal premisa, [...] los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la

reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, se erigen también en derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios».

## VIII. ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

El arbitraje como mecanismo de solución de controversias se encuentra regulado en los artículos 63 y 139 de la Constitución de 1993. En el artículo 63 de la Constitución de 1993 se establece:

Artículo 63.-

[...]

«El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley».

Por otra parte, en el artículo 139.1 del Texto Constitucional se precisa:

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

«La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral.

[...]».

Según lo previsto en el artículo 56 del Decreto Legislativo 1362, los conflictos que se susciten en el marco de la ejecución del contrato de concesión pueden solucionarse por trato directo, por arbitraje o por intermedio de una junta de resolución de disputas. Ello se expresa en los siguientes términos:

Artículo 56.- Solución de controversias

«56.1 Los contratos de Asociación Público Privada incluyen una cláusula referida a la vía ar-

bitral como mecanismo de solución de controversias. Los laudos arbitrales se publican en el portal institucional de la entidad pública titular del proyecto.

56.3 La entidad pública titular del proyecto garantiza la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales, para coadyuvar al debido patrocinio del Estado. El árbitro o Tribunal Arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores en los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a su competencia, conforme a la normativa vigente.

[...]».

En la etapa de trato directo prevista en el numeral 56.2 del Decreto Legislativo 1362, se puede acordar la participación de un «amigable componedor», quien propone una fórmula de solución de controversias a las partes, la que, de ser aceptada total o parcialmente, tiene efectos de una transacción.

En cuanto al procedimiento aplicable para la intervención del amigable componedor, el artículo 120 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362 precisa:

Artículo 120. Procedimiento aplicable en caso de Amigable Componedor

«120.1. Cuando el Trato Directo se hubiera iniciado respecto de varias controversias, el Amigable Componedor se pronuncia respecto de cada una de ellas, salvo pacto expreso distinto de las partes.

120.2. Si el Trato Directo se hubiera iniciado respecto de controversias de naturaleza técnica y no técnica, de considerarlo necesario, las partes pueden acumular aquellas de naturaleza técnica y someterlas a un Amigable Componedor y, asimismo, acumular aquellas de naturaleza no técnica y someterlas a un Amigable Componedor distinto.

120.3. Solo pueden someterse al procedimiento de Amigable Componedor aquellas controversias que pueden someterse a arbitraje, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2 del De-

creto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, o norma que lo sustituya».

El amigable componedor se puede definir como una forma alternativa de solución de conflictos que se distingue por su sencillez, celeridad y eficacia. Estas tres virtudes básicas que hacen rápida e, incluso, amable la tarea de dispensar justicia, y que contrastan con el pesado andamiaje de otros sistemas, se podrían explicar imaginando dos personas separadas por algunas diferencias, las que, en lugar de optar por la justicia ordinaria o la arbitral, encargan a dos o tres amigos la tarea de solucionar el conflicto, tarea que cumplen conversando con las partes y sus conocidos, solicitando la opinión de expertos, meditando, negociando y haciendo concesiones recíprocas, hasta llegar a la solución final.

Traslademos el concepto señalado al campo de las controversias entre privados y las entidades públicas. Así, al ser un método de solución de controversias más rápido, menos conflictivo entre las partes, depende también mucho de la capacidad del procurador público, quien debe resolver las disputas de forma amigable antes de derivarlas a un proceso arbitral.

El mecanismo del amigable componedor se encuentra regulado del artículo 119 al 129 del Decreto Supremo 240-2018-EF. En este sentido, se establecen los siguientes puntos:

- El método de solución de controversias debe encontrarse en la etapa de trato directo.
- Las controversias que se podrán someter al procedimiento de amigable componedor son aquellas que pueden someterse a arbitraje.
- La designación del amigable componedor depende de las partes del procedimiento, quienes, a su vez, asumirán por igual el pago del honorario del amigable componedor.

Sobre el acuerdo que emita el amigable componedor, ambas partes deben aceptar la solución, para que sea obligatoria y esta tendrá efectos legales de una transacción. Es decir, tendrá valor de cosa juzgada.

También existe un modelo de cláusula sobre el amigable componedor, la que se ubica en el portal web institucional de ProInversión en el Primer Modelo de Contrato Estándar de Asociación Público Privada de 2019, el que señala:

[En caso se incluya Amigable Componedor]

En dicha solicitud, la parte que inicia el Trato Directo deberá indicar si está de acuerdo en que intervenga un Tercero neutral que actúe como amigable componedor (el «Amigable Componedor»), conforme a lo dispuesto por el artículo 56 de la LAPP y las disposiciones respectivas del Reglamento de la LAPP, o normas modificatorias (las «Normas de Solución de Controversias»), de corresponder.

La otra Parte deberá responder la solicitud de Trato Directo por escrito, en un plazo de [diez (10)] Días Hábiles, contados a partir del Día Hábil siguiente a la recepción de la referida solicitud, manifestando si está de acuerdo sobre la intervención de un Amigable Componedor. La falta de pronunciamiento dentro del plazo correspondiente se entenderá como una negativa a la propuesta de intervención del Amigable Componedor.

En el caso que las partes lleguen a un acuerdo que permita la intervención de un amigable componedor, se someten al procedimiento, plazos y requisitos para su designación, establecidos en las normas de solución de controversias. En este supuesto, las partes podrán acordar una ampliación del plazo de trato directo a efectos de cumplir con los plazos previstos para el procedimiento de amigable componedor (ProInversión, 2019: 236).

Según el numeral 120.3 del Decreto Supremo 240-2018-EF, Reglamento del Decreto Legis-

lativo 1362, solo podrán someterse al procedimiento de amigable componedor aquellas controversias que pueden someterse a arbitraje, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje.

No es posible someter al procedimiento de amigable componedor las decisiones del organismo regulador (emitidas en el marco de sus funciones normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora, sancionadora y de solución de controversias) u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya ruta de reclamo es la vía administrativa. Tampoco podrán someterse al procedimiento del amigable componedor las controversias sujetas a la Ley 28933, Ley que Establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión.

El amigable componedor propondrá una fórmula de solución de controversias, que, de ser aceptada de manera parcial o total por las partes, producirá los efectos legales de una transacción.

En conclusión, el mecanismo del amigable componedor como método de solución de controversias tiene sus ventajas en cuanto a su rapidez, bajos costos y un carácter no tan conflictivo. De no llegar a un acuerdo, las partes podrían acudir a otros mecanismos de solución de controversia, como la vía arbitral.

Además, se puede recurrir a una junta de resolución de disputas, según el artículo 130 del mencionado reglamento:

Artículo 130.- Junta de Resolución de Disputas  
«130.1. En los Contratos de APP con un CTI mayor a ochenta mil (80.000) UIT puede establecerse que las controversias sean sometidas a una Junta de Resolución de Disputas.

130.2. En la etapa de Trato Directo, a solicitud de cualquiera de las partes, pueden someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas, que emite una decisión de carácter vinculante y ejecutable, sin perjuicio de la facultad de recurrir al arbitraje, salvo pacto distinto entre las partes. En caso se recurra al arbitraje, la decisión adoptada es considerada como un antecedente en la vía arbitral.

130.3. Este procedimiento no es de aplicación cuando se trate de controversias a las que sean aplicables los mecanismos y procedimientos de solución de controversias a que se refieren la Ley 28933, Ley que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, o aquellos previstos en los tratados internacionales que obligan al Estado peruano.

130.4. Conforme lo establezca el Contrato, la Junta de Resolución de Disputas puede constituirse desde el inicio de la Ejecución Contractual, con el fin de desarrollar adicionalmente funciones de absolución de consultas y emisión de recomendaciones respecto a temas y/o cuestiones solicitadas por las partes del Contrato».

En cuanto al arbitraje, el artículo 132 del Decreto Supremo 240-2018-EF establece:

Artículo 132. Cláusulas arbitrales

«132.1. Las cláusulas arbitrales a ser incluidas en los Contratos de APP se rigen por las siguientes disposiciones:

1. Puede someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo señalado en el artículo 2 del Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

2. Deben contemplar el arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

3. En caso se distinga entre controversias de naturaleza técnica y no técnica, las primeras son sometidas a arbitraje de conciencia y las segundas a arbitraje de derecho, pudiendo estas últimas ser sometidas a arbitraje de conciencia cuando ello resulte conveniente.

132.2. Las entidades, para efectos de conformar el Tribunal Arbitral para las controversias de los

Contratos de APP, eligen preferentemente a profesionales con experiencia mínima de cinco (05) años en la materia controvertida o a abogados con el mismo tiempo de experiencia en materia de regulación o concesiones, según la naturaleza de la controversia.

132.3. De acuerdo al artículo 56 de la Ley, las disposiciones sobre el Amigable Componedor, la Junta de Resolución de Disputas, Arbitraje y sus procedimientos, instituciones elegibles, plazos y condiciones que sean establecidos en el presente Reglamento, no son de aplicación cuando se trate de controversias internacionales de inversión conforme a la Ley 28933, Ley que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión.

132.4. Conforme con lo establecido en el párrafo 56.1 del artículo 56 de la Ley, los laudos arbitrales son publicados en el portal institucional de la entidad pública titular del proyecto, dentro de los quince (15) días hábiles de recibida la notificación correspondiente, sin perjuicio de las acciones legales que las partes puedan adoptar conforme con la normativa vigente».

La intervención de los organismos reguladores en los procesos arbitrales es un tema regresivo en nuestra legislación sobre APP. El numeral 21.1 del Decreto Legislativo 1224, la anterior norma de APP, señalaba que las entidades públicas debían garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales, para coadyuvar con el debido patrocinio del Estado. Esta regla era también de cumplimiento obligatorio para el árbitro o el Tribunal Arbitral, en el sentido de que solo se debía aplicar en el caso de los procesos arbitrales que versaban sobre una materia vinculada a la competencia del organismo regulador respectivo.

En forma equivocada y reiterada, el artículo 56.3 del Decreto Legislativo 1362 repite el error. No compartimos sobre este tema el criterio señalado por algunos autores como Maraví (2012: 117), en el sentido de permitir la intervención de los organismos reguladores en los procesos arbitrales.

El argumento que se esgrime para fundamentar esta postura permisiva en palabras de algunos autores es el siguiente:

Si estamos en el marco de una controversia que proviene de un Contrato de Concesión u otra modalidad de Asociación Público Privada, respecto de un acto del Organismo Regulador que no está excluido del arbitraje y sería susceptible de ser modificado o revocado en él, estimamos conveniente que se le incorpore en el proceso conjuntamente con el organismo del sector público que forma parte de la APP, en representación del Estado, por dos razones: i) El Contrato de Concesión lo celebra el Estado Peruano; solo está representado por alguna entidad específica para cada proyecto; y ii) El Regulador suele participar activamente en la ejecución del contrato (Maraví, 2012: 117).

En mi opinión ambos argumentos son cuestionables por las siguientes razones:

- No es del todo cierto que a nivel del derecho interno nos encontremos con arbitrajes en los que actúe o participe el Estado peruano en forma unitaria. En realidad, nos encontramos con procesos a cargo de entidades que forman parte del Estado, y que al litigar no actúan en relación con un solo interés o en forma unitaria. Como se mencionó, en forma contradictoria, nos encontramos con procesos arbitrales en los cuales participan en forma indistinta como partes litigantes entidades públicas. Si fuera cierto que el interés del Estado en los procesos arbitrales fuera uno solo, no existirían este tipo de controversias. Este es un tema que tarde o temprano deberá formar parte de la agenda de la Procuraduría General del Estado, para evitar controversias entre diversas entidades públicas.
- Nadie niega que por mandato legal exista un rol que debe cumplir el organismo

regulador, pero eso no significa que deba intervenir en los procesos arbitrales que, por definición, es un asunto que compete a las partes del contrato de concesión y, finalmente, a las partes que han decidido por acuerdo de voluntades someter sus controversias *ex ante* a la vía del arbitraje.

- Es importante advertir que toda decisión arbitral es susceptible de ser revisada, pero el tema en discusión es si la vía arbitral resulta o no idónea para este tipo de revisión. Según el artículo 63 de la Constitución de 1993 y el artículo 2 de la Ley General de Arbitraje, sí es factible someter a la vía arbitral aquellas materias que sean de libre disposición o aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen y sobre los cuales el Estado puede contratar. No se discute en este tema las materias de carácter indisponibles sobre las cuales existe una competencia irrestricta de parte de los organismos reguladores y en los que, ciertamente, no cabe someter una discrepancia a la vía del arbitraje.
- Las decisiones que eventualmente emita un tribunal arbitral recaerán sobre aspectos patrimoniales o respecto de materias de libre disposición (arbitrabilidad objetiva) y que afectan la ejecución del contrato de concesión. En consecuencia, coincidimos con aquellos autores en el sentido de que ninguna de las dos partes del contrato de concesión puede disponer de las funciones y de los actos que emiten los organismos reguladores.

En buena cuenta, de lo que se trata es de delimitar aquellos aspectos o materias que resultan indisponibles para las partes y, a partir de ello, admitir que los tribunales arbitrales resultan competentes para resolver

las controversias que se susciten con respecto a la ejecución del contrato.

- Uno de los temas más controvertidos es la arbitrabilidad de las decisiones emitidas por los organismos reguladores con respecto a la aplicación de penalidades contractuales y en las que, ciertamente, se cuestiona la competencia de parte de los tribunales arbitrales para emitir un pronunciamiento sobre estos temas. Compartimos el criterio de algunos autores (Maraví, 2012: 113), en el sentido de que en este caso no existe el ejercicio de una función administrativa al tratarse de decisiones emitidas en el marco de los derechos y obligaciones contractuales.

No se advierte en este caso el ejercicio de potestades administrativas por parte del organismo regulador, sino la aplicación de reglas establecidas en el propio contrato. El organismo regulador termina actuando en función de una habilitación establecida por el contrato y no por el ejercicio de una prerrogativa pública.

## CONCLUSIONES

1. En los contratos de APP se busca promover la participación de los inversionistas para crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública y/o proveer servicios públicos. En este sentido, con la colaboración público-privada, se busca incorporar experiencia, conocimientos, tecnología, entre otros aspectos, que generen un mejor servicio a los usuarios.
2. El Decreto Legislativo 1362 establece un régimen de atipicidad contractual para las APP. Este modelo establece un tipo genérico de contrato en el que incorporará el principio de adecuada distribución de riesgos, sin que ello signifique desnaturalizar el contrato

adoptado por las partes ni menos aún limitar lo expresamente pactado entre ellas.

3. En términos históricos, la promoción de la inversión privada en nuestro país ha consolidado a la concesión administrativa como la modalidad contractual más utilizada, a pesar de que su naturaleza jurídica no es ni unívoca ni pacífica.
4. La «concesión administrativa» se constituye como el mecanismo en virtud del cual el Estado se ha vinculado con el sector privado, para efectuar la gestión indirecta de un servicio público o expandir la infraestructura que permita proveer tales servicios, siendo este tipo contractual el más utilizado para implementar una APP en nuestro país.
5. La concesión es un procedimiento especial, un acto administrativo y un contrato administrativo, en la que se establece una relación patrimonial entre un particular o varios, y la administración pública, en el ejercicio de una función administrativa, y cuyo fin es satisfacer un interés general, y que se encuentra sujeto a un régimen exorbitante del derecho público.
6. Las partes signatarias del contrato de concesión son el concedente y el concesionario. La primera es la entidad que suscribe el contrato y que es parte del gobierno nacional, regional o local, mientras que el concesionario es el particular, a quien se le otorga el derecho de desarrollar y/o gestionar determinado servicio o infraestructura pública.
7. Si bien los organismos reguladores no son parte de la relación generada en virtud del contrato de concesión, su actuación incide de manera intensa durante la ejecución de aquel, pues se les ha atribuido funciones para garantizar las condiciones de servicio más idóneas.
8. El usuario es el particular que utiliza un servicio o infraestructura pública y, por tanto, se beneficia de aquel o aquella. Por eso, no solo se le reconoce una serie de derechos, sino que, además, gozan de protección constitucional.
9. A nivel del derecho interno, no existe en el país una actuación unitaria en materia de arbitrajes por parte del Estado. Lo que existe es una actuación atomizada de entidades que participan en los procesos arbitrales con sus propios intereses. Ello se refleja en la existencia de controversias entre entidades públicas, sin mayor coherencia en su actuación. En realidad, recién se puede aludir a la existencia del Estado como sujeto parte en los casos sometidos a la vía del arbitraje internacional, en la que, al amparo de las reglas de la Convención de Viena sobre Tratados Internacionales, se adoptan reglas para comprender a la noción unitaria del Estado, al margen de sus subdivisiones o formas de organización interna.
10. El artículo 14 de la Ley 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 del mismo en atención a su comportamiento. Según ello, los organismos reguladores no son parte del contrato de concesión, pues no suscriben el mismo ni tampoco constituyen partes no signatarias del convenio arbitral, pues su rol e intereses en el contra-

to son distintos a los aplicables a las partes contratantes. Asimismo, ambos supuestos son diferentes a la figura de la intervención de terceros en el arbitraje.

11. No es posible admitir que, por extensión de una cláusula arbitral, se permita —sustituyendo a la voluntad de las partes contratantes—, la intervención del organismo regulador en los procesos arbitrales y muchos menos, se permita la incorporación de terceros al arbitraje en materia de contratos de concesión.
12. La intervención de terceros, como los organismos reguladores en los procesos arbitrales que se generan en la ejecución de los contratos de concesión, es incompatible con el arbitraje previsto para este tipo de casos. En este sentido, los terceros ajenos a las partes dependen de la voluntad de estas para adquirir el derecho a intervenir o incorporarse al proceso arbitral. Mientras esto no ocurra, su intervención en las controversias arbitrales es irregular.
13. La intervención de terceros en los procesos arbitrales que se derivan de los contratos de concesión es ajena a la vía del arbitraje. Por definición, solo obliga a las partes que han celebrado la cláusula arbitral. De acuerdo a ello, los derechos y obligaciones establecidos en el marco del contrato celebrado entre las partes son exigibles a los sujetos que lo suscribieron. Solo por excepción se aplica los alcances de los artículos 13 y 14 de la Ley de Arbitraje, supuesto de dudosa aplicación para los arbitrajes en materia de promoción de la inversión privada en los cuales está plenamente delimitada la condición de las partes contractuales y del organismo regulador. Así, los tribunales arbitrales no pueden extender su competencia

a la habilitación de terceros en el proceso, como los organismos reguladores.

14. La fórmula establecida en el artículo 56.3 del Decreto Legislativo 1362, mediante la que se establece que la entidad pública titular del proyecto debe garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales, para coadyuvar al debido patrocinio del Estado, es absolutamente irregular y afecta el propio rol neutral que están llamados a cumplir estas entidades. Por definición, la participación de un organismo regulador en esta condición de coadyuvante significa que estaría asumiendo la defensa de los intereses en el proceso de una parte de las partes. Es decir, el concedente, pese a que su rol es de equilibrio en la relación contractual establecida al amparo de lo señalado en la Ley 27332.
15. A diferencia de lo que ocurre con cualquier otro sujeto ajeno al proceso arbitral, los organismos reguladores se encuentran obligados a garantizar el adecuado cumplimiento del contrato de concesión. Por ello, su función no es defender los intereses de una de las partes del contrato, sino la estabilidad del propio contrato de concesión. En consecuencia, debe quedar claramente establecido que, a pesar de lo señalado en el artículo 56.3 del Decreto Legislativo 1362, no existe sustento para que los organismos reguladores pretendan intervenir en las controversias arbitrales como parte contractual, porque, en principio, no han celebrado el respectivo contrato de concesión. Tampoco pueden pretender que se les califique como parte signataria del convenio arbitral, pues no le resultan de aplicación los alcances del artículo 14 de la Ley de Arbitraje. Finalmente, tampoco pueden ser incorporados

como terceros al proceso, pues su rol se haya delimitado por la Ley 27332.

16. No resulta ilegal que se puedan revisar en la vía arbitral aquellas decisiones emitidas por los organismos reguladores que hayan sido adoptadas en mérito de decisiones contractuales, como las penalidades, porque estas son la consecuencia del cumplimiento o no, de obligaciones contractuales y no el fruto del ejercicio de potestades administrativas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO, G. (2004). *Principios de derecho público económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BARRIO, G. (2003). «Servicios públicos y ciudadanos: el usuario ante un nuevo servicio público». *Anuario da Faculta de Dereito da Universida de da Coruña*, número 7.
- CASSAGNE, E. (2013). «El régimen de participación público privada en Argentina». En *Anuario Iberoamericano de Regulación: hacia una regulación inteligente*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CASSAGNE, J. C. (2020). *Derecho administrativo y derecho público general. Estudios y semblanzas*. Buenos Aires: Euros Editores.
- CUBERO JOSÉ, I. (2011). «Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades». Madrid: *Revista de Administración Pública*, número 184.
- DANOS, J. (2015). «La regulación económica». En: J. Rodríguez-Arana Muñoz y L. Rodríguez Rodríguez (directores). *Curso de derecho administrativo iberoamericano*. Granada: Instituto Nacional de Administración Pública.
- DROMI, R. (2009). *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Hispana Libros.
- ESCRIBANO, P. (1997). «El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica». Madrid: *Revista de Administración Pública*, número 82.
- ESTACHE, A. Y DE RUS, G. (2003). «Regulación de servicios e infraestructuras de transporte: conceptos básicos». En: A. Estache y G. de Rus (editores), *Privatización y regulación de infraestructuras de transporte. Una guía para reguladores*, Banco Mundial, Alfaomega.
- GUASCH, J. (2005). *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien*. Barcelona: Antoni Bosch.
- GUTIÉRREZ W. (2005). «Iniciativa privada y economía social de mercado. En: W. Gutiérrez (director), *Constitución Política comentada*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- HUAPAYA, R. (2015). «Diez tesis sobre las asociaciones público-privadas (APP) en nuestro régimen legal». Lima: *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*, número 13.
- KRESALJA, B. (1999). «El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos». Lima: *Themis, Revista de Derecho*, número 39.
- MARTIN, R. (2016). «El control jurisdiccional de la actuación de los organismos reguladores: balance crítico de la experiencia peruana». Lima, *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*, número 16.
- MATILLA, A. (2015). Concesión administrativa. En: J. Rodríguez-Arana Muñoz y L. Rodríguez Rodríguez (directores), *Curso de derecho administrativo iberoamericano*. Granada: Instituto Nacional de Administración Pública.
- MARAVÍ, M (2012). *Aspectos teóricos y prácticos de las asociaciones público privadas en el Perú*. Lima: Ecb Ediciones.
- MONTERO, J. (2013). *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: entre la actividad administrativa de regulación y el derecho de la competencia*. Tirant lo Blanch.
- MORÓN, J. Y AGUILERA, Z. (2019). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- ProInversión (2019a). «Primera versión del Contrato Estándar de Asociación Público Privada». Lima.
- (2019b). *Guía metodológica de asociaciones público privadas*. Lima: Ministerio de Economía y Finanzas.
- (2020). «Asociaciones público privadas». Cuaderno de Trabajo. Lima: Primera Edición.

- QUIÑONES, M. Y ALIAGA, J. (2019). «La renegociación de contratos de concesión en el Perú. Aproximación teórica y empírica a sus causas y consecuencias». Lima: revista *Lus et Veritas*, número 58.
- RONCEROS, M. (2014). «Concesiones cofinanciadas y APPS». Lima: revista *Themis*, número 52.
- SALVADOR MARTÍNEZ, M. (2002). *Autoridades independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Madrid: Ariel Editores.
- TASSANO, H. (2016). «Competencia y regulación». Lima: revista *Derecho*, número 76. Fondo Editorial PUCP.
- TÁVARA, J. (2017). *Las asociaciones público privadas en el contexto actual. Las alianzas público privadas (APP) en el Perú: beneficios y riesgos*. Lima: PUCP.
- TRIVEÑO, F. (2014). *La Nueva Ley de Asociaciones Público Privadas. Tematizada y sistematizada*. Ciudad de México: Porrúa.
- VÉLEZ, R. (2012). «Las decisiones administrativas y la opinión de Ositran, según la ley y los contratos de concesión». *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*, número 12, tomo I, Lima.
- VIRGALA, E. (2012). «Los organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la ley de economía sostenible». Madrid: *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 94.

# EL DEBIDO PROCESO EN SEDE ADMINISTRATIVA: GARANTÍA AL CIUDADANO DE UNA ADMINISTRACIÓN EFICIENTE E IMPARCIAL

Mildred Valdivia Acuña<sup>1</sup>

## RESUMEN

El presente artículo se centra en el debido proceso y en la importancia que tiene en la protección de los derechos fundamentales. El debido proceso tiene su origen en el *due process of law* anglosajón, compuesto por el debido proceso adjetivo y el debido proceso sustantivo. Tal es así que, en América Latina, el debido proceso adjetivo alude al cumplimiento de ciertas formalidades de trámite y procedimiento que deben observarse para la emisión de una sentencia, mientras que el debido proceso sustantivo garantiza que las sentencias sean razonables.

Hoy el debido proceso se caracteriza no solo por ser una exigencia y garantía a nivel de derecho interno que exige razonabilidad, suficiencia y congruencia, sino también que, como tal, ha sido reconocido por la doctrina internacional como un derecho humano. Esta conclusión deviene de la lectura e interpretación del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que lo define como una suerte de derecho complejo, que implica el desarrollo de diversas concretizaciones del mismo. Es decir, el ejercicio de un vasto conjunto de derechos diferentes identificándolo como sustento de la puesta en práctica de otros. Sin perjuicio de ello, y para comprender con detalle esta afirmación, debemos desmembrar su conceptualización.

Sin embargo, dada la importancia de su aplicación, se ha establecido que el debido proceso es un principio-derecho que necesariamente debe ser aplicado en sede jurisdiccional. No obstante, la jurisprudencia y la doctrina tanto nacional como internacional reconocen que este principio-derecho debe ser también observado en la tramitación de los procedimientos administrativos, para

---

<sup>1</sup> Abogada con mención «Muy bien» por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Post Título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo y egresada dentro del décimo superior, con experiencia en asesoría legal a entidades públicas, empresas nacionales y extranjeras en derecho corporativo, regulación de servicios públicos, contrataciones con el Estado, concesiones, derecho administrativo, derecho constitucional y derecho administrativo sancionador. Autora de diversos artículos académicos a nivel nacional e internacional.

que las personas en el marco de un procedimiento administrativo puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos, como las sanciones administrativas.

**Palabras clave:** Debido proceso, Convención Americana de Derechos Humanos, derecho fundamental.

## ABSTRACT

In this article we will reference due process, and the importance that it has in the protection of fundamental rights. Due process has its origin in the «due process of law» anglo saxon, which is formed by the due process adjective and the due process noun. It is such that, in Latinamerica, due process adjective refers to the compliance of certain formalities of transact and procedure which must be observed for the emission of a sentence; while due process noun guarantees that the sentences are reasonable. Nowadays, due process is characterized not only for being a demand and guarantee at the internal law level that requires reasonability, sufficiency and congruence, but as such it has been recognized by international doctrine as a human right, this conclusion comes from the reading and interpretation of article 8 of the American Convention of Human Rights, which defines it as a sort of complex right, which implies the development of many concretizations of it, meaning that the exercise of a vast group of different rights, identifying them as support for the practicing of others. Without perjury of it, and to the effect of being able to understand in greater detail such affirmation, we must deconstruct its own conceptualization. Nevertheless, given the importance of its application, it has been established that due process constitutes what is called a principle-right that necessarily must be applied in jurisdictional headquarters. However, the jurisprudence and both the national and international doctrine have recognized that this principle-right must also be observed in the tramitation of administrative procedures, with the goal that people in the framework of an administrative procedure may defend adequately in front of any act coming from the State that may affect their rights, such as administrative sanctions.

**Keywords:** Due process, American Convention of Human Rights, Fundamental Law.

## I. GENERALIDADES DEL DEBIDO PROCESO

El debido proceso tiene su origen en el *due process of law* anglosajón, que se encuentra conformado por el debido proceso adjetivo, que se refiere a las garantías procesales que aseguran la vigencia de los derechos fundamentales; y el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de leyes contrarias a los derechos fundamentales<sup>2</sup>.

La incorporación del *due process of law* al constitucionalismo latinoamericano ha implicado la variación de su contenido. Así, en América Latina, el debido proceso adjetivo alude al cumplimiento de ciertas formalidades de trámite y procedimiento que deben observarse para la emisión de una sentencia, mientras que el debido proceso sustantivo garantiza que las sentencias sean razonables<sup>3</sup>.

Por lo tanto, dada esta influencia, en la actualidad el debido proceso se caracteriza no solo por ser una exigencia y garantía a nivel de derecho interno que exige razonabilidad, suficiencia y congruencia, sino también que, como tal, ha sido reconocido por la doctrina internacional como un derecho humano. Esta conclusión se ha dado a partir de la lectura e interpretación del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que lo define como una suerte de derecho complejo, que implica el desarrollo de diversas concretizaciones del mismo. Es decir, el ejercicio de un vasto conjunto de derechos diferentes, identificándolo como sustento de la puesta en práctica de otros. Sin perjuicio de ello, y a efectos de comprender a mayor detalle esta afirmación, debemos desmembrar su conceptualización misma.

Así, el término «proceso» ha sido tradicionalmente conceptualizado como un medio idó-

neo de certeza en las relaciones sociales y de la búsqueda de la verdad.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, «proceso» es un medio para asegurar en la mayor medida posible, la justa solución de una controversia, bajo el concepto o la terminología del debido proceso legal. En este sentido, se entendería que supone requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que las personas estén en condiciones de defenderse adecuadamente ante la vulneración de sus derechos, ante cualquier acto de Estado y/o por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos<sup>4</sup>.

Por otra parte, no se puede dejar de mencionar que el concepto de proceso ha sido concebido por los diferentes ordenamientos como un mecanismo de composición o prevención de conflictos por medio del cual las personas someten sus pretensiones o conflictos de interés a la decisión de un tercero.

Con esta línea argumentativa, se evidencia que el debido proceso implica el despliegue de las garantías constitucionales, pero ello no ha sido pacífico para los ordenamientos jurídicos. En los ordenamientos jurídicos-procesales e incluso el derecho sustancial, la doctrina y la jurisprudencia en todas las ramas del derecho han tenido interpretaciones prácticas muy disímiles.

En el libro *Las garantías constitucionales en el derecho civil*, el profesor Eduardo Couture señala la ausencia de estudios sobre las garantías del debido procedimiento y la importancia del mismo producto de que la mayoría de los códigos latinoamericanos han tenido como in-

2 Landa Arroyo, 2001: 448.

3 Sagüés, 1993: 328.

4 Corte IDH Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 117.

fluencia la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, reformada en 1881 y la cual es, a su vez, una estratificación secular de antiquísimas normas de proceso romano-canónico, surgidas en situaciones sociales en las cuales el mundo actual apenas tenía una pequeña relación histórica de continuidad.

De la misma forma, el mismo autor ha señalado, además, que muchas de las leyes fundamentales de América Latina se han inspirado en la Carta Federal de Estados Unidos de 1787 y que, justamente por ello, se ha tenido como matiz en las diferentes leyes no haber una conciencia de la importancia neurálgica del debido procedimiento. No es hasta época reciente que, con la influencia de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se le ha dado la debida importancia en los diferentes ordenamientos jurídicos.

Por ello, en la doctrina internacional hoy el debido proceso se traduce centralmente como una garantía judicial. Ello por el reconocimiento expreso en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>5</sup>. En este sentido, señala además que el debido proceso comprende todas las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial<sup>6</sup>.

5 Corte IDH. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (artículos 46.1, 46. 2a y 46.2b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, párrafo 28. Caso Ruano Torres y otros *versus* El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencias del 5 de octubre de 2015, párrafo 152. Caso Herrera Espinoza y otros *versus* Ecuador. Excepciones preliminares: Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2016, párrafo 174.

6 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, «El derecho a la Información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal», párrafo 118.

Así también la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha relacionado el debido proceso con la exigencia de protección judicial y/o tutela judicial, lo cual esté positivizado en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin perjuicio de ello, la lectura e interpretación de este articulado no ha sido pacífico en la jurisprudencia y ha tenido muchas connotaciones e interpretaciones tanto prácticas como doctrinales.

En este sentido, lo que no se puede negar es que los Estados deben desplegar y suministrar los recursos judiciales adecuados y efectivos, los que deben ser sustanciados según las reglas del debido proceso legal consagradas en el artículo 8 de la Convención Internacional de Derechos Humanos<sup>7</sup>.

Por ello, en el marco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la obligación de garantizar el debido proceso ha sido sistematizada así:

[...] Esta obligación implica el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar públicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos [...]. *La obligación de garantizar [...] no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos [...]*<sup>8</sup> [las cursivas son mías].

7 Cfr. Inter alia, Corte IDH. Caso Masacres del Río Negro *versus* Guatemala. Excepción preliminar: Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 4 de setiembre de 2012, párrafo 191; Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar).

8 Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez *versus* Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 166.

De la lectura de este pronunciamiento, se evidencia que existe una estrecha relación entre el debido proceso y la exigibilidad de garantizar el ejercicio del mismo por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Sin perjuicio de ello, reitero que mal haríamos en entender que la habilitación de las instancias internacionales para conocer casos de vulneración del debido proceso sustituyen la exigibilidad de los Estados partes de la Convención Interamericana de Derechos Humanos de garantizar la proscripción de cualquier tipo de afectación de derechos. Por ello, en sendos pronunciamientos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

*La jurisdicción internacional no desempeña funciones de tribunal de «cuarta instancia», ni es un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre algunos alcances de la valoración de la prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos<sup>9</sup> [las cursivas son mías].*

En consecuencia, se evidencia que la Corte Interamericana no es una «cuarta instancia» que tiene la competencia para revisar las sentencias nacionales y, eventualmente, determinar responsabilidades individuales, pero sí es el órgano que evalúa si el Estado ha cumplido o no sus obligaciones en materia del debido proceso<sup>10</sup>.

Es decir, el párrafo signado anterior nos lleva a concluir que el ámbito de protección del sistema interamericano de derechos humanos

solo tendrá como regla general la competencia de la Corte ante la vulneración del derecho al debido proceso si se agotan los recursos de la jurisdicción nacional.

Ahora, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado sentado que este requisito no es un obstáculo permanente para la acción de la misma en la medida que también se establece un sistema de excepciones que se encuentran irremediamente relacionadas con respeto efectivo del debido proceso.

Es decir, un particular que le ha sido imposible agotar la jurisdicción nacional por falta de adecuación a las garantías del debido proceso puede acceder al mecanismo de protección internacional.

Ello además fue objeto de análisis, en el caso Velásquez Rodríguez *versus* Honduras, en el que la Corte relacionó las garantías de los artículos que consagran el debido proceso y el acceso a la justicia con el sistema de protección de los derechos humanos. La Corte estableció la relación existente entre los artículos 46.1, 1.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, se señaló que los Estados disponían de los recursos internos los cuales debían agotarse.

Así también, en el caso López Mendoza *versus* Venezuela<sup>11</sup>, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló:

*...las sanciones administrativas, disciplinarias o de naturaleza análoga son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de esta [...] [las cursivas son mías].*

9 Corte IDH. Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) *versus* Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de mayo de 2001, párrafo 222; Caso Cabrera García y Montiel Flores *versus* México.

10 Cfr. Corte IDH. Caso Vereda La Esperanza *versus* Colombia. Excepciones preliminares: Fondo, reparaciones, costas. Sentencia del 31 de agosto de 2017, párrafo 231.

11 Caso López Mendoza *versus* Venezuela. Sentencia del 1 de setiembre de 2011.

Al mismo tiempo, y a efectos de complementar lo signado, es de advertir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que los Estados se obligan a otorgar recursos internos efectivos en los términos del artículo 25, de conformidad con el debido proceso legal (artículo 8.1); y que la inexistencia de recursos internos coloca en indefensión a la víctima<sup>12</sup>.

Así, el agotamiento de los recursos internos y sus eventuales excepciones deben ser leídos en conjunto con las obligaciones de respetar y garantizar el debido proceso y las garantías judiciales, pues cualquier otra lectura supondría restringir o reducir el ámbito de aplicación material de estos derechos.

En este contexto, es evidente la estrecha relación entre debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, específicamente en el deber de los Estados de asegurar la convencionalidad y hacer un análisis del mismo. Ello quiere decir que toda norma y acción o actuación del Estado debe ser analizada y valorada no solo a la luz de la Constitución, sino también a la luz de las obligaciones internacionales asumidas en materia de derechos humanos y a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así, en nuestro ordenamiento, el debido proceso tiene protección constitucional porque se entiende recogido en el artículo 139, inciso 5, de la Constitución Peruana de 1993, en que se prevé como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional, según detalle siguiente: «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».

Ello ha llevado, además, a la conceptualización de la doble dimensión de la debida motivación de las resoluciones como: 1) La garantía jurisdiccional de una decisión razonada, suficiente y congruente; y 2) el derecho de defensa en la modalidad de impugnación que se construye a partir de la motivación de las resoluciones.

Por ello, esta conceptualización de la doble dimensión ha encontrado además su fundamento de interpretación y sustento constitucional en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, toda vez que nuestro Tribunal Constitucional Peruano en el Expediente 00579-2013-PA/TC, como en muchos otros pronunciamientos, ha dejado sentado lo siguiente:

### 5.3. Consideraciones del Tribunal Constitucional El debido proceso

5.3.1. *El artículo 139, inciso 3), de la Constitución establece como derecho de todo justiciable y principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso. Dicho derecho, a tenor de lo que establece nuestra jurisprudencia, admite dos dimensiones: una formal, procesal o procedimental, y otra de carácter sustantivo o material. En la primera de las mencionadas está concebido como un derecho continente que abarca diversas garantías y reglas (las cuales a su vez son derechos parte de un gran derecho con una estructura compuesta o compleja) que garantizan un estándar de participación justa o debida durante la secuela o desarrollo de todo tipo de procedimiento o proceso (sea este judicial, administrativo, corporativo particular o de cualquier otra índole). En la segunda de sus dimensiones exige que los pronunciamientos o resoluciones con los que se pone término a todo tipo de proceso respondan a un referente mínimo de justicia o razonabilidad, determinado con sujeción a su respeto por los derechos y valores constitucionales.*

5.3.2. El debido proceso dentro de la perspectiva formal, cuya afectación se invoca en el presente caso, *comprende un repertorio de derechos que*

12 Corte CIDH. Caso Velázquez Rodríguez *versus* Honduras. Excepciones preliminares: Sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 93, Caso Liakat Ali Alibux *versus* Surinam. Excepciones preliminares: Fondo, reparaciones y costas. Sentencias del 30 de enero de 2014, párrafo 116.

*forman parte de su contenido constitucionalmente protegido, entre ellos, el derecho al procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, el derecho a la pluralidad de instancias, el derecho a la motivación de las resoluciones, el derecho a los medios de prueba, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, etc.* La sola inobservancia de cualquiera de estas reglas, como de otras que forman parte del citado contenido, convierte al proceso en irregular, legitimando con ello la necesidad de ejercer labores de control constitucional [las cursivas son mías].

De lo signado en el párrafo anterior, se evidencia que, como parte integrante de los derechos y garantías del debido proceso, la motivación expresa y garantiza «la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio»<sup>13</sup>. Por ello, «es por la motivación como las decisiones resultan avaladas y, por tanto, legitimadas por aserciones, en cuanto tales verificables y refutables, aunque sea de manera aproximativa; como la ‘validez’ de las sentencias resulta condicionada por la ‘verdad’, aunque sea relativa, de sus argumentos; como, en fin, el poder jurisdiccional no es ‘poder tan inhumano’ puramente potestativo de la justicia del cadí, sino que está fundado en el ‘saber’, también solo opinable y probable, pero precisamente por ello refutable y controlable tanto por el imputado y su defensa como por la sociedad»<sup>14</sup>.

Así, es irrefutable la intrínseca relación entre debido procedimiento y la exigencia de la motivación, y por esta última, tal como ya lo ha signado nuestro Tribunal Constitucional en sendos pronunciamientos, se la entiende como la justificación de las decisiones mediante argumentos válidos, tanto desde una perspectiva lógica como acorde con la normatividad aplicable al caso sometido a su conocimiento<sup>15</sup>.

En este orden de ideas, a criterio de nuestro Tribunal Constitucional para que una resolución pueda considerarse como debidamente motivada y dentro de lo que se espera en el debido procedimiento, se debe cumplir con las siguientes exigencias mínimas:

- i) Enunciación de las elecciones de quien resuelve que, a su vez, comprende: la individualización de las normas aplicables, la verificación de las alegaciones de hecho, la calificación jurídica del soporte fáctico, y las consecuencias jurídicas aplicables.
- ii) Contexto de los nexos de implicación y coherencia entre dichos enunciados.
- iii) Justificación de los enunciados, sobre la base de criterios que demuestren que la elección adoptada fue racionalmente correcta<sup>16</sup>.

En suma, esta definición y/o enumeración expresa adecuadamente las premisas mínimas que debiesen sustentar la decisión del órgano competente sean jurisdiccional y/o administrativo, teniendo como pivote la debida sustentación y justificación de la decisión.

Para ser considerada como tal, la motivación no necesita ser extensa, sino ser suficiente. Es decir, que cumpla con las premisas enunciadas en el párrafo anterior. Asimismo, la exigencia de motivación no implica que el juez esté obligado a enumerar todos los argumentos expuestos por las partes, sino a criterio de la doctrina solo aquellos que considere relevantes para la determinación del fallo<sup>17</sup>.

En esta línea, el Tribunal Constitucional Peruano reitera en sendos pronunciamientos lo siguiente:

*Según el artículo 139, inciso 5, de la Constitución, toda resolución que emita una instancia jurisdic-*

13 Ferrajoli, 1995: 622.

14 Ferrajoli, 1995: 622.

15 Igartúa Salvatierra, 2009: 19-27.

16 Cavani, 2013.

17 Lamadrid Ibáñez, 2009: 106.

*cional (mandato que no se restringe a los órganos del Poder Judicial, sino también a toda entidad que resuelva conflictos, incluido el Tribunal Constitucional) debe estar debidamente motivada. Ello significa que debe quedar plenamente establecida a través de sus considerandos, la ratio decidendi por la que se llega a tal o cual conclusión. Pero una resolución, como la que se observa en el proceso constitucional que se está resolviendo, en que no se precisan los hechos, el derecho y la conducta responsable, ni tampoco se encuentra razón o explicación alguna del por qué se ha resuelto de tal o cual manera no respeta las garantías de la tutela procesal efectiva<sup>18</sup> [las cursivas son mías].*

Partiendo de esta premisa, además en la Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Expediente 1480-2006-AA/TC, Fundamento Jurídico 2, se ha indicado que el contenido esencial del derecho fundamental a la debida motivación implica que «el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones [...] deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios».

De la misma forma, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado en el Expediente 2192-2004-AA/TC: «El deber de motivar las decisiones administrativas alcanza especial relevancia cuando en las mismas se contienen sanciones». En la medida que una sanción administrativa

supone la afectación de derechos, su motivación no solo constituye una obligación legal impuesta a la administración, sino también un derecho del administrado, para que este pueda hacer valer los recursos de impugnación que la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador. Por otro lado, tratándose de un acto de esta naturaleza, la motivación permite a la administración evidenciar que su actuación no es arbitraria, sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del derecho y su sistema de fuentes.

En este sentido, debemos decir que todo órgano público o privado que en el marco de sus competencias tenga que emitir una decisión en el marco del debido proceso no solo tiene el deber de resolver los conflictos de interés que han sido sometidos a su decisión, sino también de motivar sus resoluciones. Ello acorde con el deber o la exigencia de la debida motivación.

Por tanto, el órgano resolutor debe buscar las razones y conclusiones dentro del cúmulo de hechos y de elementos probatorios que aparecen en el proceso y de las normas jurídicas aplicables al caso establecido por el ordenamiento jurídico<sup>19</sup>.

En suma, la motivación de una resolución forma, así, «un todo con el fallo, siendo imposible separarlos, pues no se podría apreciar el nexo lógico que debe existir entre la decisión adoptada y la argumentación que le sirve de sustento»<sup>20</sup>. De lo signado hasta aquí se evidencia lo que la doctrina internacional en diversas fuentes ha expresado que el mínimo denominador de la concreción del debido proceso es la mani-

18 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 6712-2005-HC/TC, F. J. 10.

19 Carrión Lugo, 2005.

20 Lamadrid Ibáñez, 2009: 107.

festación del derecho fundamental del acceso a la justicia que se manifiesta justamente a través del debido proceso.

En conclusión y como se signó en las líneas primeras del presente artículo, el derecho a la debida motivación es concebido como un derecho instrumental concretizado por derechos como el derecho al procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, el derecho a la pluralidad de instancias, el derecho a la motivación de las resoluciones, el derecho a los medios de prueba, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, etcétera.

Por lo expuesto, el debido proceso es un principio-derecho que garantiza que todas las personas puedan pretender la defensa de sus derechos, la solución de sus controversias y la aclaración de alguna incertidumbre jurídica a través de un proceso dotado de garantías mínimas (formales y sustantivas), toda vez que el mismo ha sido conceptualizado como la regulación jurídica que, de manera previa, limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de las personas, de modo que ninguna actuación de la autoridad jurisdiccional dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentre sujeta al procedimiento señalado en la ley<sup>21</sup>.

## II. DEBIDO PROCESO EN SEDE ADMINISTRATIVA: GARANTÍA AL CIUDADANO DE UNA ADMINISTRACIÓN EFICIENTE E IMPARCIAL

De lo signado hasta aquí, se aprecia que el debido proceso es lo que se denomina un principio-derecho que necesariamente debe ser aplicado en sede jurisdiccional. No obstante,

la jurisprudencia y la doctrina tanto nacional como internacional han reconocido que este principio-derecho debe ser observado también en la tramitación de los procedimientos administrativos.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estima que el debido proceso es también aplicable y exigible en la vía administrativa, para que las personas en un procedimiento administrativo puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos, como las sanciones administrativas<sup>22</sup>.

En atención a ello y antes de analizar la experiencia jurisprudencial y doctrinaria de la figura objeto de estudio, es indispensable reiterar que el debido proceso constituye en sí mismo una garantía que los estados deben salvaguardar. Sin perjuicio de ello, lo que a todas luces parece una afirmación pacífica se hace necesario desmembrar aproximándonos a ella por la definición y vinculación con el «procedimiento administrativo». Así, el profesor Eduardo Ortiz ha conceptualizado:

*[...] es el conjunto de actos preparatorios concatenados según un orden cronológico y funcional, para verificar la existencia de la necesidad pública a satisfacer y de los hechos que lo crean, así como para oír a los posibles afectados y voceros de intereses conexos, tanto públicos como privados, especialmente estos últimos, con el fin de conformar la decisión en la forma que mejor los armonice con el fin público a cumplir [...]»<sup>23</sup> [las cursivas son mías].*

Bajo esa misma línea conceptual es de advertir que en el TUO de la Ley 27444, Ley del

21 Cortez Tataje, 2012: 183.

22 Cfr. Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional versus Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 68.

23 Ortiz, 1981.

Procedimiento Administrativo General, se nos orienta también respecto de la conceptualización misma según detalle siguiente:

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 [las cursivas son mías].*

De lo signado en las líneas precedentes, se evidencia que el procedimiento administrativo es un conjunto de actos que pautan a la administración u autoridad administrativa en el cumplimiento de las finalidades públicas, sin que ello signifique que no observe los derechos e interés del administrado. Ello porque en el despliegue mismo además se busca que este sea un procedimiento celer, ágil y flexible que a su vez permita el desarrollo eficaz y eficiente de las actuaciones mismas de la administración.

En este sentido, el TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General nos orienta respecto a los principios que deben nutrir la actuación de la misma de las administraciones u autoridad administrativa como conducentes del procedimiento administrativo. Según el detalle siguiente:

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. *El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:*

[...].

1.2. *Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos*

*a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.* 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.

1.3. *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.*

1.4. *Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.*

[...].

1.10. *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.

[...].

2. *Los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el*

*ordenamiento administrativo. La relación de principios anteriormente enunciados no tiene carácter taxativo [las cursivas son mías].*

Así, podemos ver que, en materia de derecho administrativo, el procedimiento administrativo si bien es un conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades conducentes a la emisión de un acto administrativo, se estructura en base de una serie de principios, los cuales incluso en algunos casos tienen protección suprallegal, trayendo como consecuencia que su inobservancia acarree la nulidad de lo actuado.

En virtud de lo expuesto es que conviene mencionar al profesor Roberto Dromi quien conceptualiza el concepto de principio dentro del procedimiento administrativo cuando dice que «los principios jurídicos fundamentales del procedimiento administrativo son pautas directrices que definen su esencia y justifican su existencia, permitiendo explicar, más allá de las regulaciones procesales dogmáticas, el porqué y el para qué del mismo. Son especies de ideas pétreas inmodificables por la regulación formal, que explicitan el contenido del procedimiento»<sup>24</sup>.

Sin perjuicio de ello y para efectos del presente trabajo, nos enfocaremos en el principio del debido procedimiento en sede administrativa. Así, reitero que nuestro Tribunal Constitucional ha señalado en sendos pronunciamientos que su protección emana de la interpretación del artículo 139 de la Constitución Política del Perú. Por ello, cuando la administración pública ejerce potestad sancionadora (concreción del *ius puniendi* del Estado), debe hacerlo dentro de las limitaciones de la Constitución, las limitaciones legales y de los estándares internacionales. Ello ha sido recogido por nuestro Tribunal Constitucional según detalle siguiente:

...el *ius puniendi* del Estado es entendido como la potestad «que se manifiesta en el aspecto coercitivo de las normas y, por otro, que es también objeto de la regulación de las mismas» [Hurtado Pozo, José. *Manual de derecho penal*. Lima: Grijley, 2005], así, y siguiendo al mismo autor, «el ejercicio de su poder punitivo está determinado por las opciones sociales y políticas que haya adoptado en relación con la organización de la comunidad, en general. Por lo tanto, la política criminal del Estado se halla encuadrada y condicionada por su política social general». En este sentido la persecución y sanción de conductas delictivas, en un Estado Social y Democrático de Derecho implica el diseño general de las políticas criminales las que no se agotan con la descripción típica de estos ilícitos sino también, entre otros, con la ejecución de la pena. Así, *el ius puniendi del Estado funciona con sus limitaciones dentro de un marco penal de la Constitución, bajo los estándares internacionales referidos a la protección de derechos fundamentales y en estricta observancia de los fines de la pena*. En este sentido, nuestro ordenamiento Constitucional y las obligaciones internacionales será el punto de inicio para poder establecer los fines que el régimen penitenciario se ha propuesto lograr y los objetivos que en ella se ha trazado en la Constitución, así como cumplir con los deberes y obligaciones asumidas por el Estado<sup>25</sup>.

[...] *es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador [...]*<sup>26</sup>.

4. *Y es que si bien la potestad de dictar sanciones administrativas al igual que la potestad de imponer sanciones penales, derivan del ius puniendi del Estado, no pueden equipararse ambas, dado que no solo las sanciones penales son distintas a las administrativas, sino que los fines en cada caso son distintos (reeducación y reinserción social en el caso de las sanciones penales y represiva en el caso de las administrativas). A ello hay que agregar que en el caso del derecho administrativo sancionador, la intervención jurisdiccional es posterior, a través del proceso*

24 Dromi, 1991.

25 Expediente 00033-2007-PI/TC.

26 Expediente 2050-2002-AA/TC F. 8.

*contencioso administrativo o del proceso de amparo, según corresponda*<sup>27</sup> [las cursivas son mías].

Así las cosas, podemos ver que en materia de derecho administrativo el debido proceso se instaure como una garantía. Ello debido a que el debido proceso se ha extendido a materias como la administrativa, tomando en cuenta la naturaleza de las normas constitucionales, cuyo contenido debe interpretarse *pro libertatis* y *pro homine*.

Así también, en palabras del profesor Rojas Franco, y complementando lo ya signado: el debido proceso es una garantía formal para el administrado en el sentido que deben cumplirse todos los actos y/o fases procedimentales que la ley exige para que una decisión o una resolución (acto final) pueda calificarse con validez a la luz del ordenamiento jurídico.

En un plano material el debido proceso otorga al administrado la garantía de que podrá hacer valer sus derechos en el ámbito y escenario de la administración. Con ello, el debido proceso no solo va más allá de una garantía formal del desarrollo del procedimiento, sino que, según la sentencia apuntada antes, requiere un control material que verifique el contenido de una decisión que se apegue a los valores y principios sobre los que se estructura el ordenamiento jurídico<sup>28</sup>.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos —precisamente, en el caso Baena y otros *versus* Panamá—, en aplicación del artículo 8 del Pacto de San José, estableció las reglas y garantías mínimas que deben respetarse para la consecución de un debido procedimiento administrativo<sup>29</sup>. Estas obligaciones han sido

también reconocidas en otros casos tramitados en la jurisdicción internacional, pero en su mayoría signadas o sistematizadas así:

- Una audiencia para la determinación de los hechos y derechos que se realice previa al comienzo de las actuaciones administrativas, para que el administrado conozca el marco del debate, ofrezca la prueba del caso y formule los alegatos que correspondan. Se debe tener derecho a la representación legal libremente escogida, para preparar idóneamente la defensa del caso. La infracción a esta regla importa violar el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Una notificación previa sobre la existencia de un procedimiento administrativo, lo que implica, además, información sobre los cargos, derecho a comparecer, derecho a presentar pruebas y derecho de acceder al expediente.
- Es fundamental el derecho a una decisión fundada, en la cual se atienda los planteos del administrado y se exponga los argumentos esgrimidos por la administración para resolver la controversia.
- Es obligatoria la publicidad de las actuaciones administrativas, en aras del acceso a la información y la transparencia.
- Se debe tener en cuenta el cumplimiento de plazos razonables para tramitar y resolver por parte de la administración y en función de tres parámetros de valoración: comportamiento del administrado, complejidad del caso y diligencia de la conducta de la administración<sup>30</sup>.

27 Expediente 01873-2009-PA/TC.

28 Rojas, 2011: 66.

29 Sagüés, 2009.

30 Rojas, 2011: 67.

Así también conviene que repasemos un extracto de cómo ha sido recogido o llevado a la práctica lo signado en el párrafo anterior por nuestro Tribunal Constitucional<sup>31</sup>, en el cual se recoge el contenido del debido proceso administrativo, según detalle siguiente:

Consideraciones del Tribunal Constitucional

4. *La Constitución Política de 1993 reconoce como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional, en su artículo 139, inciso 3, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Dicha disposición constitucional es aplicable a todo proceso, por lo que también debe cumplirse al interior de un procedimiento administrativo.*

5. Al respecto, con relación al debido proceso en sede administrativa, este Tribunal Constitucional —en la sentencia emitida en el Expediente 04289-2004-AA/TC (fundamento 2)— ha expresado lo siguiente:

*[...] el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.*

6. Al resolver la sentencia emitida en el Expediente 0023-2005-AI/TC, este Tribunal ha expresado en los fundamentos 43 y 48, respectivamente, lo siguiente:

*[...] los derechos fundamentales que componen el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que pueden ser extendidos, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, arbitraje y relaciones entre particulares, entre otros), y que, [...] el contenido constitucional del derecho al debido proceso [...] presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como*

las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer (énfasis agregado).

*Y con anterioridad ya se había pronunciado para precisar que El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables, y, por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto —por parte de la administración pública o privada— de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139 de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.) (cfr. Expediente 4289-2004-PA/TC, fundamento 3) [las cursivas son mías].*

Teniendo en cuenta lo dicho, es evidente que el debido proceso es uno de aquellos términos más utilizados. Incluso, pareciera un término redundante porque todo proceso debiera ser debido. Sin perjuicio de ello, lo primero que debiéramos señalar es que la doctrina no ha sido pacífica en esta discusión y que se ha afirmado en algunos casos que el debido proceso en su variante debido procedimiento se extiende a ámbitos como el del derecho administrativo. Así, bajo esa línea la doctrina ha señalado:

*[...] las garantías que conforman el debido proceso pueden ser invocadas por las personas en los procedimientos administrativos, con la finalidad de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto de la administración pública que pueda afectarlos. En tal supuesto, cuando el debido proceso se aplica al procedimiento administrativo se hace referencia al debido procedimiento administrativo [...] [las cursivas son mías].*

Ahora bien, es importante mencionar que la sola terminología de debido proceso ya señala

31 Expediente 04289-2004-AA/TC.

un derecho fundamental que tiene dos características: i) es un derecho de efectividad inmediata, es decir, nadie puede alegar la falta de determinada regulación para impugnar cierta decisión y ii) es un derecho que requiere de una configuración legal, es decir, que la norma procesal o procedimental debe regular las características que van a formar la complejidad de este debido proceso.

Así, y complementando lo expuesto, es de advertir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que el conjunto de garantías que conforman el debido proceso debe ser observado por cualquier autoridad administrativa que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas, según detalle siguiente:

*[...] cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un 'juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana<sup>32</sup> [las cursivas son mías].*

Como se ha indicado en el acápite precedente, el debido proceso administrativo, al considerarse como una garantía, conlleva a que sea exigible por los administrados dentro de un procedimiento administrativo por la actuación de la administración pública que pueda afectarlos. En tal supuesto, se ha señalado que cuando el debido proceso se aplica al proce-

dimiento administrativo se hace referencia al debido procedimiento administrativo; y en el TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, vemos que se encuentra recogida en diferentes formas, pero especialmente nos llama la atención lo siguiente:

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.2. *Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten. 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.*

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales

2. *Debido procedimiento.- No se pueden imponer sanciones 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 [las cursivas son mías].*

Ahora bien, no podemos dejar de mencionar que el debido proceso entendido como derecho fundamental tiene un contenido complejo. En efecto, cuando se habla del contenido

32 Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional versus Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 71.

del derecho al debido proceso, nos encontramos que es un derecho continente. Así, se ha identificado, sin ser limitativo ni taxativo, ocho derechos fundamentales contenidos en el mismo: el derecho al juez natural, el derecho de defensa, el derecho probatorio, el derecho al plazo razonable, el derecho a la motivación de las resoluciones, el derecho a la impugnación, el derecho a la cosa juzgada y el derecho a la cautela procesal. De ahí que la actual regulación que tiene en el artículo 139 como las garantías de la administración de justicia en la actual Constitución Peruana es de observar porque en el mismo artículo se señala el debido proceso como una garantía de administración de justicia y se mencionan otros derechos contenidos en el debido proceso y que justamente lo convierten en un derecho tan importante.

Sin perjuicio de lo expuesto es que tanto nuestro Tribunal Constitucional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han ampliado el catálogo de garantías del debido procedimiento administrativo que se encuentran reconocidas en la mencionada norma, realizando una interpretación axiológica de los derechos<sup>33</sup>.

Por otro lado, es de mencionar que, cuando hablamos de debido proceso, viene a colación por su estrecha vinculación el término de «tutela judicial efectiva», recogido por nuestro Tribunal Constitucional así:

La tutela judicial efectiva y sus alcances

6. Como lo ha señalado este Colegiado en anteriores oportunidades, *la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable*

*puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio.* En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. *En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia.*

[...].

8. En el contexto descrito, considera este Colegiado que *cuando el ordenamiento reconoce el derecho de todo justiciable de poder acceder a la jurisdicción, como manifestación de la tutela judicial efectiva, no quiere ello decir que la judicatura, prima facie, se sienta en la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que simplemente, sienta la obligación de acogerla y brindarle una sensata como razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad.* No es, pues, que el resultado favorable esté asegurado con solo tentarse un petitorio a través de la demanda, sino tan solo la posibilidad de que el órgano encargado de la administración de Justicia pueda hacer del mismo un elemento de análisis con miras a la expedición de un pronunciamiento cualquiera que sea su resultado. En dicho contexto, queda claro que si, a contrario sensu de lo señalado, la judicatura no asume la elemental responsabilidad de examinar lo que se le solicita y, lejos de ello, desestima, de plano, y sin merituación alguna lo que se le pide, en el fondo lo que hace es neutralizar el acceso al que, por principio, tiene derecho todo justiciable, desdibujando el rol o responsabilidad que el ordenamiento le asigna. *La tutela judicial efectiva no significa, pues, la obligación del órgano jurisdiccional de admitir a trámite toda demanda, ni que, admitida a trámite, tenga necesariamente que declararse fundada dicha demanda.* Cabe también puntualizar que, para la admisión a trámite, el juez solo puede verificar la satisfacción de los requisitos formales de admisibilidad y procedencia

33 De conformidad con la interpretación axiológica de los derechos, las normas jurídicas deben interpretarse conforme a los principios y valores que subyacen a la Constitución Política como norma suprema del ordenamiento, lo que implica realizar una interpretación expansiva y progresiva de los derechos de las personas. Cfr. García Amado, 2004: 74.

señalados en la ley procesal; exigencias relacionadas con la validez de la relación procesal que, como sabemos, se asientan en los presupuestos procesales y en las condiciones de la acción; es decir, exigencias que tienen que ver con la competencia absoluta del juez, la capacidad procesal del demandante o de su representante, los requisitos de la demanda, la falta de legitimidad del demandante o del demandado e interés para obrar (asimila voluntad de la ley-caso justificable). Se trata del ejercicio del derecho a la acción que no se identifica con la pretensión que constituye el elemento de fondo basado en las razones de pedir y que ha de significar la carga de la prueba. Es en la sentencia donde el juez declara (dice) el derecho y no liminarmente; por ello, puede haber proceso con demanda desestimada en el fondo. Y es que, como lo expresa Peyrano, cualquiera puede demandar a cualquiera por cualquier cosa con cualquier dosis de razón [las cursivas son mías].

Así pues, se evidencia entonces que no existe la obligación de admitir a trámite toda la demanda. Por ello, es preciso mencionar que respecto de esa vinculación, hay hasta cuatro teorías que se han venido barajando desde la doctrina respecto de la relación de ambas: i) que el derecho al debido proceso es similar a la tutela jurisdiccional efectiva, ii) que el derecho al debido proceso contiene a la tutela jurisdiccional efectiva, iii) que la tutela jurisdiccional efectiva es la que contiene al debido proceso.

A mi criterio, no me alinee con ninguno de estos postulados, pues existe un carácter complementario entre el derecho al debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En efecto, bajo la misma línea de lo signado por nuestro Tribunal Constitucional cuando hablamos de la tutela jurisdiccional efectiva, estamos hablando del acceso a la justicia y al derecho a la ejecución de las resoluciones. Al igual que el derecho al debido proceso que pareciera tener una redundancia en el término

proceso al adjetivarlo como debido, sucede lo mismo aquí con la terminología de la tutela jurisdiccional, pues hay que adjetivarla con efectiva. Así, es necesario esta aparente redundancia con que esa ejecución se realice. Por ello, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva estaría en los extremos en el derecho a la justicia y el derecho a la ejecución de las resoluciones y en medio de ello el derecho al debido proceso con todo el contenido. Sin perjuicio de lo expuesto, la jurisprudencia de las cortes internacionales de derechos humanos y de nuestro Tribunal Constitucional en el mundo han traído el derecho a «tutela procesal efectiva», conceptualizándolo así:

*Es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y, como quedó dicho, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; asimismo comprende el derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo, conforme al artículo 25. 1. de la Convención Americana de Derechos Humanos y el derecho al debido proceso. (Cfr. f. 9-10 Expediente 0015-2001-AI/TC; f. 8 *in fine*, Expediente 5396-2005-AA/TC).*

*Su ámbito de aplicación se extiende a todo procedimiento en el que una persona tiene derecho al respeto de resguardos mínimos para que la resolución final sea congruente con los hechos que la sustenten. (Expediente 3361-2004-AA/TC) [las cursivas son mías].*

Lo cierto es que todo lo signado hasta aquí nos lleva a la conclusión de que el debido proceso en sede administrativa constituirá para el ciudadano no solo una garantía de administración eficiente e imparcial, toda vez que la imparcialidad no solo le es exigible al juez, pues imparcial ha de ser toda la justicia y cualquier poder político, en cuanto pretenda hablar en nombre

de todos<sup>34</sup>. Así, pues, a mayor entendimiento, autores como López Avendaño han señalado:

[...] *La imparcialidad constituye una especie determinada de la motivación, consiste en que la declaración o resolución en un proceso judicial, se oriente en el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justa o legalmente.* La imparcialidad consiste en poner en paréntesis todas las consideraciones objetivas del juzgador o de cualquier ente público. Este debe sumergirse en el objeto y ser objetivo en sus decisiones. Por ello decimos que el principio de imparcialidad es un estadio superior al de la simple «imparcialidad». Esta última supone la superación de los medios coactivos de autotutela mientras que la imparcialidad es la superación de las estructuras de obtención coactiva por heterotutela [...] [las cursivas son mías].

La exigibilidad de la imparcialidad en sede administrativa ha sido recogida por el Tribunal Constitucional<sup>35</sup>, así:

36. *El artículo 139º de la Constitución Peruana establece como uno de los principios propios de la función jurisdiccional «la independencia en el ejercicio de sus funciones».* El Tribunal Constitucional ha establecido que este principio supone un mandato para que, en todos los poderes públicos, los particulares e, incluso, al interior del propio órgano, se garantice el respeto de la autonomía del Poder Judicial en el desarrollo de sus funciones, de modo que sus decisiones sean imparciales y más aún se logre mantener esa imagen de imparcialidad frente a la opinión pública.

37. *Esta autonomía debe ser entendida desde una doble perspectiva: a) como garantía de la administración de justicia; b) como atributo del propio juez.* Es en este último plano donde se sientan las bases para poder hablar de una real independencia institucional que garantice la correcta administración de justicia, pues supone que el juez se encuentre y se sienta sujeto únicamente al imperio de la ley y la Constitución antes que a cualquier fuerza social o influencia política.

38. *Pues bien, mientras la garantía de la independencia, en términos generales, alerta al juez de influencias externas, la garantía de la imparcialidad se vincula a exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y el objeto del proceso mismo.* De este modo, ambas deben ser entendidas como una totalidad, por lo que no puede alegarse el respeto al principio de independencia mientras existan situaciones que generen dudas razonables sobre la parcialidad de los jueces [las cursivas son mías].

Ahora bien, esto tiene connotación legal según el numeral 1.5 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley 27444, cuyo texto prescribe:

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.5. *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* [las cursivas son mías].

Así, también, la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 00004-2006-PI/TC, se precisó que la independencia tiene dos dimensiones:

- a. Externa. Esta dimensión garantiza que el juez o tribunal no admita presiones de fuera para resolver un caso en un determinado sentido.
- b. Interna. Esta dimensión garantiza que el juez o tribunal en su actuación no se sujete a los intereses de los órganos (administrativos o jurisdiccionales) que conforman el Poder Judicial.

En sentido similar, en la sentencia del caso Pabla KY *versus* Finlandia, del 26 de junio de 2004, el Tribunal Europeo señaló que «el tri-

34 Brieskorn, 1993: 162.

35 Expediente 02250-2007-PA/TC.

bunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal» y «también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso».

La Corte Interamericana ha destacado también que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos. En este sentido, ha precisado que la imparcialidad exige que «el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad» (caso *Apitz Barbera y otros versus Venezuela*).

En conclusión, nuestro Tribunal Constitucional<sup>36</sup> ha señalado que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial «es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio» (caso *Palamara Iribarne versus Chile*). Este derecho subyace también en la etapa de investigación: derecho a ser investigado por un órgano independiente e imparcial.

### III. CONCLUSIONES

El debido proceso en sede administrativa ha sido reconocido por la jurisprudencia y la doctrina como principio-derecho que debe ser observado en la tramitación de los procedimientos administrativos, el cual tiene un contenido complejo. En efecto, cuando se habla del contenido del derecho al debido proceso, nos encontramos que es un derecho continente. A saberse, se ha identificado, sin ser limitativo ni taxativo, ocho derechos fundamentales que están contenidos en el mismo: el derecho al juez natural, el derecho de defensa, el derecho probatorio, el derecho al plazo razonable, el derecho a la motivación de las resoluciones, el derecho a la impugnación, el derecho a la cosa juzgada y el derecho a la cautela procesal.

Para el Tribunal Constitucional, el debido proceso está regulado en el artículo 139 de nuestra Constitución Política como una garantía de la administración de justicia, toda vez que el ser juzgado por un juez o tribunal imparcial «es una garantía fundamental del debido proceso aplicable en sede administrativa».

### BIBLIOGRAFÍA

- BRIESKORN, NORBERT (1993). *Filosofía del derecho*. Barcelona: Herder.
- CARRIÓN LUGO, JORGE (2005). *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo III. Lima: Grijley.
- CAVANI, RENZO (2013). «Motivación de las decisiones judiciales: en busca de su núcleo duro». En: *A fojas cero*.
- CORTEZ TATAJE, JUAN CARLOS (2012). «El debido procedimiento administrativo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En: *Gaceta Constitucional*. Lima, número 52.
- DROMI, ROBERTO (1991). *El procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.

36 Expediente 00156-2012-PHC/TC.

- FERRAJOLI, LUIGI (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO (2004). «La interpretación constitucional». *Revista Jurídica de Castilla y León*. España, número 2.
- IGARTÚA SALVATIERRA, JUAN (2009). *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra.
- LAMADRID IBÁÑEZ, HUGO (2009). *Razonamiento judicial*. Lima: Marzol.
- LANDA ARROYO, CÉSAR (2001). «Debido proceso y tutela jurisdiccional». En: *Pensamiento Constitucional*. Lima, número 8.
- ORTIZ, EDUARDO (1981). «Nulidades del acto administrativo en la ley general de administración pública» *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*. San José: Colegio de Abogados.
- ROJAS, FRANCO (2011). «El debido procedimiento administrativo». *Derecho PUCP*, número 67.
- SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO (1993). *Elementos de derecho constitucional*. Volumen 2. Buenos Aires: Astrea.
- (2009). *El procedimiento administrativo. Perspectivas constitucionales en procedimiento y justicia administrativa en América Latina*. Ciudad de México: Konrad Adenauer Stiftung.

# 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. # .

