

Nuevos rumbos del procedimiento administrativo sancionador: la reforma del procedimiento sancionador del OEFA a la luz de la Ley N° 30011

Richard Martin Tirado^{1 2}

SUMARIO

1. Introducción; 2. La potestad sancionadora y sus límites con relación a los Artículos 17 y 19 de la Ley 29325; 3. Ejecutoriedad de los actos administrativos con relación a lo establecido en el Artículo 20-A de la Ley 29325; 4. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE

Potestad sancionadora, autotutela, coacción legítima, ejecución forzosa, ejecución coactiva, coacción directa, medida cautelar, contracautela.

KEY WORDS

Sanctioning power, non-judicial provisions, legitimate coercion, forced execution, coercive execution, direct coercion, precautionary measures, contracautela.

RESUMEN

En este trabajo el autor analiza a profundidad los artículos 17, 19 y 20-A de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. En ese sentido, se exponen los principios jurídicos y los límites para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, así como el proceso de ejecución coactiva a la luz de la normativa vigente.

ABSTRACT

In this paper the author analyzes deeply articles 17, 19 and 20-A of Law N° 29325 - Law of the National System of Evaluation and Environmental Control. In that sense, the legal principles and the limits to the exercise of the sanctioning power of the Public Administration and the coercive process in the light of the current regulations are set.

1. Introducción

El derecho ambiental es una rama del derecho administrativo que surge de la necesidad de responder ante la sociedad con respecto de los problemas ambientales que se presentan ante la decisión del hombre de dominar la naturaleza. Es indudable que

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Administrativo. Maestría en Derecho Internacional Económico. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad de Lima, Universidad de Piura, Universidad San Ignacio de Loyola y ESAN.

² Miembro del Consejo Consultivo del Círculo de Derecho Administrativo (CDA).

la educación es el instrumento a través del cual el ser humano modera su comportamiento con el fin de proteger la vida. En tal sentido, exigir este comportamiento a través de la norma y la coacción es propio del derecho, en este caso en particular, de la Administración.

En un sentido amplio, se puede afirmar que el derecho ambiental implica la solución de problemas de justicia (en temas ambientales), sin embargo, consideramos que debe abarcar un mayor campo, y debe establecer, mediante una aplicación conjunta de los principios y normas, una eficiencia ambiental en el ejercicio de toda actividad del ser humano.

Esta capacidad y obligación de ejercer justicia por parte del derecho ambiental se refleja en nuestro ordenamiento a través de diversas normas (Ley 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley 28611 - Ley General del Ambiente), pero es en la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1013 y el Artículo 136 de la Ley 28611 en los que se establece expresamente que es el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) la autoridad encargada de ejercer la potestad sancionadora, así como regular las posibles sanciones a imponer.

El numeral 22 del Artículo 2 de la Constitución Política del Perú reconoce el derecho que tienen los individuos de “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”. Este es el principal motivo por el cual se ha establecido una serie de normas en busca de promover la protección y el uso sostenible del medio ambiente.

El derecho ambiental, como ya se ha mencionado, es una rama especializada del derecho administrativo, motivo por el cual no solo cuenta con la capacidad de desarrollar las técnicas generales y propias de este, sino que, además, puede desarrollar técnicas especializadas a la luz de la doctrina y del marco normativo nacional.

Entre las potestades que posee la Administración por intermedio del derecho administrativo, nadie discute la capacidad que tiene para que, a través de actos administrativos, pueda tipificar, clasificar, graduar y ejecutar sanciones, puesto que se entiende que la Administración realiza dichos actos en búsqueda del interés general; sin embargo, su actuación debe regirse por el respeto a los derechos fundamentales y a los principios normados dentro de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

La Ley 30011 modifica la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley N° 29325, e incorpora a su vez importantes modificaciones a los artículos 17, 19 y 20-A, los cuales están referidos a la potestad que tiene la Administración, la cual recae en la figura del OEFA: la potestad de tipificar, clasificar, graduar y ejecutar sanciones.

Las novedades más importantes de la Ley 30011, que modifica la Ley 29325, se encuentran en los artículos 17 y 19, los cuales le brindan al OEFA la potestad de tipificar, clasificar y establecer criterios, así como graduar las sanciones. Por otro lado, el artículo 20-A establece las pautas específicas que tiene que seguir el administrado en caso se busque suspender o dejar sin efecto una ejecución coactiva proveniente de un acto administrativo emitido por el OEFA.

El procedimiento establecido a través del artículo 20-A, difiere del marco normativo que rige para las demás entidades, el cual se encuentra en el Texto Único Ordenado de la Ley de Ejecución Coactiva aprobada por el Decreto Supremo 018-2008-JUS, y, además, ha generado una activa discusión sobre las potestades que tiene el OEFA, en materia de imposición de multas y en los procedimientos con los que cuenta para ejecutarlas.

El presente artículo busca analizar la idoneidad, legalidad y aplicación práctica de los artículos 17, 19 y 20-A en función del marco normativo y la doctrina existente, así como los elementos que deben regir la aplicación de toda norma administrativa, y las razones que justificarían su aplicación en el marco del derecho ambiental. Para el desarrollo del presente documento, se ha previsto realizar un análisis previo sobre los conceptos y presupuestos legales que resultan indispensables para lograr una óptima comprensión de este. En tal sentido, se dividirá el presente análisis en dos grandes temas, y se expondrán, finalmente, las conclusiones generales de ambos.

2. La potestad sancionadora y sus límites con relación a los artículos 17 y 19 de la ley 29325

2.1. La Potestad Sancionadora de la Administración

La potestad sancionadora proviene de la existencia de un derecho administrativo Sancionador, que según Nieto³, se sustenta en que “en principio, en todo derecho público están una potestad y un ordenamiento. Y cabalmente porque existen una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse con propiedad de un derecho administrativo sancionador”.

La atribución a la Administración Pública de potestades sancionadoras viene impuesta por la eficacia exigida para la realización de los fines que se les encomienda. Una transgresión del ordenamiento jurídico-administrativo ha de disponer que esta pueda emplear los medios idóneos y necesarios para restablecer el orden jurídico perturbado, y reponer el bien jurídico protegido al momento anterior de la infracción. Sin embargo, no es suficiente retrotraer la situación al momento previo al daño, sino que, por la trascendencia de los bienes lesionados, en este caso el medio ambiente, y con el fin de que estas conductas lesivas no sigan transgrediendo, es que se tipifican como infracciones sancionables.

Es cierto que la potestad punitiva es ejercida por los jueces; sin embargo, el derecho administrativo ya cuenta con la capacidad de ejercer potestad punitiva conforme a lo señalado por la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), la cual fue producto de la intervención económica del Estado, la doctrina y de diversos fallos del Tribunal Constitucional, en los que se reconoce la necesidad de dotar a la Administración la capacidad de sancionar las conductas lesivas.

La Ley 27444 regula el marco legal de los procedimientos administrativos, entre los cuales cabe distinguir la existencia de un tipo de procedimiento administrativo general y supletorio a la vez de los procedimientos regulados por leyes especiales. Por otra parte, en la propia LPAG es posible reconocer la existencia de dos tipos de procedimientos ad-

³ NIETO, Alejandro. “Derecho Administrativo Sancionador”. Madrid: Editorial Tecnos. 2008. pp. 201.

ministrativos especiales, en virtud de los cuales las entidades públicas toman decisiones definitivas que afectan los intereses de los administrados.

En el caso de los procedimientos administrativos generales, las entidades adoptan decisiones sobre peticiones que formulan los administrados, básicamente, para ser autorizados con el fin de realizar alguna actividad. A diferencia de este, los procedimientos administrativos especiales son de dos tipos: i) procedimiento administrativo trilateral, en el que las entidades tienen el deber de resolver un conflicto de intereses entre o dos o más sujetos del procedimiento; y ii) procedimiento administrativo sancionador, en el que las entidades ejercen su potestad sancionadora para garantizar el cumplimiento de normas de carácter obligatorio, frente a un administrado.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 27444, y tal como lo explica Danós⁴, se carecía de una regulación de un régimen de principios y lineamientos generales para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Por ello, el derecho administrativo sancionador no existía como tal, puesto que la dispersión normativa que reinaba en dicho contexto implicaba la inexistencia de un régimen jurídico al que evoca la noción de dicha rama.

No obstante lo señalado, la potestad sancionadora de la Administración, “podía percibirse a partir de la necesidad de regular las actividades económicas de los particulares; sin embargo, el no contar con un marco legal que sirviera como parámetro de los aspectos principales de la potestad sancionadora, significaba un constante riesgo que la Administración en ejercicio de su autotutela, pudiera vulnerar garantías y derechos fundamentales de los administrados”⁵.

La explicación de la potestad sancionadora de la Administración, según Danós⁶, se justifica en razones de orden práctico, pues resultaba necesario dotar a la Administración Pública de potestades coercitivas a fin de que esta pueda dar cumplimiento a las normas legales. Ello requiere una explicación adicional, pues la potestad sancionadora de la Administración no solo se fundamenta en su carácter práctico.

Así pues, el origen de esta potestad, tal como explican Nieto⁷ y Danós⁸, se encuentra en el genérico *ius puniendi* del Estado, que engloba tanto al derecho penal como al derecho administrativo sancionador y que, a su vez, dicha unidad del poder punitivo del Estado alcanza a todo tipo de manifestación sancionadora del Estado.

Con relación a su finalidad, esta resulta claramente definida por un aspecto esencial consistente en prevenir o desincentivar la realización de conductas ilícitas por parte de los administrados. Para tal efecto el ordenamiento debe estar orientado para la consecución de tal finalidad.

En la LPAG, a través del Capítulo II del Título IV, referido al Procedimiento Administrativo Sancionador, se pudo asimilar la existencia de un derecho administrativo sancionador,

⁴ DANÓS, Jorge. “La preferencia de los principios de la potestad sancionadora”. *Modernizando el Estado para un país mejor*. En: “Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo”. Lima: Palestra. 2010. pp. 861-862.

⁵ *Ibidem*. p. 862.

⁶ DANÓS, Jorge. “Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública”. En: *Ius et Veritas* N 10. Lima: Revista editada por estudiantes de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1995. p. 150.

⁷ NIETO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 91.

⁸ DANÓS, Jorge. *Op. cit.*, p. 150.

que a través de los años ha ido evolucionando bajo los mismos elementos que contribuyeron a su origen, como fue la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la doctrina nacional y extranjera. El Artículo 231⁹ de la LPAG señala, respecto de la potestad sancionadora, que esta le corresponde solo a aquellas autoridades que han sido designadas por ley o reglamento, y que su ejercicio, además de respetar el marco constitucional deberá seguir los principios contenidos en el artículo 230 de la LPAG, los cuales son:

a) Legalidad¹⁰

Este principio está consagrado a nivel constitucional en el Literal d) del Numeral 24 del Artículo 2 y establece que “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado por la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 2192-2004-AA/TC¹¹, ha establecido lo siguiente:

3. El principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Democrático. La Constitución lo consagra en su artículo 2, inciso 24, literal d), con el siguiente tenor: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” (la cursiva es nuestra).

Tal como se puede apreciar, este principio no solo es una garantía para los administrados, sino también establece la prohibición de la imposición de sanciones desprovistas de un marco legal, lo que, a su vez, implica que los reglamentos no podrían establecer infracciones y sanciones por sí mismos, puesto que solo normas con rango de ley podrían establecer sanciones¹².

En tal sentido es relevante señalar la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 127/1990 del 05 julio de 1990, en la que se establece que el principio de legalidad implica la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho determinado (*lex certa*), los cuales eran atribuidos a la legalidad penal, pero que son extensibles a la legalidad sancionadora.

⁹ Artículo 231.- Estabilidad de la competencia para la potestad sancionadora

El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas a quienes le hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto.

¹⁰ 1. Legalidad.- Solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2192-2004-AA/TC, de fecha 11 de octubre de 2004, sobre la acción de amparo interpuesta por Gonzalo Antonio Costa Gómez y doña Martha Elizabeth Ojeda Dioses contra el alcalde de la Municipalidad Provincial de Tumbes, con el objeto de que se declare sin efecto la Resolución de Alcaldía 1085-2003-ALC-MPT, de fecha 16 de diciembre de 2003, que les impuso la sanción de destitución de sus puestos de trabajo.

¹² PEDRESCHI, Willy. “Análisis sobre la potestad sancionadora de la administración pública y el procedimiento administrativo sancionador. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N 27444”. Lima: Ara Editores. 2003. p. 518.

Es importante recordar que parte del derecho administrativo sancionador surge en parte del *ius puniendi* aplicado al derecho penal, pero a diferencia de la aplicación del principio de legalidad en materia penal, la cual supone que nadie podrá ser condenado por actos que no se encuentren normados por ley (vigente) la aplicación de este principio es diferente para el derecho administrativo sancionador. Así lo establece Nieto¹³, al señalar que es inviable la aplicación del principio de legalidad penal en el derecho administrativo sancionador, por lo que es inimaginable la tipificación de las infracciones y sanciones administrativas sin la colaboración de un reglamento, dado que el proceso administrativo presenta una estructura completamente distinta a la penal. Este argumento se encuentra señalado en el principio de tipificación, motivo por el cual ambos se encuentran estrechamente vinculados, tanto que muchos autores incluso consideran que los principios de reserva de ley y tipicidad, son parte del desarrollo del principio de legalidad.

En el ordenamiento español (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 08/19841 del 30 de marzo, Fj. 3) el principio de legalidad del procedimiento administrativo sancionador tiene una triple garantía; el principio de reserva de ley, el principio de tipicidad y el principio de irretroactividad. Esto sin perjuicio de que, en el mismo artículo 25.1 CE, contenga de forma implícita otros principios, como el mandato de *non bis in idem* o el principio de culpabilidad¹⁴.

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha señalado en la Sentencia 8957-2006-PA/TC lo siguiente:

[...] el principio de legalidad comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial transcendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex praevia*) que permiten predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la añeja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley o norma con rango de ley ¹⁵ (la cursiva es nuestra).

Con respecto a la garantía del principio de legalidad, Nieto¹⁶ establece que existen dos garantías que el principio de legalidad debe cumplir: el primero es el principio de reserva de ley y el segundo es el principio de tipicidad. Pese a que se entiende que estos principios que garantizan el principio de legalidad tienen características propias y cualidades independientes, es cierto también que el concepto de uno y del otro actúan de forma conjunta, y se puede afirmar que son conceptos inescindibles.

Por su parte, Danós señala que el principio de legalidad se refiere a que este “supone la prohibición de la imposición de sanciones desprovistas de cobertura legal y la prohibi-

¹³ NIETO, Alejandro. Op. cit., pp. 21 y ss.

¹⁴ REBOLLO, Manuel, Manuel IZQUIERDO, Lucía ALARCÓN y Antonio M. BUENO. “Derecho Administrativo Sancionador”. Valladolid: Lex Nova. 2009. p. 111.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 61/1990

¹⁶ NIETO, Alejandro. Op. cit., p. 216.

ción de que los reglamentos establezcan infracciones y sanciones por iniciativa propia, sin amparo de normas con rango de ley”¹⁷ (la cursiva es nuestra).

b) Debido procedimiento¹⁸

Este principio ordena a la autoridad administrativa sujetarse al procedimiento administrativo previamente establecido y respetar las garantías del debido proceso¹⁹. En tal sentido, se entiende que este principio debe interpretarse tanto a la luz del Artículo 139, inciso 3, de la Constitución y el Numeral 1.2 del artículo 5 del Título Preliminar de la Ley 27444.

El derecho al debido proceso y por ende, el derecho al debido procedimiento administrativo, además de constituir un principio rector del actuar del Estado en el ejercicio del ius puniendi que le asiste, es un derecho reconocido a nivel constitucional a favor del justiciable, en la medida en que el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, reconoce como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

En este sentido, el Tribunal Constitucional reconoce al principio del debido procedimiento, como una manifestación del principio constitucional del debido proceso, llevado a cabo en sede administrativa. El Tribunal Constitucional, quien es el máximo intérprete de la Constitución señala que:

“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. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo –como en el caso de autos– o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”. (la cursiva es nuestra)

Para el Tribunal Constitucional, el debido proceso engloba otra serie de derechos de corte constitucional, que deben ser garantizados no sólo en sede judicial, sino también administrativa.

En efecto, el derecho al debido procedimiento constituye un mecanismo de garantía de una serie de derechos exigibles al momento de someter ante la autoridad administrativa la resolución de un conflicto de intereses, una situación de incertidumbre, la determinación de la comisión de una conducta sancionable y, en general, cuando la decisión de la Administración puede afectar los derechos, obligacionales o intereses de los administrados en el marco de un procedimiento administrativo.

Así, este conjunto de garantías (derecho de acceso a la autoridad, derecho de contradecir o defender una alegación, derecho a un juez imparcial, derecho a ofrecer y/o actuar

¹⁷ DANÓS, Jorge. Op cit., p. 153.

¹⁸ 2. Debido procedimiento.- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

¹⁹ VERGARAY, Verónica y Hugo GÓMEZ. “La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador”. Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde”. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). 2009. p. 413.

pruebas, derecho a recibir una resolución en un plazo razonable, etc.) comprende tanto el derecho a la defensa, como el derecho a la debida motivación.

c) Razonabilidad²⁰

Este principio busca que las autoridades administrativas prevean que la comisión de alguna conducta ilícita no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas vulneradas o asumir la sanción. De acuerdo con esto, la finalidad primordial de este principio para los administrados es desincentivar la comisión de ilícitos administrativos y para las autoridades administrativas es valorar los criterios previstos en orden de prelación, por la norma al momento de establecer sanciones a los administrados²¹.

Por lo tanto, las actuaciones de la autoridad administrativa respecto a calificar infracciones e imponer sanciones, en este caso, en el contexto de un proceso administrativo sancionador, deben mantener la proporción entre los medios y responder a la satisfacción del contenido.

En este sentido, debemos enfatizar que la potestad de la Administración debe ejercerse en un marco de razonabilidad y proporcionalidad. Es por ello que el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 0090-2004-AA/TC²², ha señalado que:

12. El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, según lo expone Fernando Sainz Moreno (vide supra), “una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integra, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica”.

Asimismo, en el Expediente 2192-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3 y 43, y plasmado expresamente en su artículo 200, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que

²⁰ 3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

²¹ VERGARAY, Verónica y Hugo GÓMEZ. Op. cit. pp. 414-415.

²² Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>

se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (la cursiva es nuestra)

El concepto de razonabilidad, conforme lo señala la doctrina nacional, también ha asimilado el concepto de razonabilidad con el de proporcionalidad en el ámbito administrativo. Así lo indica Morón²³ en los siguientes términos: “A nuestro entender, compartiendo la posición del Tribunal Constitucional nacional en esta materia, en materia sancionadora administrativa existe similitud entre la proporcionalidad y la razonabilidad, que como principios convergen en enfrentar la arbitrariedad a través de la razón, siendo que la proporcionalidad es la medida de lo razonable de la sanción”.

Dentro de esta misma línea, Correa y Vásquez²⁴, al igual que Frugone, afirman lo siguiente: “El procedimiento administrativo se rige por el principio de la proporcionalidad, el cual supone la razonable adecuación de la sanción a la falta; tomando en cuenta no solo lo que perjudica al funcionario sino cuanto lo beneficia, para sancionar del modo más justo o exonerar de responsabilidad cuando corresponda”²⁵.

Con relación al principio de proporcionalidad aplicado a la multa, es pertinente señalar lo establecido mediante informe legal realizado respecto a si el “cuadro de tipificación de infracciones ambientales y escala de multas y sanciones aplicables a la gran y mediana minería respecto de labores de explotación, beneficio, transporte y almacenamiento de concentrados de minerales”, el cual fue emitido por Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM y publicado el 10 de noviembre del 2012 en el diario oficial El Peruano, respetaba los principios regulados mediante el Artículo 230 de la LPAG, entre ellos, el principio de razonabilidad (proporcionalidad).

En dicho informe se indicaba que el principio de proporcionalidad impone la obligación de fijar una multa máxima y una mínima como presupuesto para que el aplicador de la sanción pueda individualizarla al caso concreto del infractor, eligiendo la multa adecuada dentro de ese rango. Asimismo, en dicho informe se estableció de acuerdo con el literal b) del Numeral 1 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1013, que el OEFA se encontraba en la facultad de ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión, por las infracciones que sean determinadas y de acuerdo con el procedimiento que se apruebe para tal efecto.

Siguiendo el razonamiento de dicha consulta legal, se puede afirmar que el artículo 17 de la Ley 29325, el cual se remite al artículo 136 de Ley 28611, señala los parámetros

²³ MORÓN, Juan Carlos. “Los principios de la potestad sancionadora de la administración pública a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Palestra del Tribunal Constitucional”. En: “Revista Mensual de Jurisprudencia”. Año 1, número 7. 2006, p. 642.

²⁴ CORREA, Rubén y Cristina VÁSQUEZ. “Manual de Derecho de la Función Pública”. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. 1998, p. 224.

²⁵ Idem., p. 232.

para su aplicación, además de contemplar los criterios para establecer la escala de sanciones mediante el artículo 19 de Ley 29325; con lo cual consideramos que estamos bajo los mismos supuestos de razonabilidad (proporcionalidad) a los cuales se concluyó en dicho informe.

d) Irretroactividad²⁶

Este principio, que se deriva del artículo 103 de la Constitución, establece la imposibilidad de imponer sanciones cuando la norma que las tipifica no hubiera estado en vigor al momento de la comisión de la infracción²⁷. No obstante, admite la posibilidad de aplicar normas sancionadoras posteriores, siempre que fueran favorables al administrado y mientras no exista un pronunciamiento firme por parte de la entidad²⁸.

e) Concurso de infracciones²⁹

Este principio, muy similar al previsto en el derecho penal, está referido a que, cuando una misma conducta infractora cometida por el administrado califique como más de una infracción, esta podrá ser subsumida dentro de uno o más tipos de infracciones administrativas, lo que genera que la sanción a aplicarse sería la de mayor gravedad, sin perjuicio de las demás responsabilidades que establezcan las leyes³⁰.

f) Continuación de infracciones³¹

La actual redacción de este principio, establece excepciones a la regla general para la aplicación de sanciones en caso el administrado incurra en forma continua en una infracción. En tal sentido, se requiere que hayan pasado por lo menos 30 días desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se haya solicitado al administrado que acredite el cese de la infracción en dicho plazo³².

²⁶ 5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

²⁷ PEDRESCHI, Willy. Op. cit., p. 535.

²⁸ Ídem, p. 536.

²⁹ 6. Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

³⁰ PEDRESCHI, Willy. Op. cit., p. 538.

³¹ 7. Continuación de infracciones.- Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

Las entidades, bajo sanción de nulidad, no podrán atribuir el supuesto de continuidad y/o la imposición de la sanción respectiva, en los siguientes casos:

a) Cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo contra el acto administrativo mediante el cual se impuso la última sanción administrativa.

b) Cuando el recurso administrativo interpuesto no hubiera recaído en acto administrativo firme.

c) Cuando la conducta que determinó la imposición de la sanción administrativa original haya perdido el carácter de infracción administrativa por modificación en el ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de principio de irretroactividad a que se refiere el Inciso 5.

³² VERGARAY, Verónica y Hugo GÓMEZ. Op. cit., p 423.

g) Causalidad³³

Este principio, sirviéndose del nexo de causalidad entre el sujeto infractor y la conducta infractora, busca que la sanción recaiga sobre quien haya vulnerado efectivamente el ordenamiento, tanto de manera activa como omisiva³⁴.

Por tal motivo, solo sería culpable el autor inmediato de la conducta ilícita y no los colaboradores o instigadores, tema que lleva a concluir que la responsabilidad es subjetiva, bastando definir el nexo causal entre el sujeto y la conducta ilícita. En consecuencia, no cabe atribuir responsabilidades solidarias³⁵.

h) Presunción de licitud³⁶

Este principio se deriva del principio constitucional de la presunción de inocencia. En tal sentido, la Administración debe presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes, en tanto no cuente con evidencias en contrario³⁷.

i) Non bis in idem³⁸

Con respecto a este principio, su redacción actual establece la prohibición de imponer sucesivas o simultáneas sanciones administrativas en el caso de que se observe identidad de sujeto, hecho y fundamento, salvo en caso se produjese el supuesto de la continuación de infracciones a efectos de evitar cuestionamientos respecto a la vulneración de este principio en todos los casos de continuación de infracciones.

j) Tipicidad³⁹

Finalmente, este principio, de acuerdo con la ley, consiste en que solo podrán sancionarse aquellas infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley, a través de su expresa tipificación, y no son aceptables interpretaciones extensivas o analógicas.

En el ordenamiento español Rebollo Puig, Izquierdo Carrasco, Alarcón Sotomayor y Bueno Armijo señalan que:

³³ 8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

³⁴ VERGARAY, Verónica y Hugo GÓMEZ. Óp. Cit., p. 428.

³⁵ Ibídem.

³⁶ 9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

³⁷ VERGARAY, Verónica y GÓMEZ, Hugo. Óp cit., p. 429.

³⁸ 10. Non bis in idem.- No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.

³⁹ 4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

[...] el principio de tipicidad en sentido estricto exige que la administración, en el ejercicio de su potestad sancionadora, identifique el fundamento legal de la sanción impuesta en cada resolución sancionatoria, con lo que se impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de la frontera que demarca la norma sancionadora. De ese modo se obliga a que la Administración realice una operación de subsunción caso por caso, indicando en qué norma se encuentra tipificada la infracción y motivando por qué los hechos son constitutivos de esa infracción y por qué a tales hechos corresponde la sanción que se impone. El ámbito propio de este principio, por tanto, será el de la interpretación de la norma sancionadora⁴⁰.

Un aspecto que llama la atención es la exigencia de la garantía para los administrados: que la conducta ilícita debe estar expresamente especificada. Sin embargo, lograr tal grado de precisión para la determinación de ilícitos administrativos resulta impráctico y hasta imposible⁴¹, puesto que lograr una descripción detallada y extensiva de cada una de las infracciones administrativas imputables a los administrados podría suponer miles de horas de trabajo y millones de hojas de papel sin que se logren determinar todos los ilícitos administrativos existentes o incluso por existir.

La flexibilidad de la exigencia de tipicidad responde a la realidad. Si se llegara a entender el principio de taxatividad como absoluto, se llegaría al absurdo de contar con innumerables leyes que contemplen listas de conductas consideradas sancionables, y aun siendo este el caso, la naturaleza humana, la cual se encuentra en constante cambio, así como el marco en el cual se desarrolla, haría imposible tipificar todas las conductas que vayan surgiendo sin que se queden fuera algunas. Es por este motivo que se necesita de tipos infractores redactados de manera abstracta o de tipificaciones indirectas (remisión a otras normas)⁴².

En este sentido, lograr tipificar todas las infracciones y sanciones a fin de que se pueda predecir, con un suficiente grado de certeza, el tipo y grado de la sanción susceptible de ser impuesta⁴³ es una exigencia que, en la práctica, no es absoluta.

Por otro lado, la LPAG indica que, para la tipificación de los ilícitos administrativos, en lo que se refiere a la identificación, especificación o graduación de las infracciones y sanciones, las normas con rango de ley pueden remitirse a otras normas, tales como reglamentos, siempre y cuando estas últimas no constituyan nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo que la ley lo permita.

Nieto⁴⁴ señala que "la colaboración reglamentaria no supone una excepción a la reserva de ley sino una modalidad de su ejercicio. La ley, si quiere, puede agotar por sí sola la regulación necesaria de la materia; pero también puede decidir quedarse incompleta, dejando huecos en blanco, y encomendar a un Reglamento que regule el resto de acuerdo con las instrucciones y pautas que le proporciona"⁴⁵.

⁴⁰ REBOLLO, Manuel, Manuel IZQUIERDO, Lucía ALARCÓN y Antonio M. BUENO. Op cit., p. 161.

⁴¹ VERGARAY, Verónica y GÓMEZ, Hugo. Op. cit, p. 428.

⁴² REBOLLO, Manuel, Manuel IZQUIERDO, Lucía ALARCÓN y Antonio M. BUENO. Op cit., p. 167.

⁴³ PEDRESCHI, Willy. Op. cit., p. 410.

⁴⁴ NIETO, Alejandro, Op. Cit., p. 265.

⁴⁵ *Ibidem*.

En nuestro ordenamiento el Tribunal Constitucional recoge esta idea en la sentencia recaída en el Expediente 05262-2006-PA/TC⁴⁶:

Sobre la posibilidad de regular las sanciones mediante reglamentos

5. Debe señalarse que este Tribunal, en la jurisprudencia antes mencionada, ha realizado una importante precisión en torno a lo que debe de entenderse por principio de legalidad y tipicidad: el primero se satisface cuando se cumple la previsión de las infracciones y sanciones en la ley; el segundo, en cambio, constituye la definición de la conducta que la ley considera como falta. Esta precisión de lo que se considera como antijurídico, desde el punto de vista administrativo, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como sucede en el presente caso (la cursiva es nuestra).

Esta sentencia establece que la tipificación de las conductas ilícitas no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que, dentro de los parámetros de la ley, podría ser viable la colaboración o complementación por parte de los reglamentos. En la práctica, en nuestro ordenamiento es común admitir la colaboración reglamentaria tanto de las conductas ilícitas como de sanciones, siempre que no trasgredan la ley. Es importante recordar que el reglamento aparece en el ordenamiento sancionador solo si ha sido habilitado por ley y solo podrá regular aquello que le fue encargado por ley, siguiendo las pautas y criterios contenidos dentro de la norma.

En el presente documento, es importante evaluar la necesidad de señalar que las modificatorias realizadas por la Ley 30011 también se realizaron sobre el artículo 11 de la Ley 29325, a través de las cuales se faculta al OEFA el ejercicio de la función normativa con la cual podrá tipificar infracciones, así como aprobar la escala de sanciones respectivas:

Artículo 11.- Funciones generales

[...]

11.2 El OEFA, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), ejerce las siguientes funciones:

a) Función normativa: comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materia de sus competencias, las normas que regulen el ejercicio de la fiscalización ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), y otras de carácter general referidas a la verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables de los administrados a su cargo; así como aquellas necesarias para el ejercicio de la función de supervisión de entidades de fiscalización ambiental, las que son de obligatorio cumplimiento para dichas entidades en los tres niveles de gobierno.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N 05262-2006-PA/TC, de fecha 29 de marzo de 2007, sobre la acción de amparo interpuesta por Luis Alberto Novoa Cabrera, representante de la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. (Edelnor S.A.A.), contra el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía -Osinerg- a fin de que se declare inaplicable la Resolución OSINERG N 017-2004-OS/CD, de fecha 9 de febrero de 2004.

En ejercicio de la función normativa, el OEFA es competente, entre otros, para tipificar infracciones administrativas y aprobar la escala de sanciones correspondientes, así como los criterios de graduación de estas y los alcances de las medidas preventivas, cautelares y correctivas a ser emitidas por las instancias competentes respectivas [...]

Los criterios señalados por el artículo 11 de la Ley 29325, modificada por la Ley 30011, se encuentran amparados por el principio de tipicidad recogido en el numeral 4 de la LPAG, y es una salvedad al principio de legalidad, la cual, como hemos observado, se encuentra legalmente admitida. Sobre esta salvedad al principio de legalidad, Northcote⁴⁷ señala lo siguiente:

Ahora bien, se presenta un fenómeno interesante en cuanto a la tipicidad, pues son muchos los casos en que la tipificación de infracciones por una norma con rango de ley muchas veces implica el uso de términos o fórmulas generales que requieren un desarrollo posterior a través de una norma de inferior jerarquía. Sobre este aspecto, la Ley 27444, al regular al principio de tipicidad, dispone que las normas reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar las normas que tipifican las conductas o determinan las sanciones, pero sin que ello implique la configuración de nuevas infracciones, salvo los supuestos en que la propia norma con rango de ley faculta la tipificación por vía reglamentaria (la cursiva es nuestra).

Por otro lado, el hecho de que la Administración pueda tipificar o configurar sanciones y conductas sancionables mediante vía reglamentaria, no implica que no deba cumplir con las tres exigencias de este principio (*lex previa*, *lex scripta* y *lex certa*), que es considerado como el aspecto material de este.

Sobre estas exigencias, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 01514-2010-PA/TC, ha señalado lo siguiente:

El Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada y uniforme jurisprudencia (STC 2050-2002-AA/TC, STC 5262-2006-PA/TC y STC 8957-2006-PA/TC) que el principio de legalidad en materia sancionadora impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, así como prohíbe aplicar una sanción si tampoco está previamente determinada por ley. Como se ha expresado también (Caso de la Legislación Antiterrorista, Exp. 010-2002-AI/TC) este principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*) y que la ley describa un hecho estrictamente determinado (*lex certa*). Es decir, supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, esto es, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y que permitan saber a qué atenerse en cuanto a responsabilidades y eventuales sanciones (la cursiva es nuestra).

⁴⁷ NORTHCOTE, Cristian. "Importancia del principio de tipicidad en el procedimiento administrativo sancionador". En: Actualidad Empresarial, N 191. 2009. pp. VIII-2. (http://www.aempresarial.com/web/revitem/41_10166_23874.pdf)

Con respecto al artículo 17 de la Ley 29325, modificada por la Ley 30011 – artículo mediante el cual se tipifican las conductas sancionables–, es posible afirmar a la luz de lo señalado en los párrafos precedentes, que la delegación reglamentaria estaría amparada, siempre y cuando exista ley expresa que lo tipifique, y siempre que se encuentre dentro del marco señalado por la ley, puesto que el reglamento no puede alejarse de los parámetros legales establecidos.

Es importante señalar que una ley incompleta (por su contenido) o una ley de remisión (por su función), debe ser consciente de sus carencias, por lo cual deberá encomendar al reglamento la tarea de completarlas, además de indicarle cómo hacerlo. El reglamento no suple los olvidos de la ley sino que completa lo que esta ha dejado de forma deliberada solamente esbozado o acaba lo que se ha dejado sin terminar pero ya comenzado. De aquí que se hable de colaboración y no de sustitución⁴⁸.

En ese orden de ideas, se puede apreciar como el artículo 17 de la Ley 29325, modificada por la Ley 30011, se remite al artículo 136⁴⁹ de la Ley 28611 con el fin de conformar un solo bloque jurídico mediante la colaboración de ambas normas.

Una lectura combinada del artículo 11 de la Ley 29325 y de lo establecido en la LPAG, así como en los distintos fallos del Tribunal Constitucional y la doctrina nacional e inter-

⁴⁸ NIETO, Alejandro. Op. cit., pp. 265-266.

⁴⁹ Artículo 136.- De las sanciones y medidas correctivas

136.1 Las personas naturales o jurídicas que infrinjan las disposiciones contenidas en la presente Ley y en las disposiciones complementarias y reglamentarias sobre la materia, se harán acreedoras, según la gravedad de la infracción, a sanciones o medidas correctivas.

136.2 Son sanciones coercitivas:

a. Amonestación.

b. Multa no mayor de 10,000 Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha en que se cumpla el pago.

c. Decomiso, temporal o definitivo, de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción.

d. Paralización o restricción de la actividad causante de la infracción.

e. Suspensión o cancelación del permiso, licencia, concesión o cualquier otra autorización, según sea el caso.

f. Clausura parcial o total, temporal o definitiva, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la infracción.

136.3 La imposición o pago de la multa no exime del cumplimiento de la obligación. De persistir el incumplimiento éste se sanciona con una multa proporcional a la impuesta en cada caso, de hasta 100 UIT por cada mes en que se persista en el incumplimiento transcurrido el plazo otorgado por la Autoridad Competente.

136.4 Son medidas correctivas:

a. Cursos de capacitación ambiental obligatorios, cuyo costo es asumido por el infractor y cuya asistencia y aprobación es requisito indispensable.

b. Adopción de medidas de mitigación del riesgo o daño.

c. Imposición de obligaciones compensatorias sustentadas en la Política Ambiental Nacional, Regional, Local o Sectorial, según sea el caso.

d. Procesos de adecuación conforme a los instrumentos de gestión ambiental propuestos por la autoridad competente.

nacional, nos permite afirmar que los artículos 17⁵⁰ y 19⁵¹ de la Ley 29325, modificados por la Ley 30011, cumplen con estar habilitados por ley expresa para tipificar infracciones y sanciones; esto en función de que la norma remitente y la remitida forman un solo bloque normativo. Es necesario de que la ley cuente con lo mínimo e indispensable, motivo por el cual podrá encomendar al reglamento la potestad de complementar dicha norma (complementar presupone la existencia de algo previo), tal como es el caso de los artículos 17 y 19 de la Ley 29325.

Por otro lado, los artículos 17 y 19 de la Ley 29325 cuentan con una habilitación expresa; sin embargo, es importante resaltar que autores como Nieto⁵² señalan:

Si bien una ley sancionadora escrupulosa habría de utilizar la siguiente fórmula: primero explicaría su propia incompletud justificando la llamada a la colaboración reglamentaria; luego, habilitaría de forma expresa un futuro reglamento (se autoriza al Gobierno para que reglamente los siguientes extremos, que por las razones dichas no aparecen regulados en la ley) y, en fin, establecería las pautas

⁵⁰ Artículo 17.- Infracciones administrativas y potestad sancionadora
Constituyen infracciones administrativas bajo el ámbito de competencias del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) las siguientes conductas:

- a) El incumplimiento de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental.
- b) El incumplimiento de las obligaciones a cargo de los administrados establecidas en los instrumentos de gestión ambiental señalados en la normativa ambiental vigente.
- c) El incumplimiento de los compromisos ambientales asumidos en contratos de concesión.
- d) El incumplimiento de las medidas cautelares, preventivas o correctivas, así como de las disposiciones o mandatos emitidos por las instancias competentes del OEFA.
- e) Otras que correspondan al ámbito de su competencia.

El cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables antes mencionadas es obligatorio para todas las personas naturales o jurídicas que realizan las actividades que son de competencia del OEFA, aun cuando no cuenten con permisos, autorizaciones ni títulos habilitantes para el ejercicio de las mismas. Esta disposición es aplicable a todas las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA), respecto de sus competencias, según corresponda.

Cuando el OEFA obtenga indicios razonables y verificables del incumplimiento de las condiciones para que una actividad se encuentre en el ámbito de competencias de los gobiernos regionales, y por tanto su condición actual debiera corresponder al ámbito de competencias del OEFA, este se encuentra facultado para desarrollar las acciones de fiscalización ambiental a que hubiere lugar.

Las acciones que ejerza el OEFA, conforme a lo señalado en el presente artículo, se realizan sin perjuicio de las competencias que corresponden a los gobiernos regionales y demás Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA), así como al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGIM) y a otras entidades sectoriales, conforme a sus competencias.

Mediante decreto supremo refrendado por el Ministro del Ambiente a propuesta del OEFA, se establecen disposiciones y criterios para la fiscalización ambiental de las actividades mencionadas en los párrafos anteriores. El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) ejerce la potestad sancionadora respecto de las obligaciones ambientales establecidas en los planes, programas y demás instrumentos de gestión ambiental que corresponda aprobar al Ministerio del Ambiente (MINAM). Mediante resolución de Consejo Directivo del OEFA se tipifican las conductas y se aprueba la escala de sanciones aplicables. La tipificación de infracciones y sanciones generales y transversales será de aplicación supletoria a la tipificación de infracciones y sanciones que utilicen las EFA.

⁵¹ Artículo 19.- Clasificación y criterios para la clasificación de sanciones

19.1 Las infracciones y sanciones se clasifican como leves, graves y muy graves. Su determinación debe fundamentarse en la afectación a la salud y al ambiente, en su potencialidad o certeza de daño, en la extensión de sus efectos y en otros criterios que puedan ser definidos de acuerdo a la normativa vigente.

19.2 El Consejo Directivo del OEFA aprueba la escala de sanciones donde se establecen las sanciones aplicables para cada tipo de infracción, tomando como base las establecidas en el artículo 136 de la Ley 28611, Ley General del Ambiente.

⁵² NIETO, Alejandro. Op. cit., p. 274.

o criterios a los que habría de sujetarse la posterior reglamentación, remitiéndose con estas condiciones a su contenido.

Sin embargo en la práctica se prescinde de la justificación de la incompletud y en muchos casos de la habilitación expresa. Si bien la habilitación es inexcusable; pero no es imprescindible que se realice mediante una cláusula expresa sino que puede realizarse de forma implícita. Caben las habilitaciones implícitas pero no las remisiones implícitas, debido a que la remisión debe contener un mínimo material que falta en la fórmula implícita (la cursiva es nuestra).

Mediante esta última afirmación, cabe señalar que, en caso los artículos 17 y 19 de la Ley 29325 no hubiesen contado con habilitación expresa, su validez y legalidad no hubiesen sido afectadas, siempre y cuando contasen con una habilitación implícita, basada en un mínimo contenido de la norma.

3. Ejecutoriedad de los actos administrativos con relación a lo establecido en el artículo 20-A de la ley 29325

3.1. El Principio de la Autotutela

El principio de autotutela aparece como consecuencia del desarrollo histórico y de la forma en que se ha entendido el principio de la separación de poderes a partir de la Revolución francesa⁵³. Esto debido a que la solución de los litigios en que están implicados el Poder Ejecutivo y sus agentes no podía ser confiada a los tribunales (ordinarios), pues de lo contrario, el Poder Ejecutivo quedaría subordinado al Poder Judicial⁵⁴.

La autotutela es una institución de la teoría general del derecho, por lo tanto no es solo peculiar del derecho administrativo, pues tiene gran importancia en relación con el ámbito de defensa o tutela. La posibilidad que los ciudadanos tienen de autodefenderse no está excluida del todo en nuestro sistema, ni en la mayoría de los diversos sistemas mundiales, puesto que existen algunos supuestos mediante los cuales la prohibición de obtener justicia por mano propia está permitida. Sin embargo, esta defensa o autodefensa debe ser reconocida por norma expresa, a diferencia de la facultad otorgada a la Administración, en la que la autotutela es la regla general y solo se la excluye mediante ley expresa⁵⁵.

La Administración Pública, cuando ejerce una tarea propiamente administrativa, aparece investida de privilegios que no son concebibles o son inexistentes en otros sujetos jurídicos. Estos privilegios derivan del principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, con lo cual se establece que los actos administrativos, en su mayoría, poseen la fuerza necesaria para aplicarse de forma inmediata y por sí misma, es decir, sin necesidad de la intervención de la autoridad judicial, esto en parte a que los actos administrativos gozan de una presunción de legitimidad.

⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "La Revolución francesa y la administración contemporánea". Madrid: Taurus. 1972. p. 113.

⁵⁴ VEDEL, Georges. "Derecho administrativo". Traducción española de la sexta edición francesa. Madrid: Editorial Aguilar. 1980. p. 56

⁵⁵ MUÑOZ, Santiago. "Tratado de derecho administrativo y derecho público general". Tomo I. Madrid: Thomson-Civitas. 2004. p. 473.

La ejecutoriedad es el resultado de presumir que los actos administrativos son legítimos, y aunque se trata de una presunción legal que admite prueba en contrario, el privilegio favorece a la Administración, dado que impone a los particulares que en caso consideren este acto ilegal, serán ellos quien deberán probarlo, con lo cual la carga de la prueba es impuesta a los particulares. La ejecutoriedad no es otra cosa, más que la manifestación de alguno de los privilegios que detenta la administración, los cuales emanan del principio de autotutela.

El principio de autotutela permite a la Administración cumplir con sus finalidades institucionales, pues mediante este principio es que “la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del status quo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial”⁵⁶.

En consecuencia, se puede afirmar que la Administración se encuentra en la facultad de ejecutar directamente sus actos administrativos sin necesidad de recurrir a la vía judicial⁵⁷, utilizando la coacción en forma excepcional y conforme los límites del ordenamiento jurídico⁵⁸.

En palabras de Morón⁵⁹ se dice que “en esencia, la potestad para ejecutar sus propias resoluciones constituye una de las expresiones más nítidas de la Autotutela administrativa con que el ordenamiento legal provee a la Administración Pública para la preservación del orden público y alcanzar la satisfacción de los intereses generales. Ni el recurso administrativo o la demanda judicial afectan esta calidad de la autoridad administrativa”.

Al respecto Cassagne⁶⁰, considerando a la autotutela como el principio de la ejecutoriedad, señala lo siguiente:

c) El principio de la ejecutoriedad: Es un típico privilegio “hacia afuera” que habilita a los órganos que ejercen la función materialmente administrativa para disponer la realización o cumplimiento del acto sin intervención judicial, apelando excepcionalmente al uso de la coacción dentro de los límites dispuestos por el ordenamiento jurídico. El principio de la ejecutoriedad admite dos subespecies importantes: a) la que se opera en sede administrativa por su propia virtualidad o por disposición de una norma sin apelar al uso de la coacción y b) la facultad de ejecutar en forma coactiva el acto por parte de los órganos que ejercen la función materialmente administrativa, debiendo advertirse que esta prerrogativa es, en principio, excepcional en nuestro ordenamiento constitucional en virtud de que la ejecución coactiva de un acto en la persona o bienes del administrado integra el contenido de la función que la Constitución atribuye a los jueces, configurando un sistema material a favor del administrado.

⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNANDEZ. “Curso de derecho administrativo”. Volumen I. Décima edición. Madrid: Civitas. 2000. p. 505.

⁵⁷ DIEZ, Manuel. “Derecho Procesal Administrativo”. Buenos Aires: Astrea. 1996. p. 319.

⁵⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. “La ejecutoriedad del acto administrativo”. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1971. pp. 21 y ss.

⁵⁹ MORÓN, Juan Carlos. “Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”. Lima: Gaceta Jurídica. 2002. p. 404.

⁶⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit., p. 21.

En nuestra opinión, la autotutela administrativa es el instrumento técnico del que goza la Administración Pública mediante el cual se le brinda el poder actuar y ejecutar sus decisiones mediante actos administrativos, sin la necesidad de acudir a los tribunales para que estos sean quienes obliguen al destinatario del acto.

Con relación a las decisiones de la Administración, es importante señalar que estas poseen una presunción de legalidad, la cual conlleva que tengan título ejecutivo y ejecutorio. Además, en caso de resistencia a cumplir con la decisión administrativa, la Administración tampoco necesita de la intervención de los tribunales para imponer coactivamente el cumplimiento, sino que puede lograrlo a través de sus propios medios coactivos o de ejecución forzosa. Esto determina que en caso los administrados discrepen y se opongan a las decisiones de la Administración, sean estos los que busquen acudir al órgano jurisdiccional con el fin de lograr la paralización del acto, la anulación, que se les reestablezca la situación jurídica previa a dicho acto, o que se les repare las lesiones patrimoniales o morales provocadas por dicha actuación.

Es importante señalar que la autotutela, si bien busca salvaguardar y dotar de eficacia a la función esencial de la Administración Pública, es objeto de limitaciones contenidas en la Constitución y en el ordenamiento jurídico en su conjunto, además que podrá ser objeto de variaciones o limitaciones futuras si es que el legislador lo considera pertinente⁶¹. El principio de autotutela comprende entre sus variantes la denominada autotutela declarativa y la llamada autotutela ejecutiva.

3.1.1. Autotutela Declarativa

La autotutela declarativa es aquel poder que ostenta la Administración mediante el cual crea, modifica o extingue situaciones jurídicas subjetivas por su sola necesidad sin que sea necesaria la intervención de los tribunales. Asimismo, es capaz de definir una situación jurídica que enfrente a la Administración contra un particular o resolver una controversia entre dos o más particulares.

De acuerdo con señalado por Peña⁶²:

La ejecutividad o autotutela declarativa consiste en la declaración emanada de la Administración Pública (...) la mencionada presunción de legalidad implica postular en términos generales que todo acto administrativo ha sido dictado ajustándose a las correspondientes normas jurídicas. O sea, que por obra de la ley se presume que existe una compatibilidad sustantiva y adjetiva del acto tanto en la norma atributiva de competencia, como con el que fija los requisitos de validez y perfeccionamiento de la decisión.

⁶¹ Según el Informe Defensorial N 121, p. 21: "La autotutela es necesaria para el funcionamiento, eficiencia y efectividad de todo procedimiento administrativo. Asimismo, en la práctica, confiere un gran poder a la Administración, que no sólo conoce las reglas, sino también, por lo general, el derecho que ampara o debe amparar su decisiones. Se trata de un poder que debe ser ejercido en función de límites impuestos por la Constitución y el ordenamiento jurídico en su conjunto, y con respeto, por supuesto, de los derechos fundamentales".

⁶² PEÑA, José. "Manual de derecho administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999." Vol 1-3. Colección Estudios Jurídicos, primera Reimpresión. Caracas. 2002.

3.1.2. Autotutela Ejecutiva

El profesor García de Enterría señala que “[a]sí como la Autotutela declarativa se manifiesta en una declaración o en un acto, la ejecutiva supone el paso al terreno de los hechos, del comportamiento u operaciones materiales, concretamente al uso de coacción frente a terceros”⁶³.

Autores como Huapaya⁶⁴ señalan que:

(...) llevar hacia los hechos la actividad formal de la administración presupone entonces, pasar de un marco genérico de una manifestación de la denominada autotutela declarativa de la Administración, a un plano fáctico, o de ejecución de la declaración de voluntad realizada por la Administración es decir, a un escenario donde se desarrollará la denominada autotutela ejecutiva de la Administración⁶⁵, es decir, el ejercicio del poder de usar su propia coacción, sin necesidad de recabar el apoyo judicial.

El legislador habilita a la Administración mediante la autotutela ejecutiva, a que ejecute, a través del uso de la coacción, los mandatos contenidos en las decisiones que regulan las relaciones jurídicas entre la Administración y los administrados. Esta atribución de poder coactivo que posee la Administración, está amparada no solo en una presunción de legalidad sino en un marco legal existente, el cual le permite el uso de la fuerza sobre los derechos y bienes del administrado. Si la Administración actuara fuera de los márgenes concedidos por el marco legal, se estaría hablando de la existencia de una coacción ilegítima.

En el presente trabajo, no se abordará el tema referido a la coacción ilegítima, o también denominada vías de hecho administrativas, la cual se da cuando la Administración no respeta las reglas establecidas para su actuación. Este tema no será analizado debido a que tanto en el análisis como en las conclusiones del presente artículo, señalamos que las potestades y la acción coactiva que ostenta el OEFA, están amparados por actos administrativos válidos y que el procedimiento que efectúa para ejecutar dichos actos no transgrede las normas o los principios del ordenamiento jurídico.

3.2. La Coacción Legítima

La Administración puede hacer uso de su poder para recurrir al empleo de medios de coacción legítima, bien sea para imponer la ejecución forzosa de los actos administrativos, o para actuar directa e inmediatamente sobre una situación de hecho con vistas a producir su modificación, sin que se trate de imponer el cumplimiento de un acto administrativo previo declarativo⁶⁶. Es así, que podemos dividir dos supuestos respecto a la coacción legítima; el primero sería aquel referido a la denominada ejecución forzosa y un segundo supuesto que se denomina coacción directa.

⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNANDEZ. Op. cit., p. 512

⁶⁴ HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Tratado del Proceso Contencioso Administrativo”. Lima: Juristas Editores. 2006. p. 649.

⁶⁵ La Autotutela Ejecutiva es reconocida ya jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional, a partir de lo establecido en el Fundamento Jurídico N 46 de la STC Exp. N 0015-2005-PI/TC, caso “Luis Castañeda Lossio c/ Congreso de la República”, sobre presunta inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley de Ejecución Coactiva.

⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNANDEZ. Op. Cit., p. 765.

3.2.1. La ejecución forzosa

La ejecutividad del acto administrativo es la potestad jurídica que se reconoce a la Administración con el fin de que ejecute los actos y operaciones necesarias para el cumplimiento de los actos administrativos declarados.

García de Enterría y Fernández⁶⁷ señalan que la ejecución forzosa de un acto administrativo implica llevar a su aplicación práctica, en el terreno de los hechos, la declaración que el mismo se contiene, no obstante la resistencia, pasiva o activa, de la persona obligada a su cumplimiento.

Con relación a los actos administrativos, Barcelona⁶⁸ señala que la característica genérica de los actos administrativos, precisamente, será su ejecutividad, es decir, su susceptibilidad de producción de efectos jurídicos en la esfera de los administrados a través de la emisión de un mandato vinculante⁶⁹.

Cuando la Administración imponga mediante un acto administrativo una orden, restricción, limitación o mandato, está imponiéndole al administrado un deber jurídico obligatorio el cual deberá cumplir. El administrado podrá cumplir esta orden, restricción, limitación o mandato de manera voluntaria, pero en caso de no estar conforme con dicho acto o de plantear oposición frente a este, la Administración podrá y deberá recurrir a los mecanismos que derivan de la autotutela ejecutiva, con el fin de coaccionar y efectuar mediante ejecución coactiva el cumplimiento contenido en dicho acto.

En razón de que dichas decisiones (manifestadas mediante actos administrativos) involucran un interés público, estas gozan de los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad (conocida esta última, por la doctrina, como ejecución forzosa), los cuales garantizan la efectividad del mismo.

Las decisiones que emitan las entidades públicas tienen como finalidad satisfacer el interés público que se encuentra involucrado, por ejemplo en el otorgamiento de un permiso, en una resolución de un conflicto de interés o en el ejercicio de la potestad sancionadora, dependiendo del tipo de procedimiento administrativo.

La ejecutividad de los actos administrativos es entendida por la doctrina de la siguiente manera:

Por ejecutividad se entiende una característica que tradicionalmente se ha considerado propia de todo acto administrativo, en tanto manifestación de una potestad o atribución pública, como es la de ser plenamente eficaz y constitutivo de las situaciones jurídicas por él definidos desde el momento mismo de su emisión sin que la oposición del particular –a través de los medios impugnatorios que la ley pudiera habilitar– pueda impedirlo, sin perjuicio de lo que en sede jurisdiccional se pueda disponer⁷⁰.

⁶⁷ Ibídem.

⁶⁸ BARCELONA, Javier. "Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos". Santander: Universidad de Cantabria. 1995. p. 39.

⁶⁹ HUAPAYA, Ramón. Op. Cit., p. 651.

⁷⁰ TIRADO, José Antonio. "Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva". Lima: Jurista Editores. 2006. p. 29.

En el mismo sentido, Bandeira de Mello⁷¹, señala lo siguiente con respecto a la exigibilidad y la ejecutoriedad:

“La exigibilidad (conocida también como ejecutividad): Es la cualidad en virtud de la cual el Estado, en el ejercicio de la función administrativa, puede exigir de terceros el cumplimiento, la observación, de las obligaciones que impuso (...). La exigibilidad es el atributo del acto por el cual se refuerza a la obediencia, a la atención de la obligación ya impuesta. (...) [Mientras, por otro lado] La ejecutoriedad: Es la cualidad por la cual el poder público puede obligar materialmente al administrado al cumplimiento de la obligación que impuso y exigió. Asimismo, obsérvese que tanto la exigibilidad como la ejecutoriedad tienen como característica el hecho de imponerse sin necesidad de que la administración vaya a juicio, como si se daría en el caso de un acto de particular (la cursiva es nuestra).”

Por su parte, Morón⁷², señala lo siguiente:

Como conocemos, del acto administrativo derivan dos efectos referidos a la vinculación de los sujetos obligados a su cumplimiento: la ejecutividad, que es un atributo de eficacia (cualidad material), y la ejecutoriedad, que está referida al atributo de coaccionar la voluntad de los demás para concretar su realización (cualidad instrumental). La denominada ejecutividad del acto administrativo alude al común atributo de todo acto administrativo de ser eficaz, vinculante o exigible, por contener una decisión, declaración o una certificación de la autoridad pública. En este sentido, la ejecutividad equivale a la aptitud que poseen los actos administrativos –como cualquier acto de autoridad– para producir frente a terceros las consecuencias de toda clase que conforme a su naturaleza debe producir, dando nacimiento, modificando, extinguiendo, interpretando o consolidando la situación jurídica o derechos de los administrados (...). Por otro lado, la ejecutoriedad de los actos administrativos puede ser definido como “una especial manifestación de la eficacia de los mismos, por lo cual ello, cuando imponen deberes y restricciones a los particulares, pueden ser realizados aun en contra su voluntad por los órganos directos de la administración, sin que sea necesaria la previa intervención de la acción declarativa de los órganos jurisdiccionales” (la cursiva es nuestra).

En consecuencia, la ejecutoriedad de los actos administrativos constituye una manifestación de las potestades que derivan del principio de autotutela ejecutiva, es decir, la facultad de disponer el cumplimiento de asuntos que han sido previamente resueltos por la Administración Pública sin intervención judicial previa, de manera tal, que todos los actos administrativos pueden ser objeto de ejecución forzosa, salvo que una ley los excluya u obligue a acudir al Poder Judicial.

El artículo 192 de la LPAG, precisa al respecto lo siguiente: “Artículo 192.- Ejecutoriedad del acto administrativo. Los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio⁷³, salvo dis-

⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Curso de derecho administrativo”. Traducción de Labraña Parra, Valeria Estefanía. México. 2006. p. 359

⁷² MORON, Juan Carlos. “La nueva dimensión constitucional de la ejecutividad administrativa: reflexiones necesarias a partir de la STC N 0015-2005-PI/TC”. En: Palestra Constitucional, N 1. 2006. pp. 357-358.

⁷³ Sobre esta disposición se ha señalado, que “los actos administrativos tienen el atributo de constituir auténticos títulos jurídicos, con plena suficiencia y que tienen fuerza obligatoria, por lo que se bastan a sí mismos.

posición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley”.

Por lo tanto, resulta pertinente comentar que todo acto administrativo tiene carácter ejecutorio, salvo que exista alguna disposición legal en contrario, mandato judicial o se encuentren sujetos a condición o plazo, tal como lo dispone el Artículo 192 de la LPAG. Los actos administrativos —menos aquellos expresamente establecidos por ley— son ejecutorios, vale decir, que su emisión obliga al inmediato cumplimiento aunque otro sujeto discrepe sobre su legalidad. Esta cualidad de los actos administrativos se aplica a todos los que se expiden. De esta manera, la decisión administrativa se beneficia de una presunción de legalidad que la hace de cumplimiento necesario, sin necesidad de tener que obedecer alguna sentencia declarativa previa. Esta presunción de legalidad es la que produce efecto desde el día que se dicten los actos administrativos. Más aún, si existiera una sentencia que pone fin a este acto, no se suspenden los efectos ya producidos y la ejecución subsiguiente del acto recurrido.

Así lo explica, claramente, Rizo⁷⁴ cuando analiza la naturaleza ejecutoria del acto administrativo:

[...] la Administración Pública aparece investida de los poderes necesarios para realizar por sí misma la Autotutela de su derecho, y para ello declara por sí misma cuál es su derecho, de donde el carácter obligatorio del acto administrativo; y procede a ejecutar por sus propios medios y contra la voluntad de los obligados, lo que previamente ha declarado. El acto administrativo es ejecutivo; y ejecutivo es lo que tiene fuerza de ejecución y ejecutorio es lo que por sí mismo es ejecutivo, circunstancias ambas que cuadran al acto administrativo. En efecto, producido el acto administrativo, tiene virtualidad ejecutiva; es decir, ha de cumplirse y no espera ni permite que se difiera a otro tiempo la ejecución. El acto administrativo es, pues, ejecutivo y ejecutorio; siendo claro que lo ejecutivo es una cualidad sustancial y lo ejecutorio es meramente instrumental. Por ello, si bien la ejecutoriedad requiere fuerza de ejecución, no presupone la originaria existencia de la ejecutividad, ni la ejecutividad lleva necesariamente aparejada la ejecutoriedad. Si ambas coinciden en el acto administrativo es por la necesidad de dejar a salvo de interferencias el cumplimiento de las resoluciones que afectan a los intereses públicos y el principio de la independencia de los diversos Poderes del Estado.

Asimismo, con respecto a este tema es pertinente resaltar el segundo párrafo del fundamento 5 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 06269-2007-PA/TC, el cual precisa que:

La cobranza coactiva es una de las manifestaciones de la Autotutela ejecutiva de la que gozan algunas entidades administrativas, por lo que éstas se encuentran facultadas para ejecutar el cobro coactivo de deudas exigibles (sean tributarias o

Es decir, que no requieren la declaración confirmatoria o ratificatoria de otra autoridad pública distinta a los que los produce para tener plena validez jurídica —valga decir, para crear, modificar o extinguir derechos e imponer obligaciones—. HERNANDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. “El Procedimiento Administrativo a los 100 años de entrada en vigencia de la LPAG”. En: Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, N 67. pp. 360-380.

⁷⁴ RIZO, Armando. “Manual elemental de derecho administrativo”. Tomo I. León: Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua. 1991. p. 434.

no). Tal como lo indicó este Tribunal Constitucional en el fundamento 46 de la STC 0015-2005-AI/TC, la facultad de autotutela de la Administración Pública de ejecutar sus propias resoluciones –como sucede en el caso del procedimiento de ejecución coactiva– se sustenta en los principios de presunción de legitimidad y de ejecución de las decisiones administrativas, lo que también implica la tutela de los derechos fundamentales de los administrados que puedan verse amenazados o vulnerados por la actividad de la Administración, como son los derechos al debido procedimiento y a la tutela judicial efectiva⁷⁵.

Queda claro entonces, que la ejecutoriedad⁷⁶ del acto administrativo se refiere al poder que tiene la Administración para coaccionar a los administrados a cumplir con lo ordenado, mientras que la ejecutividad del acto se refiere a su obligatoriedad o exigibilidad del mismo como tal. Por tanto, ambos atributos son una manifestación de la potestad de autotutela de la Administración que garantiza la protección del interés público mediante la declaración del derecho aplicable al caso concreto y el ejercicio del poder de coacción.

3.2.1.1. Características de la ejecución forzosa de los actos administrativos

- a) Constituye la ejecución de una obligación previamente establecida en un acto administrativo.- La ejecución forzosa presupone la existencia de un acto administrativo previo, el cual deberá contar con algún elemento de probanza que certifique su existencia. Además este acto deberá delimitar de forma inequívoca su contenido y alcance, así como también a quien se encuentra dirigido. El acto administrativo deberá ser expreso, y deberá contener obligaciones específicas individualizadas hacia el administrado sobre el cual recae.
- b) La ejecución deberá estar destinada a realizar la obligación que del acto resulta, sin innovarla ni sustituirla.- La ejecución forzosa esta intrínsecamente relacionada con el acto administrativo previamente emitido. La ejecución forzosa es la continuación del acto ejecutado, motivo por el cual deberá limitarse a lo que ya ha sido impuesto en el acto administrativo.
- c) La ejecución forzosa no requiere la firmeza del acto administrativo.- En cuando a los actos administrativos, estos gozan de una presunción de validez, la cual se encuentra recogida en el Artículo 9 de la LPAG - Ley del Procedimiento Administrativo General. Por lo tanto, podemos señalar que las decisiones de la Administración poseen una presunción iuris tantum, que permite que la Administración imponga la ejecución forzosa. Cabe señalar que esta presunción de validez se encuentra supeditada a la notificación del acto administrativo.

⁷⁵ Dicha Sentencia puede consultarse en la siguiente página web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06269-2007-AA%20Resolucion.pdf>

⁷⁶ Sobre este tema (ejecutoriedad) se ha señalado lo siguiente: “en ejercicio de la potestad de Autotutela ejecutiva, existe la posibilidad que la administración pública haga cumplir sus propias decisiones –materializar las consecuencias de las mismas, incluso de manera forzosa, aun en contra de la voluntad de sus destinatarios, en principio–, sin necesidad de la colaboración de otra autoridad pública (potestad de ejecutoriedad). Esta ejecutoriedad es propia de los actos administrativos que imponen deberes y obligaciones positivas o negativas, cuyo cumplimiento puede no ser voluntariamente realizado o aceptado por el destinatario del obligado”. HERNANDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. “El Procedimiento Administrativo a los 100 años de entrada en vigencia de la LPAG”. En: Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, N 67. Lima. pp. 360-380.

3.2.1.2. Requisitos y modalidades de la ejecución forzosa

En la legislación peruana se han establecido clara y taxativamente los requisitos que debe cumplir el acto administrativo para que sea materia de ejecución forzosa. Dichos requisitos son contemplados por el artículo 194 de la LPAG, el cual señalamos a continuación:

“Artículo 194.- Ejecución forzosa

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:

1. Que se trate de una obligación de dar, hacer o no hacer, establecida a favor de la entidad.
2. Que la prestación sea determinada por escrito de modo claro e íntegro.
3. Que tal obligación derive del ejercicio de una atribución de imperio de la entidad o provenga de una relación de derecho público sostenida con la entidad.
4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.
5. Que no se trate de acto administrativo que la Constitución o la ley exijan la intervención del Poder Judicial para su ejecución.
6. En el caso de procedimientos trilaterales, las resoluciones finales que ordenen medidas correctivas constituyen títulos de ejecución conforme a lo dispuesto en el artículo 713 inciso 4) del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 28494, una vez que el acto quede firme o se haya agotado la vía administrativa.

En caso de resoluciones finales que ordenen medidas correctivas, la legitimidad para obrar en los procesos civiles de ejecución corresponde a las partes involucradas.”

Asimismo, también se estipulan los medios por los cuales la Administración puede ejecutar forzosamente aquellos actos administrativos que cumplan con los requisitos antes mencionados. Los medios de ejecución forzosa que se estipulan son las siguientes:

“Artículo 196.1.- Medios de ejecución forzosa⁷⁷

Los medios de ejecución forzosa por la entidad se efectuarán respetando siempre el principio de razonabilidad, por los siguientes medios:

- Ejecución coactiva
- Ejecución subsidiaria
- Multa coercitiva
- Compulsión sobre las personas”

⁷⁷ Sobre esta disposición se ha señalado, que “El incumplimiento voluntario de las consecuencias derivadas de la declaración jurídica contenida en el acto administrativo, bien sea ello producto de una conducta expresa o de resistencia o impugnación, así como producto de una conducta omisiva, que simple y deliberadamente no cumple con lo resuelto, conduce a la activación de los mecanismos de ejecución forzosa contemplados en el ordenamiento jurídico, para llevar a fiel cumplimiento lo dispuesto en el acto administrativo.

No obstante, hay que mencionar que uno de los dos puntos donde la regulación presenta una notable deficiencia se encuentra relacionado con los modos de ejecución forzosa de los actos administrativos.

En el caso de que las personas obligadas se resistan a cumplir voluntariamente el acto administrativo, la ley, aparte de reconocer –aunque no la desarrolla– la ejecución impropia en vía jurisdiccional, solamente contempla dos posibilidades. Una es la ejecución indirecta por un sujeto distinto del obligado –ya sea la propia administración o un tercero– y la otra es la imposición de las sanciones o de multa”. (la cursiva es nuestra).

HERNANDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. Op cit., pp. 360-380.

3.2.1.3. La ejecución coactiva de acuerdo con el TUO de la Ley de Ejecución Coactiva

Una de las modalidades de la ejecución forzosa de los actos administrativos es la denominada ejecución coactiva. Para el caso peruano, el TUO de la Ley 26979 establece de manera exhaustiva la regulación sobre esta modalidad de ejecución forzosa de los actos administrativos.

La ejecución coactiva es el procedimiento a través del cual la Administración busca satisfacer una obligación de dar, hacer o no hacer incumplida por el sujeto administrado y que conforme a la regulación actualmente vigente, puede resumirse en dos grandes categorías: el cobro de una suma de dinero y la ejecución de tareas de demolición, reparación, clausura o construcción ordenadas por ley. El procedimiento de ejecución coactiva nace como una manifestación de la autotutela de la Administración, en el sentido que es el procedimiento que utilizan las entidades de la Administración Pública para hacer efectivo las decisiones que estas emiten a los administrados.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional, en cuanto a este instituto, ha señalado, en el fundamento 4 de la Sentencia 0774-1999-AA/TC, que:

[...] el procedimiento de ejecución coactiva es la facultad que tienen algunas entidades de la Administración Pública para hacer cumplir actos administrativos emitidos por la misma Administración es decir, [que] las obligaciones exigibles deben provenir de materias propias de las funciones que cada entidad tiene, basadas en el reconocimiento que cada ley especial ha considerado para cada Administración, o sea, siempre dentro de un marco normativo (...)⁷⁸.

En el procedimiento de ejecución coactiva encontramos un aspecto subjetivo y objetivo. En el primero, se precisan qué tipo de organismos administrativos pueden recurrir al procedimiento de ejecución coactiva, de sus acreencias y/o obligaciones de hacer o no hacer y qué funcionarios son los encargados de tramitar el procedimiento. En cuanto al segundo, el carácter objetivo, está dado por: 1) la naturaleza pública de las deudas y de las obligaciones de hacer y no hacer susceptibles de ejecución pública y 2) la necesidad de un acto administrativo previo o título ejecutivo de la obligación.

En forma adicional, el numeral 9.1 del artículo 9 del TUO de la Ley de Ejecución Coactiva agrega en el concepto de obligación exigible en vía coactiva al administrado lo siguiente:

"Artículo 9.- Exigibilidad de la Obligación

9.1 Se considera obligación exigible coactivamente a la establecida mediante acto administrativo emitido conforme a ley, debidamente notificado y que no haya sido objeto de recurso impugnatorio alguno en la vía administrativa, dentro de los plazos de ley o en el que hubiere recaído resolución firme confirmando la obligación (...)" (la cursiva es nuestra).

El precepto legal en mención, establece como una obligación exigible coactivamente, aquella consentida en primera instancia o la emitida en segunda instancia administrativa, sin hacer referencia alguna a la demanda contencioso administrativa.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional N 00015-2005-AI, fundamento 41.

En similar sentido, se pronuncia Tirado Barrera ⁷⁹ al señalar que:

“(…) como regla general para la determinación de las obligaciones que pueden ser objeto de ejecución coactiva se puede señalar que solo podrán serlo aquellas que se encuentran establecidas en un acto administrativo que no ha sido objeto de impugnación o, habiéndolo sido, se encuentran determinadas por un acto administrativo emitido por la última instancia competente. Es decir, solo pueden ser objeto de este mecanismo de ejecución forzosa aquellos actos administrativos que ya no pueden ser objeto de cuestionamiento o impugnación en sede administrativa.”

Sobre esto último, afirma, citando a Jorge Danós Ordóñez, que: “Esto puede deberse a que el acto administrativo no fue impugnado oportunamente adquiriendo en consecuencia, la calidad de consentido o porque se trata de un acto administrativo que ha sido dictado por el órgano de última instancia en el procedimiento legalmente establecido y ya no puede ser objeto de impugnación en sede administrativa”.

Una vez que el acto administrativo que servirá de título para la ejecución coactiva, resulta inimpugnabile en sede administrativa, el funcionario competente —el ejecutor coactivo— deberá comunicar al administrado responsable del cumplimiento obligatorio de aquella bajo apercibimiento de dictarse una medida cautelar o proceder a su ejecución coactiva.

3.2.1.3.1. Inicio del procedimiento de ejecución coactiva

El TUO de la Ley de Ejecución Coactiva desarrolla en su Artículo 14 los requisitos que deben cumplirse para dar inicio al procedimiento de ejecución coactiva por se:

“Artículo 14.- Inicio del Procedimiento

14.1 El Procedimiento se inicia con la notificación al Obligado de la Resolución de Ejecución Coactiva, la que contiene un mandato de cumplimiento de una Obligación Exigible conforme el artículo 9 de la presente Ley; y dentro del plazo de siete (7) días hábiles de notificado, bajo apercibimiento de dictarse alguna medida cautelar o de iniciarse la ejecución forzada de las mismas en caso de que éstas ya se hubieran dictado en base a lo dispuesto en el artículo 17 de la presente Ley.

14.2 El Ejecutor Coactivo sólo podrá iniciar el procedimiento de ejecución coactiva cuando haya sido debidamente notificado el acto administrativo que sirve de título de ejecución, y siempre que no se encuentre pendiente de vencimiento el plazo para la interposición del recurso administrativo correspondiente y/o haya sido presentado por el Obligado dentro del mismo” (la cursiva es nuestra).

Por tanto, solo aquellos actos administrativos que cumplen con los presupuestos expresamente establecidos en el Artículo 194⁸⁰ de la LPAG pueden ser objeto de ejecución

⁷⁹ TIRADO, José Antonio. Op cit., p. 29.

⁸⁰ “Artículo 194.- Ejecución forzosa

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:

1. Que se trate de una obligación de dar, hacer o no hacer, establecida a favor de la entidad.
2. Que la prestación sea determinada por escrito de modo claro e íntegro.
3. Que tal obligación derive del ejercicio de una atribución de imperio de la entidad o provenga de una relación de derecho público sostenida con la entidad.

forzosa. En este sentido, para que una obligación sea exigible coactivamente, mediante la modalidad de ejecución coactiva, no debe haber sido objeto de recurso impugnatorio alguno en la vía administrativa, dentro de los plazos de ley o debe haber recaído sobre ella resolución firme confirmando la obligación.

Para el inicio del procedimiento de ejecución coactiva, es necesario que el acto administrativo que sirve de título de ejecución se encuentre debidamente notificado y no se encuentre pendiente el vencimiento del plazo para la interposición del recurso administrativo correspondiente o que no haya sido presentado el recurso administrativo dentro del plazo.

En tal sentido, podemos afirmar que para que los actos administrativos sean exigibles coactivamente, en primer orden deben haber quedado consentidos cuando se trata de actos de primera instancia administrativa o, en su defecto, deben haber sido confirmados en segunda instancia administrativa. Asimismo, para iniciar el procedimiento de ejecución coactiva el acto administrativo que sirve de título de ejecución, debe haber sido debidamente notificado y no debe encontrarse pendiente el vencimiento del plazo para la interposición del recurso administrativo correspondiente o, en su defecto, no debe haber sido presentado el recurso dentro del plazo.

Es necesario señalar que la ejecutoriedad de los actos administrativos está supeditada a los plazos para la interposición de recursos impugnatorios en el ámbito administrativo (recurso de reconsideración, apelación o revisión), mas no en el judicial como es el caso de la demanda contencioso administrativa u otras análogas.

En ningún caso, ni para considerar que un acto administrativo es materia de ejecución forzada ni que una obligación es exigible coercitivamente o para determinar el inicio de la ejecución coactiva, es requisito que el ejecutor coactivo deba esperar al vencimiento del plazo para la interposición de la demanda contencioso administrativa. Más aún, el Artículo 14 del TUO de la Ley de Ejecución Coactiva señala que el procedimiento de ejecución coactiva se inicia con la notificación al obligado de la resolución de tal ejecución que contiene el mandato de cumplimiento de la obligación exigible dentro del plazo de siete (07) días hábiles de notificado, plazo luego del cual el ejecutor coactivo queda automáticamente habilitado a dictar medidas cautelares o iniciar la ejecución forzada de aquellas impuestas según el Artículo 17 del TUO de la Ley de Ejecución Coactiva.

En efecto, se da inicio al procedimiento de ejecución coactiva tal como lo ordena el Artículo 14 concordado con el Numeral 17.1 del Artículo 17 del TUO de la Ley de Ejecución Coactiva que establece que vencido el plazo de siete (07) días hábiles a que se refiere el Artículo 14, sin que el obligado haya cumplido con el mandato contenido en la resolución de ejecución coactiva, el Ejecutor podrá disponer se aplique cualquiera de las

4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.

5. Que no se trate de acto administrativo que la Constitución o la ley exijan la intervención del Poder Judicial para su ejecución.

6. En el caso de procedimientos trilaterales, las resoluciones finales que ordenen medidas correctivas constituyen títulos de ejecución conforme a lo dispuesto en el artículo 713 inciso 4) del Código Procesal Civil,(2) modificado por la Ley N 28494, una vez que el acto quede firme o se haya agotado la vía administrativa. En caso de resoluciones finales que ordenen medidas correctivas, la legitimidad para obrar en los procesos civiles de ejecución corresponde a las partes involucradas”.

medidas cautelares establecidas en el Artículo 33 del TUO de la Ley de Ejecución Coactiva o, en su caso, mandará a ejecutar forzosamente la obligación de hacer o no hacer.

3.2.1.3.2. Suspensión del procedimiento de ejecución coactiva de acuerdo con el TUO de la Ley de Ejecución Coactiva

En el caso del TUO de la Ley de Ejecución Coactiva se establece la suspensión del procedimiento de ejecución coactiva, hecho que de por sí determina la preexistencia de un procedimiento de ejecución coactiva iniciado o en trámite. Al respecto, el Literal e) del Artículo 16 del TUO de la Ley de Ejecución Coactiva establece lo siguiente:

“Artículo 16.- Suspensión del procedimiento

16.1 Ninguna autoridad administrativa o política puede suspender el Procedimiento, con excepción del Ejecutor Coactivo que deberá hacerlo, bajo responsabilidad, cuando: (...)

e) Se encuentre en trámite o pendiente de vencimiento el plazo para la presentación del recurso administrativo de reconsideración, apelación, revisión o demanda contencioso-administrativa presentada dentro del plazo establecido por ley contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución, o contra el acto administrativo que determine la responsabilidad solidaria en el supuesto contemplado en el artículo 18, numeral 18.3, de la presente Ley (...)” (la cursiva es nuestra).

El precepto legal citado, resulta de aplicación en aquellos casos en los que, una vez iniciado el procedimiento de ejecución coactiva, se configuren algunos de los supuestos previstos en forma expresa. Más aun, de una lectura detallada del referido numeral, observamos que nos encontramos ante dos supuestos distintos de suspensión del procedimiento de ejecución coactiva:

- (i) Cuando se encuentre en trámite o pendiente de vencimiento el plazo para la presentación del recurso administrativo de reconsideración, apelación, revisión; o
- (ii) Cuando la demanda contencioso administrativa sea presentada dentro del plazo establecido por ley contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución.

La lectura del literal e) del artículo 16 es absolutamente coherente con lo dispuesto por el artículo 14 del TUO de la Ley de Ejecución Coactiva, en tanto aquel recoge como condición para suspender el procedimiento de ejecución coactiva que “no se encuentre pendiente de vencimiento el plazo para la interposición del recurso administrativo correspondiente y/o haya sido presentado por el obligado dentro del mismo” —entendiéndose como interposición de recurso administrativo a los recursos de reconsideración, apelación o revisión—; agregando una situación distinta y particular para la suspensión de dicho procedimiento referida a la presentación de la demanda contencioso administrativa, haciendo hincapié en que la suspensión por dicha causal solo se producirá con posterioridad a la presentación de la citada demanda dentro del plazo de ley (tres meses), constituyéndose como prueba de ello el cargo de su presentación. Vale decir, que la interposición de la demanda contencioso administrativa y la remisión al ejecutor coactivo de la prueba de que esto se ha realizado, es el único mecanismo que detendrá o suspenderá el procedimiento de ejecución coactiva una vez que el ejecutor así lo determine.

En esta línea de argumento, el numeral 16.3 del artículo 16 del TUO de la Ley de Ejecución Coactiva establece que “[e]l Obligado podrá solicitar la suspensión del Procedimiento siempre que se fundamente en alguna de las causales previstas en el presente artículo, presentando al Ejecutor las pruebas correspondientes” (la cursiva es nuestra).

Si el administrado presenta medio probatorio (el cargo de presentación de la demanda ante el Poder Judicial) que demuestre que presentó demanda contencioso administrativa dentro del plazo, el ejecutor coactivo deberá proceder con la suspensión.

3.2.1.3.3. Suspensión por efecto de la revisión judicial

Este proceso tiene por objeto, que se verifique en sede judicial si se han respetado las disposiciones previstas por la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva (en adelante, LPEC).

En el artículo 23 del TUO de la Ley de Ejecución Coactiva se regula la revisión judicial de dicho procedimiento. En dicho precepto legal, se establece que el proceso de revisión judicial solo procederá cuando se hubieran ordenado medidas de embargo y/o después de concluido el procedimiento de ejecución coactiva.

Si bien la LPEC no lo establece expresamente, la consecuencia de amparar la demanda de revisión de legalidad es sin duda, que el procedimiento de ejecución coactiva sea declarado nulo, debido a la infracción de normas procedimentales contenidas en la LPEC.

En este sentido, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema en la Sentencia recaída en el Expediente 501-2010, ha indicado que: “la inobservancia en la formalidad de la notificación, prevista por ley, así como las irregularidades advertidas en el Procedimiento de Ejecución Coactiva, evidencian la transgresión de las disposiciones establecidas en la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, generando dichas inobservancias la nulidad del procedimiento”.

El citado proceso, que establece el Régimen General, se inicia con la sola presentación de la demanda de revisión judicial el cual suspenderá automáticamente la tramitación del procedimiento de ejecución coactiva hasta la emisión del correspondiente pronunciamiento de la Corte Superior, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 16, numeral 16.5 de la presente Ley. Es decir, suspendido el proceso, se procederá al levantamiento de las medidas cautelares.

En caso la Corte Superior no emita la respectiva resolución al término de los sesenta días hábiles desde la presentación de la demanda, se mantendrá la suspensión del procedimiento de ejecución coactiva, inclusive durante el trámite del recurso de apelación ante la Corte Suprema a que se refiere el numeral 23.8, siempre que el demandante a su elección, presente en el proceso póliza de caución, carta fianza irrevocable, incondicional y de ejecución inmediata, emitida por un Banco local de primer orden a nombre de la entidad acreedora por el importe de la obligación renovable cada seis meses; o efectúe la consignación del monto exigido ante el Banco de la Nación, a nombre de la Corte Superior de Justicia. La ejecución de la póliza de caución, carta fianza o la entrega al Ejecutor Coactivo de los fondos consignados sólo procederá cuando medie orden judicial expresa.

“Artículo 23.- Revisión judicial del procedimiento

(...) 23.2 El proceso de revisión judicial será tramitado mediante el proceso contencioso administrativo de acuerdo con el proceso sumarísimo previsto en el artículo 24 de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el presente artículo (...).”

Tal como se puede apreciar, la ley general establece la posibilidad de suspender el procedimiento de ejecución coactiva con la sola presentación de una demanda de revisión judicial, sin necesidad de ofrecer ningún tipo de garantía adicional.

3.2.1.4. La suspensión del proceso de ejecución coactiva de acuerdo con la Ley 30011

Para el caso del OEFA las reglas para acceder a la suspensión de los procesos de ejecución coactiva de sus decisiones se encuentran reguladas en el Artículo 20-A de la Ley 29325 —ley modificada por la Ley 30011— Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, Ley del SINEFA), que establece lo siguiente:

“Artículo 20-A.- Ejecutoriedad de las resoluciones del OEFA

La sola presentación de una demanda contencioso-administrativa, de amparo u otra, no interrumpe ni suspende el procedimiento de ejecución coactiva de las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas emitidas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) (...).”

Tal como lo señala Morón, la calidad de normas generales de las disposiciones del procedimiento administrativo, implica la existencia de un conjunto de principios, técnicas y preceptos de uniforme acatamiento por todas las entidades públicas a las cuales comprende. Pero, a la vez, este carácter general permite que cedan su lugar frente a normas especiales que concurren para el mismo supuesto, quedando desplazadas a un rol supletorio.

En este sentido, la norma especial aplicable al OEFA establece que la sola presentación de una demanda de cualquier tipo no es razón suficiente para suspender un procedimiento de ejecución coactiva. En dicho contexto, es posible afirmar que la interposición de una demanda de revisión judicial no tiene la fuerza vinculante por sí sola para suspender dicho procedimiento.

En base al análisis efectuado, se debe tomar en consideración lo establecido en el segundo párrafo del Artículo 20-A de la Ley del SINEFA en cuanto dispone:

*“Artículo 20-A.- Ejecutoriedad de las resoluciones del OEFA
(...)*

Sin perjuicio de los requisitos y demás regulaciones establecidas en el Código Procesal Civil en materia de medidas cautelares, cuando el administrado, en cualquier tipo de proceso judicial, solicite una medida cautelar que tenga por objeto suspender o dejar sin efecto las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas, incluso aquellas dictadas dentro del procedimiento de ejecución coactiva o que tengan por objeto limitar cualquiera de las facultades del OEFA previstas en la presente Ley y normas complementarias, son de aplicación las siguientes reglas:

- a) Para admitir a trámite las medidas cautelares, los administrados deben cumplir con presentar una contracautela de naturaleza personal o real. En ningún caso el juez puede aceptar como contracautela la caución juratoria.*
- b) Si se ofrece contracautela de naturaleza personal, esta debe consistir en una carta fianza bancaria o financiera a nombre del OEFA, de carácter irrevocable, incondicional, de ejecución inmediata y sin beneficio de excusión, otorgada por una entidad de primer orden supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.*
- c) Dicha garantía debe tener una vigencia de doce meses renovables y ser emitida por el importe de la deuda derivada del acto administrativo cuyos efectos*

se pretende suspender o dejar sin efecto, actualizada a la fecha de solicitud de la medida cautelar.

d) La carta fianza debe ser renovada y actualizada, en tanto se mantenga vigente la medida cautelar, dentro de los veinte días hábiles previos a su vencimiento, de acuerdo con el monto de la deuda acumulada a la fecha de su renovación. En caso de que no se renueve la carta fianza o no se actualice su importe en el plazo antes indicado, el juez procede a su ejecución inmediata.

e) Si se ofrece contracautela real, esta debe ser de primer rango y cubrir el íntegro del importe de la deuda derivada del acto administrativo cuyos efectos se pretende suspender o dejar sin efecto, actualizada a la fecha de solicitud de la medida cautelar.

f) El OEFA se encuentra facultado para solicitar a la autoridad judicial que se varíe la contracautela, en caso de que esta haya devenido en insuficiente con relación al monto concedido por la generación de intereses. El juez debe disponer que el solicitante cumpla con la adecuación de la contracautela ofrecida.

g) En aquellos casos en los que se someta a revisión del órgano judicial competente la legalidad y el cumplimiento de las normas previstas para el inicio y trámite del procedimiento de ejecución coactiva mediante demanda de revisión judicial regulada en la Ley 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, la ejecución coactiva solo es suspendida si el cumplimiento de la obligación es garantizado mediante contracautela, la que debe cumplir con iguales requisitos a los señalados en los incisos precedentes.”

Es pertinente señalar que, con respecto a la suspensión de la medida cautelar por revisión judicial en el caso de OEFA, por aplicación directa del Artículo 20-A de la Ley 29325, modificada por la Ley 30011, se señala que la sola presentación de una demanda de cualquier tipo no es razón suficiente para suspender un procedimiento de ejecución coactiva. En dicho contexto, es posible afirmar que la interposición de una demanda de revisión judicial no tiene la fuerza vinculante por sí sola para suspender dicho procedimiento. En realidad, se establece que la sola presentación de una demanda de cualquier tipo no es razón suficiente para suspender un procedimiento de ejecución coactiva.

3.2.2. Coacción directa

La coacción directa es un mecanismo de coacción legítima al cual no se le ha prestado atención⁸¹. Puede subsumirse a la figura de la compulsión sobre las personas, la cual está señalada en el artículo 200 de la LPAG, pero su falta de título formal constituiría una excepción a la regla general de actuación coactiva de la Administración.

La coacción directa se constituye en una actuación temporal, forzada por las circunstancias excepcionales. La competencia para actuarla debe estar prevista en la ley, así como en el fin al cual obedece⁸².

⁸¹ HUAPAYA, Ramón. Op. cit., p. 672.

⁸² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Op. cit., p. 775

3.3. Tutela cautelar

La tutela cautelar parte de la tutela jurisdiccional efectiva, siendo este el principio rector mediante el cual el Estado garantice a aquel que vea vulnerado su derecho pueda acudir ante un tercero, con el fin que este haga respetar su derecho.

Cassagne⁸³ señala que “las medidas cautelares despliegan todas las posibilidades que brinda el principio de la tutela judicial efectiva a fin de compensar el peso de las prerrogativas de poder público”.

El Tribunal Constitucional en diversas sentencias ha señalado que la tutela cautelar, la cual se encuentra recogida de forma implícita en el Artículo 139, Inciso 3 de la Constitución Política del Perú de 1993⁸⁴, tiene como función “el aseguramiento provisional de los efectos de las decisiones jurisdiccionales definitivas y neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso a la par que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva⁸⁵”.

De acuerdo con lo señalado por Granados y Villa,⁸⁶ “en los procesos contenciosos administrativos, la concesión de una medida cautelar implica la relativización del privilegio de la ejecutividad y la ejecutoriedad de los actos administrativos, esto es, de su presunción de validez⁸⁷, y con ello, la posible afectación de los bienes jurídicos que a través de dichos actos se intentaba proteger”.

Simón⁸⁸ señala que el proceso cautelar se configura como el conjunto de actos originados en una pretensión de igual naturaleza (cautelar, provisional o precautoria), que tienden en forma coordinada y progresiva hacia el dictado de una resolución judicial que

⁸³ CASSAGNE, Juan Carlos. Las medidas cautelares en el contencioso administrativo, LL, 2001-B, 1090. En rigor, GONZÁLEZ PÉREZ señala que “la esencia del Derecho Administrativo radica en una perfecta ecuación entre la prerrogativa y la garantía. Si el interés público exige que las entidades a las que se encomienda su realización desborden los moldes clásicos del Derecho común y adopten una posición de supremacía respecto de las personas que con ellas se relacionan, para que este régimen de prerrogativa no desemboque en la injusticia, es necesario que vaya indisolublemente unido a un perfecto sistema de garantías”, en GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. Madrid: Civitas. 1998. p. 2024.

⁸⁴ “No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta e imposible cumplimiento la decisión adoptada”. Cfr. Sentencia de 27 de noviembre de 2005, fundamento jurídico 49 del Expediente N 0023-2005-PI/TC

⁸⁵ Sentencia de 10 de agosto del 2012, fundamento jurídico 7, del Expediente N 0295-2011-Q/TC, voto de los magistrados Mesía Ramirez y Eto Cruz.

⁸⁶ GRANADOS, Milagros y Francisco VILLA: “Constitucionalidad de las Disposiciones Orientadas a Fortalecer la Fiscalización Ambiental contenidas en la Ley N 30011”. En GÓMEZ, Hugo (editor). “El Nuevo Enfoque de la Fiscalización Ambiental”. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. 2013. p. 56.

⁸⁷ DE LA SIERRA, Susana. “Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo”. Navarra: Thomson Aranzadi. 2004. p. 126

⁸⁸ SIMÓN, Ramiro. “La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa”. Buenos Aires: Lexis Nexis. 2005, p. 61. En igual sentido, KIELMANOVICH sostiene que “concebimos al proceso cautelar como aquel que tiene por objeto una verdadera pretensión cautelar (...) entendemos que se trata de un proceso que goza conceptualmente de autonomía, por su peculiar estructura, grado de conocimiento diferenciado y particular impuesto para la adopción de las medidas cautelares (...) la pretensión cautelar es autónoma por su propia naturaleza y porque no se confunde con la pretensión objeto del proceso contencioso o con la petición del objeto extracontencioso, sino que se trata de una pretensión, o si se quiere acción, diversa de la pretensión o petición actuada en el proceso principal, llamada a tener una virtualidad provisoria, por más que pueda mediar alguna coincidencia entre el bien de la vida aprehendido en una y otra”, en KIELMANOVICH, Jorge L. “Medidas cautelares”. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. 2000. pp. 20 y 49.

garantice la tutela judicial efectiva, posibilitando el ulterior cumplimiento de la sentencia de mérito a recaer en otro proceso, de conocimiento o ejecución.

Por otro lado, conforme a lo señalado por Palacio⁸⁹ el proceso cautelar “es aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”.

El objetivo de una medida cautelar es asegurar que durante el transcurso del proceso no se perjudique o agrave el menoscabo sufrido, puesto que en caso de no resguardar dicho derecho, la sentencia que se dicte durante el proceso podría resultar en ineficaz.

En este entendimiento, Calamandrei⁹⁰ explica que las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en sí mismo. Por tal motivo, este autor entiende que la cautelar es provisoria en el fin.

La tutela cautelar establece el derecho que tiene un individuo de solicitar la aplicación de medidas cautelares, buscando proteger sus intereses. Este principio se encuentra en el artículo 139 inciso 3 de nuestra constitución:

“Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.”

La finalidad de la tutela cautelar es garantizar la eficacia del proceso principal, es decir, busca que la sentencia con la cual se concluya el proceso despliegue todos sus efectos.

Dentro de la LPAG las medidas cautelares se encuentran en el Artículo 146 de la LPAG:

“Artículo 146.- Medidas cautelares

146.1 Iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir.

146.2 Las medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción.

⁸⁹ PALACIO, Lino E. “Manual de derecho procesal civil”. Décimo cuarta edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1998. pp. 773-774.

⁹⁰ CALAMANDREI, Piero. “Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari”. Traducción de Marino Ayerra Merín. Buenos Aires: El Foro. 1996. p. 40.

146.3 *Las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento, cuando haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento.*

146.4 *No se podrán dictar medidas que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados (...)*”

En el caso del proceso contencioso administrativo, el artículo 35 de la Ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, remite a las normas del Código Procesal Civil, en cuanto a lo referido a las medidas cautelares, además de normar los requisitos, los cuales consideramos que se complementan con las normas señaladas por el Código Procesal Civil.

“Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, Ley 27582

Artículo 35.- Oportunidad

La medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste, siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva.

Para tal efecto, se seguirán las normas del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en esta Ley (la cursiva es nuestra).

Artículo 36.- Requisitos

La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que:

- 1. De los fundamentos expuestos por el demandante se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar los fundamentos expuestos por el demandante con el principio de presunción de legalidad del acto administrativo, sin que este último impida al órgano jurisdiccional conceder una medida cautelar.*
- 2. De los fundamentos expuestos por el demandante se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable.*
- 3. La medida cautelar solicitada resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.*

Artículo 37.- Medidas de innovar y de no innovar

Son especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar.”

Los requisitos de la solicitud de una medida cautelar, así como el contenido de esta y sus características se encuentran normadas en los artículo 610 del Código Procesal Civil (CPC):

“Artículo 610.- El que pide la medida debe:

- 1. Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar;*
- 2. Señalar la forma de ésta;*
- 3. Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación;*
- 4. Ofrecer contracautela; y*
- 5. Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. Cuando se trate de persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal.”*

Con relación a la medida cautelar, estas deben contener tres requisitos esenciales⁹¹: la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y la razonabilidad. Su principal característica es ser un elemento instrumental al proceso principal⁹²:

a) Verosimilitud del derecho

De acuerdo con Monroy⁹³, la verosimilitud en el derecho, o también denominado *fumus boni iuris*, no es otra cosa que la apariencia del derecho, el cual, en base a una razonable fundamentación acerca del derecho que se pretende, puede crear, *prima facie*, cierta convicción en el juez acerca de la fundabilidad de la pretensión.

Por su parte Rocco señala que “el llamado *fumus boni iuris* no es más que una valoración subjetiva y, en gran parte, discrecional, del juez sobre la apariencia de que existen intereses, tutelados por el derecho, totalmente sumaria y superficial”⁹⁴.

La verosimilitud no implica que se certifique la pretensión solicitada en el proceso principal, dado que un fallo basado en esas características establecería un prejuzgamiento; es tan solo establecer que existe una probabilidad de quien solicita la medida cautelar pueda obtener una sentencia favorable en el proceso. En ese mismo sentido, Calamandrei⁹⁵ señala que:

La cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquél que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad.

⁹¹ Artículo 611.- Contenido de la decisión cautelar

El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.
2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.
3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.

La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad

⁹² Características de la medida cautelar.-

Artículo 612.- Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable.

⁹³ MONROY GÁLVEZ, Juan. “El juez nacional y la medida cautelar”. En: “La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos”. Comunidad. 2003. p.1 70.

⁹⁴ ROCCO, Ugo. “Tratado de Derecho Procesal Civil”. Buenos Aires: T.V. DEPALMA. 1977. p. 48.

⁹⁵ CALAMANDREI, Piero. “Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari”. Traducción de Marino Ayerra Merín. Buenos Aires: El Foro. 1996. p. 77.

Por su parte Cassagne y Perrino⁹⁶ sostienen que “se trata de un recaudo vinculado a la apariencia de buen derecho (lo que supone una menor rigurosidad en la prueba de la titularidad del derecho que recién se esclarecerá en la sentencia) que debe ser entendida como la probabilidad de que el derecho exista y no como su incontestable realidad, que solo se logrará al final del proceso”.

En razón de lo señalado, se puede afirmar que resulta suficiente la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el actor, basado en la probabilidad de conseguir un fallo a favor durante el desarrollo del proceso.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la República tiene jurisprudencia respecto al tema de verosimilitud:

SALA CIVIL TRANSITORIA

APE L. 150-2007

LIMA

Medida Cautelar

QUINTO.- *Que, sin embargo, respecto de la apariencia del derecho invocado o fumus boni iuris, este contiene una condición relativa a que el derecho invocado en el principal tenga un grado de verosimilitud suficiente que justifique la adopción de la medida cautelar pedida, todo ello bajo el entendimiento de que éstas no sólo son provisorias, instrumentales y variables, sino que además importan un pre juzgamiento, conforme lo refiere el numeral seiscientos doce del Código Procesal Civil;*

(Fuente: CD Jurisprudencia, RAE Jurisprudencia)

AP 443-2004

LIMA

Segundo.- *Que, el artículo 36 de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo establece los requisitos para la concesión de la medida cautelar, y de conformidad con el segundo párrafo del artículo 35 de dicho dispositivo es de aplicación supletoria el Código Procesal Civil, específicamente los artículos 608, 610 y 611, respectivamente, los cuales coinciden conjuntamente con la doctrina, en que los presupuestos son: a) la apariencia del derecho, llamado el fumus boni iuris como presupuesto fundamental, mediante el cual la medida se otorga no en función de la existencia de un derecho evidente a favor del peticionario, sino porque existe una apariencia que el derecho que se invoca es fundado; además el derecho reclamado debe gozar de verosimilitud.*

*(Fuente: CD Jurisprudencia, RAE Jurisprudencia)*⁹⁷.

b) Peligro en la demora

Toda pretensión cautelar tiene como segundo requisito esencial el acreditar el peligro en la demora (*periculum in mora*); es decir, el peligro que subyace al transcurso del tiempo, por el cual los efectos de la decisión final establecida dentro de un proceso resulte inoperante en la práctica.

⁹⁶ CASSAGNE, Juan Carlos y Pablo E. PERRINO. “El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires”. Buenos Aires: Lexis Nexis. 2006. p. 341

⁹⁷ BENITES, Junio. “El Derecho a la Tutela Cautelar en el Derecho Procesal Civil y Procesal Constitucional”. Lima: Ediciones Caballero Bustamante. 2009. pp. 15-16. Visita: 03-02-14. www.raejurisprudencia.com.pe

En otras palabras, ante la posible consumación de un daño, se requiere una protección provisional, a fin de evitar el riesgo que, en el supuesto que el solicitante obtenga una resolución definitiva, ésta carezca de efectos. En palabras de García de Enterría y Fernández⁹⁸ el *periculum in mora* es la urgencia para evitar que la demora en la resolución del pleito principal cause perjuicios apreciables.

Este presupuesto, nace de la potencial amenaza que la sentencia se torne ineficaz, esto durante el tiempo que transcurra el proceso. De este presupuesto, se dice que nace el interés por solicitar la tutela cautelar, pues busca que el derecho presumido en dicho proceso no se vea afectado, dado que cabe la posibilidad que el daño generado no pueda verse restituido o revertido.

El riesgo a que se produzca un daño inminente e irreparable es uno de los principales motivos que se solicite una medida cautela, en palabras de Gallegos⁹⁹ no existe medida cautelar que no se dé para disipar un temor de daño inminente; constituye la razón de ser jurídica y de hecho de las medidas cautelares, que sustancia con ellas

Según Monroy "(...) el *periculum in mora* es la constatación que hace el Juez, que si no concede la medida cautelar, puede que el fallo definitivo llegue a ser ilusorio o inejecutable. En tal sentido, debe haber una amenaza que ponga en riesgo la efectividad del fallo"¹⁰⁰.

En opinión de Chiovenda, el interés para el otorgamiento de una medida cautelar "(...) surge siempre de la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado de una providencia jurisdiccional definitiva (*periculum in mora*) (...)". El mismo autor afirma que: "(...) El *periculum in mora* es condición típica y distintiva de las providencias cautelares, en estos casos la tutela jurisdiccional ordinaria puede asumir un carácter preventivo (...) "¹⁰¹.

De acuerdo con lo señalado, podríamos afirmar que el peligro en la demora está referida a dos posibilidades, la primera la de poder ejecutar una sentencia y que esta sea viable, y una segunda posibilidad, referida al riesgo que conlleva afectar un derecho y que dicha afectación la cual se prolonga hasta la culminación del proceso, haga inviable la posibilidad de resarcir o subsanar el derecho afectado.

c) Adecuación o razonabilidad

Con respecto a este último requisito, muchos autores consideran que las medidas cautelares solo se basan en la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, dado que incluyen el concepto de adecuación o razonabilidad en lo señalado por verosimilitud, sin embargo autores como Ledesma señalan lo siguiente sobre la adecuación o razonabilidad:

Implica que la medida cautelar a conceder tenga íntima relación con la pretensión principal, es decir, la medida cautelar busca garantizar la eficacia de la futura sen-

⁹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Op. cit., p. 628

⁹⁹ GALLEGOS, Pablo O. "Las medidas cautelares contra la Administración Pública". Buenos Aires: Ábaco. 2002. p. 70

¹⁰⁰ Citado por SIMONS, Adrián. "Medidas cautelares especiales y poder general de cautela". En: Revista *Advocatus*, N 7. 2002, p. 161.

¹⁰¹ CHIOVENDA, Giuseppe. "Curso de Derecho Procesal Civil". Obra compilada y editada. Colección Clásicos del Derecho. México: Editorial Harla. 1997. pp. 77 y ss.

tencia, pero no trastocando el sentido de su concesión. En ese sentido el juez debe evaluar la medida cautelar solicitada por el demandante tiene relación con la de su pretensión principal, y en caso aprecie que la solicitud cautelar no la guarde, el juez de oficio puede adecuarla y conceder una medida cautelar distinta a la solicitada, pero que guarde relación con la pretensión principal. La adecuación de la medida cautelar importa que sean congruentes y proporcionales con la pretensión del principal. En ese sentido, la congruencia implica una correlación lógica entre el pedido y la tutela cautelar; mientras la proporcionalidad implica una calificación cuantitativa con relación a la medida otorgada y el objeto de tutela¹⁰².

En nuestro ordenamiento se recoge dentro del Artículo 611 del Código Procesal Civil, la adecuación o razonabilidad como un elemento de la medida cautelar.

Artículo 611.-Contenido de la decisión cautelar

El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.
 2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.
 3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.
- La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.

La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.

En relación a lo mencionado, se entiende que este requisito se encuentra relacionado con el principio de razonabilidad, en tanto que razonabilidad y proporcionalidad son conceptos que nuestro ordenamiento entiende como sinónimos, y está referida a que dicha medida no solo sea proporcional o razonable al derecho invocado en el procedimiento principal, sino que, además, a partir de esta razonabilidad o proporcionalidad, se cumpla con acreditar el balance entre el daño de no proporcionar la medida cautelar, pues cabe la posibilidad que, debido al no otorgamiento de una medida cautelar, es probable que se produzca algún daño no resarcible adecuadamente mediante una indemnización que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, en caso de ser esta otorgada.

En nuestro ordenamiento, encontramos diversos ejemplos sobre la aplicación de dicho concepto, tal es el caso del Expediente N° 1209-2006-PA/TC¹⁰³, en los seguidos por la Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C. contra Backus, en cuyo proceso la empresa Backus alegaba que Ambev no utilice los envases de su propiedad; proceso en el cual se dictó una medida cautelar disponiendo que Ambev se abstenga de utilizar cualquier tipo de envase, así como tampoco podría introducir o comercializar otros envases, en tanto, se resuelva el proceso principal, medida que fue confirmada en segunda instancia.

¹⁰² LEDESMA, Marianella. "Las medidas cautelares en el proceso civil". Lima: Gaceta Jurídica. 2013. p. 205

¹⁰³ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de noviembre del 2006, pp. 9288-9299.

Frente a lo establecido, la Compañía Ambev cuestionó mediante un proceso de amparo dicha medida, la cual fue declarada fundada en el Tribunal Constitucional, entre otras razones, porque resultaba desproporcionada, lo cual fue desarrollado en el fundamento 62: el principio de proporcionalidad (subprincipio de necesidad) que debe contener una decisión cautelar:

En este sentido, lo que desde una perspectiva procesal se conoce como principio de congruencia o, en la teoría cautelar como “principio de adecuación” o principio de mínima injerencia, sirve para delimitar las potestades cautelares del juez, ya que permite que la medida adoptada sea no sólo idónea a la finalidad que persigue, sino que al mismo tiempo no sea tan dañina que incluso cause mayores estragos al peligro de daño irreparable al que se intenta garantizar al adoptarla. En síntesis, el juez que adopta una medida cautelar, sabiendo de la omnipotencia de sus facultades, debe tratar de que la medida adoptada, no sólo se restrinja al ámbito del proceso principal, sino que dentro de las posibles alternativas que se presente (por ejemplo entre varios tipos de bienes posibles de afectar), debe optar por aquella fórmula que lesione menos los derechos de la persona o personas sobre las que va a recaer la medida. Desde una perspectiva constitucional, tales principios de las medidas cautelares son protegidas a través del principio de proporcionalidad y, en concreto, a través de los sub principios de idoneidad y necesidad. Se trata de optimizar las técnicas procesales de tutela de los derechos a efectos de garantizar la vigencia de los derechos no sólo de quien solicita una medida cautelar, sino también y con mayor rigor aún, de quien los va a sufrir (...).

De acuerdo con las modificatorias establecidas en el artículo 20-A, por la Ley N° 30011; aquel que busque suspender el proceso de ejecución forzosa entablado por OEFA deberá solicitar una medida cautelar que cumpla con todas las características señaladas, puesto que ya no se suspende el proceso con solo entablar un proceso contencioso administrativo, tal como regula el artículo 16 del TUO de la Ley de Ejecución Coactiva. El juez deberá analizar todos los supuestos mencionados para poder otorgar una medida cautelar que pueda suspender el proceso de cobranza coactiva iniciado por un acto emanado de OEFA.

3.4. Contracautela

La figura de la contracautela es una garantía que asegura la concesión de una medida cautelar, en función al eventual perjuicio que esta pudiera ocasionar a la otra parte. Sobre el particular, Peyrano¹⁰⁴ manifiesta lo siguiente: “(...) La contracautela (...) debe cubrir los eventuales perjuicios irrogados por las medidas cautelares solicitadas sin derecho, no siendo entonces necesario que cubra el importe por el cual se ha trabado la medida y tampoco que sea equivalente a la cuantía del juicio. La graduación de la cuantía de la contracautela debe resultar influida por el grado de verosimilitud del derecho alegado por el peticionante de la diligencia cautelar respectiva”.

Dentro de nuestro ordenamiento, la contracautela no se encuentra definida; sin embargo, encontramos en el Artículo 613 del CPC, que tiene un fin reparador ante la eventualidad que

¹⁰⁴ PEYRANO, Jorge W. “Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial”. Segunda edición actualizada. Rosario: Zeus. 1997. p. 88.

la ejecución de una medida cautelar (maliciosa o innecesaria), pedida por el solicitante y concedida por el órgano jurisdiccional, cause daño a la persona contra la que esta se dirige:

“Artículo 613.- Contracautela y discrecionalidad del juez

La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, es decidida por el juez, quien puede aceptar la propuesta por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar.

La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, la que puede ser admitida, debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz. Esta forma de contracautela es ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo.

La contracautela de naturaleza real se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recae sobre bienes de propiedad de quien la ofrece; el juez remite el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente. En caso de ejecución de la contracautela, esta se actúa, a pedido del interesado, ante el juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar; el que resuelve lo conveniente previo traslado a la otra parte.

Cuando se admite la contracautela sometida a plazo, ésta queda sin efecto, al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencido el plazo” (la cursiva es nuestra)

Sobre la contracautela, Calderón¹⁰⁵ señala que la caución es “un instrumento que sirve para restaurar el equilibrio perdido al otorgarse la medida, actuando como condición de ella y adscribiéndose a la inmediata indemnización de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución”.

Por su parte Monroy¹⁰⁶ sostiene que la caución es una “garantía procesal que tutela los intereses del demandado afectado por la medida cautelar. ‘Contracautela’, entonces, por ser una garantía respecto de otra trabada en contra. Por ello también, otros se refieren a la caución como la ‘cautela’ del demandado”¹⁰⁷.

Autores como Chioventa definen la contracautela o caución a partir de su finalidad, señalando que es aquella medida que se instituye para garantizar el resarcimiento de

¹⁰⁵ CALDERÓN, María Pía. “Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil”. Lima: Editorial Civitas. 1992. pp. 52

¹⁰⁶ MONROY, Juan José. “La tutela procesal de los derechos”. Lima: Palestra Editores. 2004. p. 264.

¹⁰⁷ No obstante, este mismo autor, en su obra “Bases para la Formación de una Teoría Cautelar” niega la pertinencia del término “contra-cautela”, bajo el sustento que tal garantía no tiene carácter cautelar, proponiendo para ella la denominación de “caución”. Como habrá podido advertirse, compartimos esta posición, razón por la cual en el presente trabajo nos referimos a la contracautela como caución.

daños a quien se hubiera desprovisto o disminuido del goce de un bien en virtud de una medida preventiva, y que, por tal razón, esta puede ir acompañada de una medida de contracautela, es decir, el mandato al actor de prestar fianza¹⁰⁸.

Por su parte, Podetti¹⁰⁹ se funda en que el principio de igualdad reemplaza en cierta medida a la controversia, pues implica que la medida cautelar debe ser doble vía, al establecer que existe un asegurando al actor la protección de un presunto derecho, y al demandado, en cuanto a la posibilidad de resarcir los daños, en caso que aquel derecho no existiese.

Según Lazzari¹¹⁰ la contracautela es condición de la ejecutoriedad de la medida cautelar y no presupuesto de la medida cautelar. Cumple una función de garantía por los daños y perjuicios que eventualmente puedan ocasionarse al afectado si resultase que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga.

Al respecto Arazi¹¹¹ señala que la contracautela se funda en el principio de igualdad, ya que persigue el equilibrio entre las partes, al postergarse la bilateralidad: por un lado se autoriza al peticionante a asegurar un derecho no reconocido judicialmente, sin oír al contrario, pero por otro se garantiza a este la efectividad de resarcimiento por los daños que pudiera ocasionarle, si aquel derecho no existiera.

Es pertinente señalar, que el numeral 4 del artículo 610 del Código Procesal Civil establece como requisito para el otorgamiento de la medida cautelar, que se deberá ofrecer una contracautela. La admisión de la contracautela conforme a lo señalado en el artículo 613 del CPC mencionado líneas arriba, con respecto a su naturaleza y monto, será establecida conforme el criterio del Juez, quien está facultado a aceptarla tal cual fue ofrecida, o en caso contrario podrá graduarla e incluso modificarla en todo lo que considere pertinente, con lo cual se da a entender que será el Juez quien decida qué medida es la más efectiva.

Por su parte Calderón¹¹², citando el libro *Teoría general de las medidas cautelares*, de Serra Domínguez, señala que la efectividad de la medida cautelar dependerá en muchos casos de la prestación previa de la caución respectiva, encontrándonos así –bajo el pensamiento del jurista citado– frente a “un presupuesto de la ejecución que no de la concesión”, dando a entender que existen supuestos en los cuales la caución constituirá un requisito de procedibilidad para una medida cautelar, y otro en el cual estos funcionen como medidas que garanticen el fallo y, por lo tanto, se conviertan en requisitos de su ejecución.

Autores como Monroy¹¹³ sostienen que:

[l]a caución no es un presupuesto cautelar, sino la constatación de que para la concesión de la medida, es decir, para que el juzgador, a través de la cognición sumaria, logre obtener un conocimiento adecuado de la situación sobre la cual se

¹⁰⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit. p. 282.

¹⁰⁹ PODETTI, Ramiro. “Derecho procesal civil comercial y laboral. Tratado de las medidas cautelares”. Buenos Aires: Ediar. 1956. p. 61.

¹¹⁰ DE LAZZARI, Eduardo Néstor. “Medidas cautelares”. La Plata: Platense. 1988. p. 112.

¹¹¹ ARAZI, Roland. “Medidas cautelares”. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2007. p. 7.

¹¹² CALDERÓN, María Pfa. Op cit., p. 52.

¹¹³ MONROY, Juan. Op. cit., p. 266.

solicita la cautela, en la cual interviene el análisis de los dos requisitos, de peligro en la demora y verosimilitud del derecho, mas no el de la caución procesal. Esto se ubica en un plano posterior, en la medida que hace referencia a los eventuales daños que podrían provocarse con la actuación de dicha medida, pero, en absoluto, tendrá que ver con la calificación sobre el objeto del procedimiento cautelar.

Por su parte, Priori¹¹⁴ tiene la misma ideología y señala que “la contracautela no es en realidad un presupuesto para la concesión de las medidas cautelares, sino para su ejecución”.

En esta línea de pensamiento, se puede afirmar que la finalidad de la contracautela es proteger el derecho de aquel que se ve afectado por una medida cautelar. Si se traslada lo señalado al ámbito del OEFA, y en lo establecido por el Artículo 20-A de la Ley N° 29325, modificada por la Ley N° 30011, la contracautela es el mecanismo que tiene la Administración para no ver afectado su derecho. De acuerdo conl artículo 20-A, la contracautela es un requisito para la solicitud de una medida cautelar, e incluso, se solicita tanto por la aplicación de una medida cautelar o por solicitar la revisión judicial.

Es importante señalar que en una información recogida en el Diario Gestión¹¹⁵, a propósito de una entrevista realizada al Presidente del Consejo Directivo del OEFA, se señaló que la Ley N° 30011 permitirá reducir las trabas legales para el cobro efectivo de las multas ambientales, dado que según lo calculado hasta el 8 de mayo del 2013 por el OEFA, existen alrededor de S/. 92 millones de soles, monto equivalente al 81% del total de multas impuestas por las entidades de fiscalización ambiental (EFA). Esta medida cumple con la finalidad buscada con la caución, la cual es proteger a la parte afectada por esta medida cautelar, siendo que OEFA es representante de la Administración.

4. Conclusiones

1. El derecho ambiental, es una rama especializada del derecho administrativo; por ende, cuenta con los principios y elementos de este, además de la necesidad imperante de regular y proteger el medio ambiente de la actividad del hombre.
2. El Estado ostenta una serie de potestades que permiten que el mismo opere de manera óptima acorde con los fines que persigue y las políticas preestablecidas. Una de esas manifestaciones, se produce con la entrada en vigor del Capítulo II del Título IV de la Ley 27444, referido al procedimiento administrativo sancionador.
3. El derecho administrativo sancionador es una rama que estudia la potestad sancionadora de la Administración. En nuestro ordenamiento tiene principalmente una connotación de orden pragmático, pues surgió como una consecuencia natural de la creciente participación del Estado en la economía, así como por la diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la doctrina nacional e internacional, las cuales siguen nutriendo a la Ley 27444.
4. La potestad sancionadora busca prevenir o desincentivar la realización de conductas ilícitas por parte de los administrados, y en búsqueda de dicha finalidad es que el ordenamiento tiene que estar orientado.

¹¹⁴ PRIORI, Giovanni. “Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo”. Lima: Ara Editores. p. 239.

¹¹⁵ <http://gestion.pe/economia/jueces-traban-cobros-multas-ambientales-s-92-millones-2065552> (visita: 04-02-14)

5. La potestad sancionadora no es ilimitada ni absoluta. Por ello, es que los principios que rigen las garantías mínimas de la potestad sancionadora de la Administración se encuentran regulados en el Artículo 230 de la Ley 27444, sin perjuicio de aplicar los demás principios reconocidos por la Constitución y declarados a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entendiendo que todo ello forma parte del ordenamiento jurídico peruano. Entre esos principios, se encuentran el de legalidad, tipicidad y razonabilidad (proporcionalidad).
6. El OEFA ha sido facultado, de acuerdo con el literal b) del numeral 1 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1013, para ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión, por las infracciones que sean determinadas y de acuerdo con el procedimiento que se apruebe para tal efecto.
7. El principio de legalidad es reconocido por el literal d) del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución, así como por el artículo 230 de la LPAG. El principio de legalidad, en una lectura conjunta, establece que solo cabe sanción con norma expresa, y que, en caso de las entidades administrativas, esta sanción, que se ejerce por la potestad sancionadora, solo puede estar asignada por ley expresa; sin embargo, en el caso de la Administración, se contempla, de acuerdo con el último párrafo del inciso 4 del artículo 230 de la LPAG, una remisión al reglamento, siempre y cuando este no cree nuevos supuestos o modifique los parámetros que la ley designe.
8. El principio de legalidad se encuentra directamente vinculado con el de tipificación, dado que, a través de remisiones expresas, en algunos casos implícitos, el reglamento será la vía idónea para establecer las funciones de la administración y las conductas susceptibles de sanción.
9. El OEFA, mediante las modificatorias instauradas por la Ley 30011, la cual modificó los artículos 17 y 19 de la Ley 29325, brindándole la capacidad de tipificar, clasificar y establecer criterios, así como también la de graduar las sanciones, cumple con los criterios y principios señalados por la Ley 27444 y por la Constitución.
10. El Reglamento aparece en el ordenamiento sancionador solo si ha sido habilitado por ley y solo podrá regular aquello que le fue encargado por ley, siguiendo las pautas y criterios contenidos dentro de la norma. Estos elementos son cumplidos a cabalidad por los artículos 17 y 19 de la Ley 29325.
11. La autotutela es una potestad con la que cuenta la Administración, la cual le permite mediante actos administrativos crear y modificar relaciones (autotutela declarativa), además de poder llevar a cabo sus decisiones sin la necesidad de que intervenga un tercero, un juez (autotutela ejecutiva).
12. La autotutela permite a la Administración, a través del uso de la coacción, ejecutar los mandatos contenidos en las decisiones que regulan las relaciones jurídicas entre la Administración y los administrados. Esta atribución de poder coactivo que posee la Administración está amparada no solo en una presunción de legalidad sino en un marco legal existente, el cual le permite el uso de la fuerza sobre los derechos y bienes del administrado.
13. Las medidas cautelares son instrumentos que poseen las partes, para que, durante el transcurso del proceso, no se perjudique o agrave el menoscabo sufrido por acto

administrativo, puesto que en caso de no resguardar dicho derecho, la sentencia que se dicte durante el proceso podría resultar en ineficaz.

14. La medida cautelar debe cumplir con tres supuestos: verosimilitud del derecho, entendido como establecer la probabilidad de que existe un derecho sobre la parte que lo solicita; peligro en la demora, referido a que durante el tiempo que trascorra el proceso el daño sea tal que sea irreparable o que la sentencia se vuelva ineficaz; y razonabilidad, entendido como el elemento que establece que la medida sea proporcional al derecho que busca proteger.
15. De conformidad con el artículo 20-A de la Ley 29325, el cual fue modificado por la Ley 30011, aquel que desee suspender un acto administrativo proveniente del OEFA, mediante el cual se le sancione, deberá interponer una medida cautelar y garantizar el monto de dicha sanción mediante una contracautela.
16. La contracautela es el mecanismo que, de acuerdo con una interpretación literal del Código Procesal Civil, sería un requisito de admisibilidad; sin embargo, de una lectura combinada del artículo y de la doctrina, así como de las diversas sentencias emitidas en nuestro ordenamiento a nivel judicial y del Tribunal Constitucional, se entiende que esta es un mecanismo que permite garantizar la ejecutoriedad del acto.
17. El OEFA, a través del artículo 20-A de la Ley 29325 modificada por la Ley 30011, ha establecido la necesidad de que, en caso se busque suspender el proceso de cobranza coactiva, este solo podrá ser suspendido mediante una medida cautelar, la cual tendrá como requisito de admisibilidad y de ejecución futura la presentación de una contracautela. El hecho que el 81% de multas interpuestas por el OEFA fueron suspendidas a la luz del procedimiento señalado en el TUE de la Ley de Procedimiento Coactivo, refleja la importancia de esta ley, la cual permite que las multas que buscan salvaguardar el medio ambiente, el cual es patrimonio de todos, puedan ser efectivas y no se dilaten en el tiempo.
18. La contracautela es el medio idóneo mediante el cual se busca proteger a aquel que pueda verse afectado por una medida cautelar, en el ámbito de aplicación de las actividades del OEFA. La contracautela cumple con disuadir el comportamiento antijurídico de los administrados, garantizando a su vez la eficacia de la sanción impuesta por la Administración. La finalidad de la contracautela es encontrar el equilibrio adecuado entre el interés del demandante y del interés público tutelado por la Administración.
19. Las modificaciones incorporadas a los artículos 17, 19 y 20-A de la Ley 29325, a través de la Ley 30011, contienen una habilitación y remisión expresa de la ley, por lo que cumplen con los principios establecidos dentro de nuestro ordenamiento.