



Reflexiones teórico-prácticas en torno a la aplicación de la norma jurídica en el tiempo en el ámbito del Derecho administrativo*

Theoretical-practical reflections around the applying of legal rule in time within Administrative law

José Alonzo Jiménez Alemán**
Investigador independiente

Resumen:

El presente artículo tiene por objeto realizar un aporte teórico-práctico al desarrollo de las instituciones vinculadas a la aplicación de la norma jurídica en el tiempo, para lo cual el autor plantea casos advertidos en el ejercicio profesional. Se pretende que el trabajo sea leído en clave de derecho administrativo, por lo cual la lógica empleada podría ser utilizada como un parámetro de legalidad ante vacíos en la normativa especial.

Summary:

This article aims to make a theoretical-practical contribution to the development of an institution linked to the applicability of regulations over time. To meet his object the author raises legal cases based on his own professional experience. It is intended that this paper could be read with an administrative law point of view, so the development of this article could be used as a parameter of legality in the face of gaps in the special regulations.

Palabras clave:

Relación jurídica – Situación jurídica – Efectos de la ley en el tiempo – Retroactividad – Riesgo regulatorio

Keywords:

Legal relationship – Legal status – Effects of the law over time – Retroactivity – Regulatory risk

Sumario:

1. Introducción – 2. Breve referencia a las teorías sobre la aplicación de las normas en el tiempo – 3. Postura adoptada por el sistema jurídico peruano – 4. Algunos problemas detectados en la aplicación de las normas en el tiempo – 5. Conclusiones – 6. Bibliografía

* Este artículo es la reformulación de un trabajo presentado a la Universidad Señor de Sipán en el mes de julio del año 2013 para su publicación temporal en el portal de la entidad, el cual ha sido actualizado en función de la experiencia y estudios superiores del autor.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Derecho de los Sectores Regulados por la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente se desempeña como Especialista Legal Senior de la Subgerencia de Asesoría Legal en Asuntos Financieros de la Gerencia Jurídica del Banco Central de Reserva del Perú.

1. Introducción

Las instituciones alrededor de la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo conforman un campo de la teoría general del derecho en el que siempre se encontrarán “casos difíciles”¹, pues la práctica profesional –como es usual– viene rebasando los alcances conceptuales tradicionales, lo cual exige incorporar nuevas variables en la interpretación. En el Derecho administrativo, esta situación se origina en el dinamismo regulatorio, producto del desarrollo y progreso de las industrias, que obligan al legislador a adecuar o actualizar el marco normativo a las constantes innovaciones. Como advirtió Fiore² hace muchos años, esta constante evolución del derecho positivo obliga a estudiar de qué modo las nuevas leyes deben aplicarse a las relaciones anteriormente establecidas, a sus consecuencias jurídicas y al desarrollo de las relaciones mismas.

Este asunto no tiene una importancia menor, pues está vinculado a principios básicos en un Estado de Derecho como es la seguridad jurídica, o la promoción de políticas de Estado claves para nuestro desarrollo económico como es el fomento de la inversión privada. Asimismo, también es clave la comprensión de este asunto, pues hoy en día la inobservancia de criterios jurídicos (principalmente por funcionarios públicos encargados de la creación y aplicación de la norma) representa una contingencia del Estado peruano que puede ser demandado por un inversor extranjero, como consecuencia de un cambio súbito de reglas de juego, ante fueros arbitrales como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“CIADI”).

Atendiendo a su importancia, el presente artículo pretende realizar un análisis teórico-práctico de la aplicación de la norma jurídica en el tiempo (también denominado en doctrina como “derecho transitorio”³) en el sistema jurídico peruano. El énfasis del trabajo se ubica en el ámbito del Derecho administrativo, donde hemos advertido problemas concretos que merecen algunas reflexiones, como es el caso de la “retroactividad benigna” en el ámbito sancionador, o el supuesto de cambios normativos que impactan en la tramitación de un procedimiento administrativo en curso.

Antes de abordar casos concretos, plantearemos algunas ideas básicas sobre la aplicación de las normas en el tiempo para efectos de sentar las bases conceptuales que nos permitan analizar los casos específicos. Debe advertirse que el objetivo y utilidad del presente trabajo se inclina mucho más a un ámbito práctico que teórico o doctrinario, por lo cual se deberá leer como un complemento práctico de los avances conceptuales sobre el particular.

2. Breve referencia a las teorías sobre la aplicación de las normas en el tiempo

En doctrina se ha señalado que la rama del derecho que resuelve este tipo de conflictos es el derecho transitorio, que está compuesto por un conjunto de normas que determinan la norma aplicable al caso en concreto⁴. Independientemente de la rama del derecho y de las hipótesis que explican el nacimiento y desarrollo de este ámbito⁵, como es sabido, se pueden clasificar en dos las teorías que explican las formas de aplicar las normas jurídicas en el tiempo: teoría de los derechos adquiridos y la teoría de los hechos cumplidos. Para la formulación de ambas teorías, debemos tener en claro tres regímenes:

- a) Aplicación inmediata: una ley surte sus efectos jurídicos mientras tenga vigencia⁶, esto es, desde su promulgación hasta su derogación.

1 Desde una óptica positivista, un caso es difícil si existe incerteza, sea porque existen varias normas que determinan sentencias distintas (porque las normas son contradictorias), o porque no existe norma exactamente aplicable. En este tipo de casos se apela a la “discreción” para decidir el caso en uno u otro sentido. Para ver más recomendamos revisar: Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Editorial Ariel, 1989), 146 y ss; Manuel Atienza, *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica* (México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005), 112-116.

2 Pascuale Fiore, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, Tercera edición (corregida) (Madrid: Editorial Reus, 1927).

3 Sobre derecho transitorio es indispensable revisar a: Pascuale Fiore. *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*; op. Cit.

4 Luis Díez Picazo y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*, volumen I, Cuarta edición, primera reimposición (Madrid: Tecnos, 1982), 133.

5 No es objeto del presente artículo realizar una investigación histórica del principio de irretroactividad de las normas, sin perjuicio de ello es imperativo recomendar el libro de Francisco López Menudo, el cual explica y resume el desarrollo histórico de la irretroactividad de las normas en el tiempo, con un especial énfasis en el derecho administrativo español. Francisco López Menudo, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico/administrativas* (Sevilla: Ediciones del Instituto García Oviedo - Universidad de Sevilla), 1982.

6 El Tribunal Constitucional peruano ha establecido una distinción entre los siguientes términos: vigencia, eficacia y validez de una norma jurídica. En particular la diferencia planteada entre vigencia y eficacia que a continuación planteamos:

a) Vigencia (*Sentencia recaída en el Expediente N° 0014-2003-AI/TC emitida el 10 de diciembre de 2003*).- Implica que la norma haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, como es la publicación; de conformidad con lo establecido en el art. 51° de la Constitución Política del Perú de 1993, y que haya sido aprobada y promulgada por el órgano competente; es decir si satisface los requisitos formales mínimos para su elaboración.

b) Eficacia (*Sentencia recaída en el Expediente N° 0021-2003-AI/TC emitida el 24 de junio de 2004*).- Esta noción está estrechamente vinculada a la vigencia de una norma; de acuerdo a Rubio, la eficacia está relacionada a la **exigibilidad** de una norma jurídica, para

- b) Aplicación ultra-activa: se aplica la ley aún después de su derogación.
- c) Aplicación retroactiva: la aplicación de la ley es anterior a la fecha de su promulgación. Como veremos existen una serie de grados.

Las teorías que se expondrán han sido acogidas por el legislador peruano para supuestos concretos, sin perjuicio de establecer un régimen general.

2.1 Conceptos vinculados a la teoría de los derechos adquiridos y grados de retroactividad

Como señala el profesor Rubio⁷, la teoría de los derechos adquiridos sostiene que una vez que un derecho ha nacido y se ha establecido en la esfera de un sujeto, las normas posteriores que se dicten no pueden afectarlo. Es decir, los hechos jurídicos y sus efectos acaecidos en el pasado no deben ser alterados por las nuevas leyes. Es así como este derecho continuará produciendo los efectos previstos en el acto constitutivo o por las normas vigentes al momento de su constitución. Es preciso indicar que su origen es privatista y busca proteger la seguridad de los derechos de las personas. Tiende a conservar situaciones jurídicas existentes y rechaza la modificación de las circunstancias por las nuevas disposiciones legales.

Otra definición de la teoría de los derechos adquiridos explica que son: "(...) aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no pueden privarnos aquel de quien lo tenemos"⁸. Esta definición fue expresamente asumida por la jurisprudencia constitucional peruana. Nos referimos a la sentencia recaída en el Expediente N° 008-1996-AI, mediante la cual el Tribunal Constitucional señaló que "se precisa que los derechos adquiridos son aquellos que han entrado en nuestro dominio que han parte de él, y de los cuales ya no pueden privarnos aquel de quien tenemos"⁹.

No obstante ello, el problema de esta teoría gira en torno de determinar con precisión lo que debe considerarse como "situaciones o relaciones jurídicas pasadas o ya consumadas"¹⁰, lo cual merece unas breves referencias conceptuales:

- (i) *Por situación jurídica* entendemos el haz de atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas, que recibe una persona al adoptar un estatus determinado frente al Derecho. En cada una de ellas, la persona involucrada se convierte en el eje al que se asignan, y a partir del cual emanan todo ese conjunto de imputaciones jurídicas: situación jurídica subjetiva¹¹¹². Como es sabido, las situaciones jurídicas subjetivas se dividen en situaciones jurídicas activas¹³, pasivas¹⁴ y complejas¹⁵ ¹⁶. Mientras las activas son aquellas que determinan la preminencia del interés de quien es su titular sobre el interés de

evitar la eficacia de una norma, se recurre al concepto de validez de la norma jurídica.

No obstante lo anterior, para efectos del presente artículo, la vigencia la trataremos como sinónimo de eficacia. Sobre el particular se recomienda revisar: Rubio Correa, Marcial. La vigencia y validez de las normas jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Themis, Revista de Derecho*, número 51 (2005): pp. 8 y 9.

7 Marcial Rubio Correa, *Aplicación de la norma jurídica en el Tiempo* (Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2012), 27-31.

8 Juan Segundo Areco, *La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos* (Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1948), 56-2.

9 Esto ha sido ratificado por pronunciamientos tales como los recaídos en los Expedientes Nos 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC [ACUMULADOS].

10 Hecho que es entendido como "una de las más graves dificultades que ofrece la ciencia del Derecho, habiendo preocupado esta difícil cuestión a los más ilustres jurisconsultos", de acuerdo a Pascuale Fiore, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, Madrid, 1893, p. 26.

11 Se puede definir como la forma como las normas regulan las posibilidades de los diversos sujetos, en relación a los distintos bienes, de conformidad con la graduación que las propias normas buscan establecer entre los intereses de los sujetos. Para ver más sobre el particular recomendamos revisar: Vincenzo Roppo, *Instituzioni di diritto privato*, Cuarta edición (Bolonia: Monduzzi, 2001), 48-67. Traducción de Leysser León realizada en "Derecho de las Relaciones Obligatorias, Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios" (Lima: Editorial Jurista Editores, 2007), 46-60.

12 Es importante señalar que tratamos la institución como situaciones jurídicas subjetivas porque toda situación jurídica involucra una atribución a los sujetos de determinadas situaciones (o posiciones) jurídicas, y el hecho de que éstas se refieran, por definición a los sujetos explica por qué se habla también de "situaciones subjetivas" (o de "posiciones subjetivas"). Al respecto, en el ámbito del Derecho Civil y de la Teoría General del Derecho existen dos teorías que persiguen explicar el concepto de situación jurídica, a las que denominaremos tesis objetiva y tesis subjetiva.

13 Ahora bien, las principales situaciones jurídicas activas son (i) el derecho subjetivo, con la particular subespecie del derecho potestativo; (ii) la facultad; (iii) la expectativa; y, (iv) el interés legítimo.

14 Las situaciones jurídicas subjetivas pasivas pueden distinguirse en varias figuras, entre las cuales consideramos: (i) la obligación; (ii) la sujeción; y, (iii) la responsabilidad

15 En tanto se compone de situaciones activas y pasivas) y son la potestad, la carga y el status.

16 Para ampliar sobre la materia, recomendamos revisar, además: Paolo Zatti, *Las Situaciones Jurídicas. Revista Jurídica del Perú* N° 64, año XX (2005): 357-389 (Traducción de Vladimir Contreras Granda y Gilberto Mendoza del Maestro. Revisión y notas de Rómulo Morales Hervías); Rosario Nicoló, "Las situaciones jurídicas", *Advocatus, Revista de Derecho* N° (2005): 103-116 (Traducción de Carlos Zamudio Espinal y revisada por Rómulo Morales Hervías). En el campo del Derecho Administrativo, recomendamos leer a Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios del Derecho Administrativo General*, Segunda edición (Madrid: Editorial Lustel, 2009), 330-346.

otros sujetos; las pasivas son aquellas que determinen la subordinación del interés de su titular respecto del interés de otros sujetos, a los cuales se busca conceder preminencia.

- (ii) Por su parte, por *relación jurídica*¹⁷ entendemos las diversas vinculaciones jurídicas que existen entre dos –o más– situaciones jurídicas interrelacionadas (que pueden ser situaciones jurídicas simples o complejas). Así, son relaciones jurídicas las del Estado y sus proveedores, concedente-concesionario, las de cada acreedor y el respectivo deudor (denominada también como relación obligatoria), etcétera.

Ahora bien, si lo que pretende la teoría de los derechos adquiridos es evitar que las nuevas normas modifiquen situaciones pasadas o consumadas, entonces es claro que su objetivo es evitar la retroactividad (de hecho, defendería la aplicación ultra-activa de la norma). En este contexto es preciso referirnos a los grados de retroactividad, para efectos de entender el alcance de la teoría¹⁸:

- a. Una retroactividad en *grado máximo* cuando la nueva ley se aplica tanto a la relación jurídica constituida bajo la norma anterior, como a los efectos jurídicos producidos y ejecutados bajo aquella legislación. Esto involucra la auténtica revisión de los hechos y efectos jurídicos consolidados. En la jurisprudencia española este grado es conocido como *retroactividad propia*, pues afecta los efectos ya desplegados o agotados de relaciones jurídicas, alterando la realidad ya consumada en el tiempo¹⁹.
- b. Una retroactividad en *grado medio* que consiste en la aplicación de la nueva ley a los efectos jurídicos de la relación básica, que habiendo nacida bajo la legislación anterior hubiera de ejecutarse bajo la nueva. Este supuesto también se encontraría de retroactividad propia, trabajada por la jurisprudencia española.
- c. Una retroactividad en *grado mínimo*, la cual supone que la ley se aplica a los efectos o consecuencias de una relación jurídica regulada según la legislación anterior, pero solo a los que nazcan después de la vigencia de la nueva ley. En la jurisprudencia española se refiere a este grado como retroactividad *impropia*, en virtud de la cual la nueva ley no podrá surtir efectos en situaciones agotadas, y por ende la prohibición de irretroactividad no afecta los efectos producidos con posterioridad.

Como puede advertirse, la teoría de los derechos adquiridos (planteada en su forma más extrema) defendería la seguridad jurídica absoluta, lo cual lógicamente involucra la “petrificación” del ordenamiento jurídico. Esta situación es contraria al dinamismo de algunos sectores regulados, los cuales requieren ajustes constantes en su configuración, y es el rasgo clave para entender el denominado “riesgo regulatorio” que más adelante explicaremos.

2.2 Breve referencia a la teoría de los hechos cumplidos

Desde un punto de vista civil, Fiore²⁰ explica que las personas tienen el derecho de exigir que las consecuencias jurídicas de su libertad –legalmente ejercida– le sean reconocidas y respetadas; pero no puede inmovilizar en su beneficio el sistema de las leyes vigentes, e impedir al legislador sujetar a nuevas reglas las consecuencias jurídicas de la libertad en el porvenir, o de regular de mejor manera el ejercicio de la misma libertad.

Esta teoría enseña que cada norma jurídica debe aplicarse a los hechos que ocurran durante su vigencia, es decir, bajo su aplicación inmediata, *contrario sensu*, dispone que la ley no debe afectar la calificación, ni las consecuencias jurídicas del hecho ya cumplido, pero debe ser aplicada a los nuevos hechos²¹. Por ejemplo, si se genera un derecho bajo una primera ley (llamémosle Ley 1) y luego de producir cierto número de efectos esa ley es modificada por una segunda (llamémosle Ley 2), los nuevos efectos del derecho se deben adecuar a la segunda ley. Es clave en la aplicación práctica de esta teoría, determinar el nacimiento “perfecto” del derecho, es decir en qué momento se cumplieron los requisitos exigidos por la ley, lo cual descartaría situaciones donde aún se encuentra en proceso de evaluación su cumplimiento, como veremos más adelante.

17 Sobre el particular, conviene revisar el trabajo de Freddy Escobar Rozas, *Contribución al Estudio de la Relación Jurídica Intersubjetiva*. *Themis Revista de Derecho*, Número 38 (1998).

18 López Menudo, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico/administrativas*, 48-50.

19 Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo del 13 de enero de 2014, Casación 357/2012; sentencia del Tribunal Constitucional 51/2018 del 10 de mayo (reiterada por la posterior sentencia del Tribunal 56/2018 del 22 de junio).

20 Pascuale Fiore, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, 53.

21 Juan Espinoza Espinoza, *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984 (análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial)* (Lima: Editorial Grijley, 2011), 147.

Se ha indicado que esta teoría “consiste en sostener que la ley no debe afectar la calificación ni las consecuencias jurídicas del hecho ya cumplido, es decir, en que están integradas todas las circunstancias que lo constituyen en antecedente de imputación jurídica; pero debe ser aplicada a los nuevos hechos²²”. Es decir, no se elimina la potestad legislativa del legislador, sino más bien se establece un límite a su actuación, estrictamente vinculada a modificar los efectos de las relaciones o situaciones previamente constituidas.

Para entrar en el detalle de los problemas prácticos de la teoría, es importante rescatar lo señalado por el profesor Espinoza Espinoza²³, quien sostiene que la teoría encontraría algunos problemas de aplicación para el caso en que ya no se aprecie el hecho en sí, sino sus consecuencias. En tal sentido, habría que diferenciar el hecho de sus efectos, y dentro de estos se deben distinguir los siguientes:

- (i) Efectos agotados;
- (ii) Efectos pendientes (derivados sin haberse cumplido);
- (iii) Efectos futuros (que ni si quiera se han producido).

La base de esta teoría se sienta en el principio de irretroactividad de la norma jurídica que se fundamenta en principios generales del derecho como el de seguridad jurídica, confianza legítima y predictibilidad. Como desarrollaremos en el acápite siguiente, este régimen es el aplicable como regla general en el sistema jurídico peruano, salvo algunas materias que tienen un régimen especial.

3. Postura adoptada por el sistema jurídico peruano

Las disposiciones constitucionales acerca de la aplicación de la norma jurídica en el tiempo son los artículos 62°, 74°, 103° y 204°. Por su parte, como normas de desarrollo constitucional, encontramos el Código Civil Peruano que regula esta materia en el artículo III del Título Preliminar, el Código Procesal Civil en la Segunda Disposición Complementaria, y el Código Penal en sus artículos 6°, 7° y 8°.

Como señalamos, nuestro ordenamiento jurídico se ha acogido a la teoría de los hechos cumplidos, que en otras palabras es la aplicación inmediata de la norma; no obstante ello, existen regímenes que se adhieren a la teoría de los derechos adquiridos, e incluso teorías intermedias. El desarrollo se circunscribe principalmente a la Constitución, puesto que en ella se contemplan los criterios rectores de nuestro sistema jurídico, como bien lo reconoce López Menudo²⁴ cuando señala que “el único instrumento capaz de gobernar el fenómeno de la retroactividad es la Constitución (...)”.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional ha precisado en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0606-2004-AA/TC que “nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes”. A continuación, haremos una breve síntesis de los principales regímenes aplicables.

3.1 Regla general del derecho transitorio peruano: artículo 103° de la Constitución

A partir de la vigencia de la Ley N° 28389²⁵, publicada el 17 de noviembre de 2004, se estableció que la regla esencial de aplicación de las normas en el tiempo dentro del Derecho peruano es el artículo 103° de la Constitución que manda:

“Artículo 103.-

[...] La Ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (...).”

Esta versión del artículo 103° de la Constitución, en lo referente a aplicación de normas generales en el tiempo, recogida en la Ley N° 28389, Ley de modificación constitucional, establece los siguientes contenidos:

²² Espinoza Espinoza, *Los principios contenidos en el Título Preliminar*, 203.

²³ Espinoza Espinoza, *Los principios contenidos en el Título Preliminar*, 203-205.

²⁴ López Menudo, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico/administrativas*, 43.

²⁵ Como dato histórico y no menos relevante es preciso indicar que antes de la vigencia de la Ley N° 28389, el artículo 103° de la Constitución se encontró redactado de la siguiente forma: “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas. Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo (...)”. Sobre la base de esta redacción no podía interpretarse que la regla general para la aplicación de las normas en el tiempo era la de los hechos cumplidos, no obstante ello se interpretó su acogimiento a esta teoría a partir de lo dispuesto en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, norma que sí dispuso expresamente el acogimiento a esta teoría.

- (i) Desde que la ley entra en vigencia se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes;
- (ii) La ley no tiene fuerza ni efectos retroactivos salvo en materia penal, cuando favorece el reo.

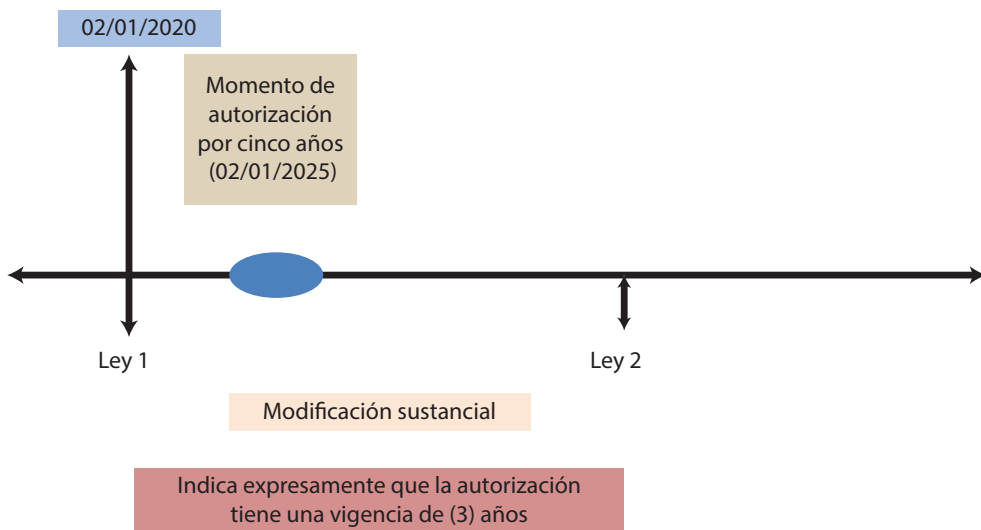
Para efectos de interpretar correctamente este artículo, corresponde definir tres conceptos que subyacen a la norma precitada: (i) situaciones jurídicas; (ii) relación jurídica; y, (iii) diferenciar el momento en que se constituye una relación o situación jurídica del momento en que simplemente se declara su existencia. En la medida que los dos primeros fueron desarrollados en el acápite anterior, nos limitaremos al tercero.

Diferenciar el momento en que se constituye una relación o situación jurídica del momento en que simplemente se declara su existencia es un ejercicio que tiene grandes implicancias en la esfera jurídica de las personas. En muchas ocasiones se confunde el momento en que *se declara* la situación o relación jurídica, respecto del momento en que *se constituye*, por lo cual el operador siempre debe analizar el alcance normativo de las situaciones o relaciones jurídicas, así como la naturaleza del pronunciamiento de la entidad administrativa o juez. Sobre este asunto hay muchos ejemplos:

1. Cuando se realiza un pago indebido o pago en exceso, el pronunciamiento de la autoridad (SUNAT o Tribunal Fiscal) solo tiene alcance declarativo, por lo cual los intereses del monto a devolver se deben contabilizar desde que se realizó el pago indebido o en exceso.
2. Cuando el juez en el mes de enero del año 2020 declara fundada una demanda en la que se pretende el pago de una penalidad por incumplimiento generado el 01 de junio del año 2014.
3. Un caso especial es el de los intereses, pues éstos se devengan diariamente, por lo cual las situaciones jurídicas corren la misma suerte.

Otro tema de importancia es que la norma jurídica, desde su vigencia, se aplica a las consecuencias de estas situaciones y relaciones existentes. La situación o la relación misma no son alteradas por la norma; solo sus consecuencias. Como señala Fiore²⁶, el terreno en que la ley ejerce su autoridad absoluta e ilimitada es el de los derechos individualizados que no han llegado a perfeccionarse o consumarse.

Esto podría ejemplificarse de la siguiente forma: en la vigencia de la Ley 1 se constituye una situación jurídica, la cual consiste en el otorgamiento de una autorización administrativa por el plazo de cinco (05) años. Posteriormente, se promulga la Ley 2 que modifica sustancialmente la Ley 1, e indica expresamente que la autorización tiene una duración de tres (03) años. De acuerdo con la teoría expuesta, el plazo de cinco (05) años forma parte de la situación jurídica reconocida a favor del administrado (situación perfeccionada y consumada), por lo cual no puede ser considerado como una consecuencia o efecto. Esto puede graficarse de la siguiente forma:



*Las fechas utilizadas en el presente ejemplo son solo ilustrativas.

26 Fiore, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, 63.

Ahora bien, otro aspecto importante del artículo en mención es la prohibición de retroactividad. Como explicamos, la aplicación retroactiva de una norma es aquella que se hace para regir hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que ésta entra en vigencia. Un ejemplo de aplicación retroactiva, tomando el caso propuesto en el párrafo anterior, implicaría que la Ley 2 se aplique a disposiciones inherentes a la relación jurídica como el plazo de la autorización (completamente ilegal desde nuestro punto de vista).

3.2 Acogimiento a la teoría de los derechos adquiridos en materia contractual

El artículo 62 de la Constitución del Perú contempla la libertad de contratación y la blinda señalando que “los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase [...]”. La opción elegida es la teoría de los derechos adquiridos. Es preciso señalar que este régimen debe interpretarse restrictivamente a la materia contractual (como un régimen especial), frente a la regla general del artículo 103° de la Constitución Política del Perú.

Es indispensable señalar que la libertad de contratación tiene límites, uno de los cuales se plasma en el numeral 14 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, el cual dispone expresamente que “toda persona tiene derecho: (...) a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”. Esto significa, según el Tribunal Constitucional²⁷, que la libertad de contratar no puede contravenir las leyes de orden público, esto es, las normas que contienen valores y reglas esenciales de la vida en común; las que permiten que en una sociedad democrática en la que conviven personas con diferentes concepciones de la vida, todas ellas se encuentren un amplio espacio común de desarrollo social.

A partir de una interpretación sistemática del ordenamiento, Carlos Cárdenas²⁸ sostiene que los términos contractuales pactados no podrán ser modificados por normas de carácter supletorio de la voluntad, por tanto, las imperativas o de orden público deben ser aplicables a las relaciones jurídicas en curso de ejecución. Entre otros fundamentos, rescatamos aquel en virtud del cual se afirma que el legislador no puede renunciar a dictar normas que deban impactar en las relaciones obligatorias en ejecución, considerando la evolución social y el orden público que se demanda en ese momento.

Por su parte, el Tribunal afirmó que el orden público es una “carga” que limita la libertad de contratación. Es decir, no se puede pactar en contrario de una norma de esta naturaleza, y en caso la norma sobrevenga a la ejecución de la relación contractual, la misma deberá modificarse. En esa línea, se sostiene que no puede existir una inmutabilidad absoluta para los contratos en virtud del mandato del artículo 62° y que, por el contrario, existen ciertos casos en los que una ley posterior sí puede alterar un contrato. Esto es ratificado por el artículo 1354° del Código Civil, el cual establece que “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

Uno de los casos más comunes de aplicación de normas de orden público que afectan la estructura de una relación jurídica están vinculadas al ámbito laboral, tales como la modificación de la Remuneración Mínima Vital, o la reducción de la jornada de trabajo.

3.3 En materia procesal: aplicación inmediata de la norma

En doctrina existe consenso en que la regla fundamental en este ámbito es que toda ley nueva en materia procesal debe ser inmediatamente aplicada, sin perjuicio de que pueden generarse situaciones o relaciones que puedan obligar a la aplicación ultra-activa de una norma derogada²⁹.

El parámetro de derecho interno es el numeral 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, el cual establece como un principio y derecho de la función jurisdiccional que “ninguna persona puede ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos (...)”. Como se sabe, esta norma plasma el derecho fundamental a un juez natural, que el Tribunal Constitucional ha explicado, entre otras, en la sentencia recaída en el Expediente N° 01937-2006-HC/TC³⁰.

27 Sentencia recaída en el Expediente N° 2185-2002-AA/TC.

28 Carlos Cárdenas, La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, en *Contratación contemporánea teoría general y principios* (Lima: Palestra, 2000), 259-261

29 Fiore, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, 478.

30 Expresamente ha dicho: “El derecho del juez natural o juez predeterminado por ley, comporta dos exigencias. En primer lugar, 1) que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profeso para desempeñar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que deba ser ventilado ante un órgano jurisdiccional. En segundo lugar, 2) que la jurisdicción y competencia del juez

No obstante la lógica de un proceso responde a una sucesión concatenada de actuaciones, existe consenso en que las normas de naturaleza procesal deben regirse por el momento de la actuación procesal, pues guardan cierta autonomía que no permite que sean “congeladas” al momento del inicio del proceso, pues el interés público exige una adecuación de las actuaciones procesales. Sobre el particular, la Corte Constitucional Colombiana brinda una justificación a esta regla, a propósito de una demanda de inconstitucionalidad, en la Sentencia C-633/12 (Bogotá DC., 15 de agosto de 2012), la cual dispuso lo siguiente:

“4.2.4. Aplicación de la ley procesal en el tiempo.

4.2.4.1. *En lo que se refiere a la aplicación de la ley procesal, el artículo 40 de la ley 153 de 1887 consagra la regla general de la aplicación inmediata y hacia el futuro de la ley procesal. **Ello se explica en razón de que el proceso, al ser una progresión de actos procesales concatenados, no se erige en sí mismo como una situación consolidada sino como una secuencia jurídica que admite la aplicación de las nuevas disposiciones instrumentales tan pronto como éstas entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellas actuaciones que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua sean respetadas y queden en firme**”.*

(Énfasis añadido).

¿Cómo compatibilizar el mandato del numeral 3 del artículo 139 de la Constitución y la aplicación inmediata de las normas procesales? Sobre el particular, es bastante ilustrativa la explicación del profesor Marcial Rubio³¹, quien sostiene que la aplicación inmediata siempre procederá, en tanto ello no involucre un cambio sustancial del proceso predeterminado por ley. Atendiendo a ello, el Código Procesal Civil³² estableció la aplicación inmediata de la normativa procesal, incluso a los procesos en trámite, *salvo* para las reglas de competencia, los medios impugnatorios, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado. Es decir, el Código Procesal Civil parece aclarar qué aspectos en materia procesal deben mantenerse, pues la modificación implicaría un cambio sustancial que afectaría el derecho fundamental a un juez natural y procedimiento preestablecido.

En materia penal no existía una norma de derecho transitorio con ese alcance, motivo por el cual el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 1300-2002-HC/TC, aplicó supletoriamente el Código Procesal Civil en un proceso de hábeas corpus vinculado a la aplicación de la norma procesal penal. Esta situación cambia con el nuevo Código Procesal Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 957 (que entró en vigencia el 29 de julio de 2004) que contempla dos normas que regulan su aplicación:

“TÍTULO PRELIMINAR

(...)

Artículo VII.- Vigencia e interpretación de la ley procesal penal

1. *La ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la acusación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.*

2. *La ley procesal referida a derechos individuales que se más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible. (...)*”.

“DISPOSICIONES FINALES

(...)

SEGUNDA.- Normas generales de aplicación

1. *Al entrar en vigencia este Código según las previsiones de la Disposición anterior, los procesos en trámite se registrarán por las normas que se establezcan en las normas complementarias y de implementación de este cuerpo normativo.*

2. *En todo caso, salvo disposición expresa en contrario, continuarán rigiéndose por la norma procesal anterior las reglas de competencias, los recursos impugnatorios interpuestos, los actos procesales que se encuentran en vía de ejecución, y los plazos que hubieran empezado”.*

sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez ex post facto o por un juez ad hoc (FJ 2)” (Énfasis añadido).

31 Rubio Correa, Aplicación de la norma jurídica en el tiempo; op. cit., pp. 88 y ss.

32 Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil.

Siendo la regla general la aplicación inmediata de las normas procesales, inclusive en procesos en trámite, es necesario realizar un análisis de las excepciones que garantizarían el derecho fundamental al procedimiento predeterminado por ley:

- a. *Las reglas de competencias*, lo cual busca proteger la estabilidad del órgano jurisdiccional, que es uno de los ejes del derecho fundamental a un juez natural recogido en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución.
- b. *Los medios impugnatorios interpuestos*, lo cual significa que, aunque la nueva ley procesal elimine o modifique los medios impugnatorios existentes, dichas actuaciones procesales seguirán rigiéndose por la legislación anterior hasta ser resuelto. El fundamento de esta excepción es que se tratan de actos procesales en curso de ejecución, y el cambio de reglas de juego afectaría intempestivamente el desarrollo del proceso.
- c. *Los actos procesales con principios de ejecución*, el cual está referido, entre otros, a aquellas actuaciones del juzgador que deben ser ejecutados por mandato expreso de la ley, por ejemplo, medidas cautelares, sentencias con autoridad de cosa juzgada o cuya impugnación carezca de efecto suspensivo.
- d. *Los plazos cuyo transcurso ya se inició deberán correr hasta su término final de acuerdo con las reglas con las que la cuenta comenzó*. El fundamento de esta excepción es evitar cambios abruptos que distorsionen el desarrollo del proceso, que incluso expongan a un estado de indefensión al particular.

Un tema clave de esta norma de derecho transitorio es su consideración como norma rectora. Como señala el profesor Rubio³³, esta disposición es aplicable a toda la legislación de esta misma naturaleza e incluso a disposiciones de naturaleza distinta, siempre que no sean incompatibles con la procesal civil (como puede ser el procedimiento administrativo). El sustento legal es la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil, el cual señala que “Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales”.

En el ámbito del Derecho administrativo, también resulta de aplicación supletoria el Código Procesal Civil, en atención al artículo VIII del Título Preliminar del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual establece que en caso de deficiencia de fuentes se podrá acudir, subsidiariamente, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad. Ello ha sido confirmado por la práctica de las principales entidades públicas que, ante vacíos en la ley especial de procedimiento administrativo, aplicaron el Código Procesal Civil, lo cual es un aporte clave para la solidez en la actuación administrativa.

3.4 Otras reglas especiales sobre aplicación de las normas en el tiempo

Como mencionamos, existen regímenes especiales de derecho transitorio en el ordenamiento peruano, que en el presente trabajo nos limitaremos a describir:

- (i) *En materia previsional*: El eje de los problemas en este ámbito fue la Primera Disposición Final de la Constitución Política del Perú, el cual establece que “los nuevos regímenes obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos 19990 y 20530”. Como puede advertirse, la norma plasma la teoría de los derechos adquiridos, y por ende se atribuye un efecto ultra-activo a los derechos obtenidos en los regímenes pensionarios mencionados.

Mediante sentencia recaída en el Expediente 008-96-AI/TC, el Tribunal Constitucional definió cuándo se obtiene el derecho, para efectos de la aplicación ultra-activa del régimen jurídico de pensiones nivelables (Decreto Ley 20530). Concretamente afirmó que el derecho se obtiene desde el momento en que se cumplen los requisitos para acogerse al régimen pensionario, sin perjuicio de que se continúe laborando, pues consideró que “se incorpora a su patrimonio un derecho en virtud del mandato expreso de la ley que no está supeditado al reconocimiento de la administración”³⁴.

El régimen de pensiones del Decreto Ley 19990 es muy parecido, y también fue objeto de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que recayó en el Expediente N° 0007-96-AI/TC, cuyo sentido es el mismo que el descrito líneas arriba. Si bien es cierto, existen otros temas que han merecido

33 Rubio Correa, *Aplicación de la norma jurídica en el Tiempo*, 64-66.

34 Como se recuerda, el requisito que debía cumplirse para acogerse al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 es haber laborado veinte años o más de servicios.

un análisis por parte del Tribunal Constitucional en esta materia, éstos exceden el alcance del presente trabajo³⁵.

- (ii) *Tributario*: en este ámbito se han presentado algunos problemas por el texto del artículo 74° de la Constitución, el cual dispone que “No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo”. Es decir, el objetivo de la norma es eliminar incluso los efectos (en caso existan) de normas tributarias que incurran en vicios de inconstitucionalidad, lo cual deja abierta la posibilidad de que las normas, dictadas al amparo de la Constitución, puedan tener un efecto retroactivo, siempre que sean favorables al contribuyente³⁶. Esto fue ratificado por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 3595-2006-PA/TC, en el cual se declaró inconstitucional parte del impuesto a la explotación de los juegos de casino y tragamonedas, por violar el principio de confiscatoriedad al imponer una tasa excesiva, aplicándose la ley posterior pues contenía una tasa razonable.

La cuestión es determinar los efectos retroactivos que podrían tener las sentencias de inconstitucionalidad de normas de naturaleza tributaria, lo cual fue habilitado por el artículo 81° del Código Procesal Constitucional (“el tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo”), aunque no se condijo con el texto expreso del artículo 204° de la Constitución (“la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial y la misma no tiene efecto retroactivo”).

Este problema fue resuelto por el artículo 83° del Código Procesal Constitucional, el cual dispone que “Las sentencias declaratorias de ilegalidad o inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103° y último párrafo del artículo 74° de la Constitución”.

4. Algunos problemas detectados en la aplicación de las normas en el tiempo

Como mencionamos en un inicio, la práctica desborda los supuestos hipotéticos y las enseñanzas generadas en el ámbito académico, por lo cual queremos analizar algunos problemas detectados en el ejercicio profesional. En primer lugar, veremos los supuestos vinculados a procedimientos de habilitación en los que se produce un cambio normativo en el transcurso del trámite, planteando específicamente dos escenarios: (i) cuando la nueva norma reduce requisitos; y, (ii) cuando la nueva norma incrementa requisitos.

En el segundo grupo de casos, analizaremos el alcance del derecho transitorio en normas procesales: primero con un caso penal, y seguidamente con un procedimiento trilateral de eliminación de barreras burocráticas. Finalmente, se analizarán los límites a la aplicación del principio de retroactividad benigna y los nuevos parámetros que deben considerar las autoridades generadoras de normativa, a fin de evitar la vulneración a los nuevos parámetros desarrollados en los arbitrajes de inversión vinculados a la seguridad jurídica, predictibilidad y confianza legítima.

4.1 Casuística en el marco de procedimientos administrativos para la obtención de títulos habilitantes

4.1.1 La nueva norma reduce o amplía requisitos

En los supuestos de conflicto de normas, corresponde al operador jurídico desentrañar el significado de la norma más acorde con el sistema jurídico y el interés público protegido para cada situación en concreto, pues la idea es armonizar la seguridad jurídica con las exigencias actuales del ordenamiento jurídico³⁷. Concretamente, haremos referencia a un caso en el cual un administrado solicita el otorgamiento de la autorización acompañando los requisitos legalmente establecidos, no obstante ello en el desarrollo del procedimiento administrativo se modifica la normativa que servía de sustento para la exigencia de los requisitos.

En este escenario es importante plantear dos escenarios. El primero corresponde a un momento anterior a la emisión de una decisión de la Administración Pública en primera instancia, y el segundo es posterior a la emisión de la decisión administrativa.

35 Para profundizar, recomendamos revisar Rubio Correa, *La aplicación de la norma jurídica en el tiempo*, 114-126.

36 Ángel Marco Chávez Gonzales, “El principio de la “retroactividad” tributaria en la Constitución Política de 1993”, *Derecho & Sociedad* N° 33 (2009): 171-178.

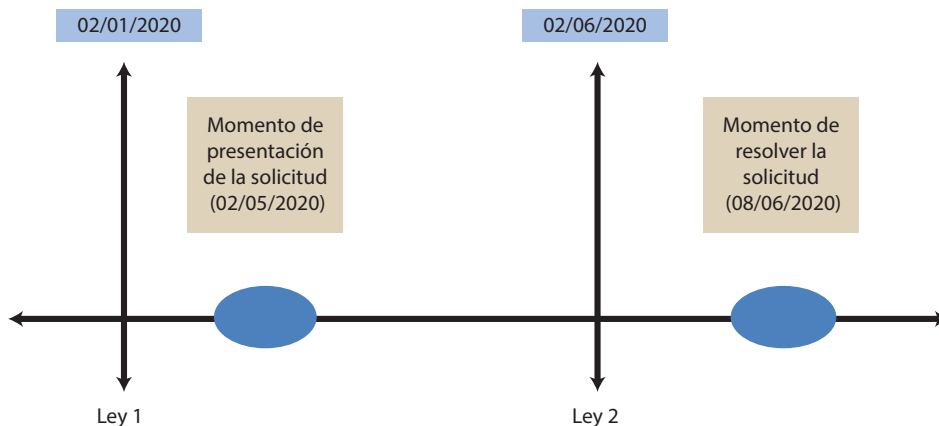
37 Espinoza Espinoza, *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil*, 201.

(i) Antes de la emisión de la decisión en primera instancia administrativa

En primer lugar, debe determinarse la naturaleza de la norma que se modifica, a fin de conocer si es una disposición sustantiva o procesal, pues dependiendo de esta situación es que puede aplicarse una regla u otra (no está demás advertir que no todas las normas del Código Procesal Civil tienen naturaleza procesal). En el caso planteado se trata de una norma que regula el acceso al mercado de un determinado agente económico, es decir un requisito sustantivo para el ejercicio de un derecho.

Considerando lo expuesto, a nuestro criterio no se ha materializado o configurado una relación jurídica entre el administrado y la Administración pública (pues está en proceso de formación), siendo aplicable la disposición emitida en el íter del procedimiento administrativo, salvo disposición en contrario previsto en la propia normativa. Existe una interpretación alternativa que postula considerar aplicable la ley vigente al momento de presentar la solicitud, sin embargo, no consideramos sólida esta lectura pues el inicio del procedimiento no representa el reconocimiento de un derecho en sí mismo, sino más bien el inicio de una sucesión de actos encaminados al otorgamiento de un título habilitante.

No advertimos la presencia de un derecho “perfeccionado”, lo que significa que en este caso debe solicitarse al particular que adecúe su solicitud al nuevo marco normativo. Por ejemplo, imaginemos que la solicitud de autorización se presentó durante la vigencia de la Ley 1, no obstante, se resuelve durante la vigencia de la Ley 2, que la modifica sustancialmente (aplicable principalmente a procedimientos extensos como la aprobación de Estudios de Impacto Vial o el reciente control de fusiones y adquisiciones).



*Las fechas utilizadas en el presente ejemplo son solo ilustrativas.

Una interpretación similar, desde la óptica del derecho administrativo, es que la norma aplicable en un procedimiento de habilitación es aquella que se encuentra vigente al momento de otorgamiento de autorización. Esta teoría la propone el profesor Laguna De Paz³⁸, quien sostiene:

“Regla: normativa vigente en el momento del otorgamiento. Un supuesto límite se plantea cuando entre la solicitud de la autorización y la resolución del expediente se producen cambios normativos. A este respecto, el interés general reclama el otorgamiento de la autorización de acuerdo con las exigencias que establezca la nueva normativa, que expresa la sensibilidad actual acerca de los valores a proteger”.

En esa misma línea, el profesor Rubio³⁹ analiza un caso en el cual se discute la aplicación de la normativa en el marco de un procedimiento administrativo de autorización para ejecución de obras e instalación de servicios públicos. Es el caso que un administrado presenta una solicitud de ejecución de obras e instalación de servicio de agua al amparo de lo dispuesto en la Ley N° 25844, la cual dispuso que la propietaria de las obras era la empresa concesionaria. No obstante ello, en el íter del procedimiento administrativo se publica y cobra vigencia la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, la cual dispone que la propiedad de las obras realizadas es de la Municipalidad donde éstas son realizadas. Se concluye que la norma aplicable es aquella vigente al momento de otorgamiento de la autorización, en tanto ese es el momento en que se constituye la relación jurídica. Expresamente señala:

38 José Carlos Laguna de Paz, *La autorización administrativa* (Navarra: Editorial Aranzadi, 2006), 185-187.
39 Rubio Correa, *Aplicación de la norma jurídica en el Tiempo*, 108-113.

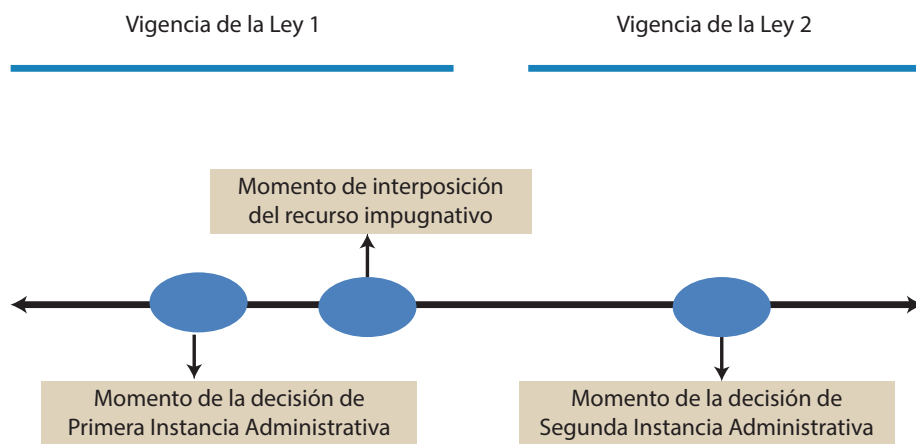
“Para nosotros resulta claro que la relación entre empresa concesionaria y usuario se establece en la fecha en que se dicta la resolución que aprueba el proyecto respectivo en todos sus términos porque es a partir de ella que devienen en exigibles las diversas obligaciones. En consecuencia, si la autorización de una obra o instalación de este tipo fue aprobada el 27 de mayo de 2013 o antes, bajo la vigencia del Decreto Ley N° 25844, entonces este decreto ley regirá la relación respectiva entre la empresa concesionaria y el usuario y las obras pasarán a propiedad de la concesionaria. Si la resolución de autorización fue dada a partir del 28 de mayo de 2003, entonces la relación entre la empresa concesionaria y el usuario se establece bajo la vigencia de la ley 27972 y será ella la que rija por lo que, a partir de esta fecha, las obras pasarán a ser de las municipalidades respectivas”.

Por último, en el ámbito del derecho civil, Espinoza Espinoza⁴⁰ sostiene –a partir de una interpretación lógico-sistemática del artículo III del Título Preliminar del Código Civil Peruano⁴¹– que las situaciones y relaciones jurídicas en curso de constitución, es decir aquellas que se iniciaron al amparo de una ley antigua pero no se perfeccionaron, deben regirse por la Ley nueva para su constitución, regulación, modificación o extinción y sus consecuencias. En esa línea de pensamiento, Fiore⁴² explica esta situación en el cambio de requisitos durante la tramitación del procedimiento para la adquisición de ciudadanía, usucapión y prescripción adquisitiva, concluyendo que deben aplicarse los requisitos exigidos por la ley nueva.

(ii) Después de la emisión del acto administrativo de primera instancia

Ahora analizaremos qué ocurre cuando el cambio de requisitos se produce después de emitido un pronunciamiento de primera instancia, y el procedimiento se encuentra en fase recursiva (producto de un recurso impugnativo contra la decisión de primera instancia). En este caso se tiene una decisión de la Administración, que si bien es cierto no es cosa decidida, sí involucra la creación de una relación jurídica entre ambos, generando así una serie de derechos y obligaciones al administrado. En tal sentido, una opción interpretativa válida sería sostener que no son de aplicación los cambios normativos producidos con posterioridad de la decisión emitida en primera instancia.

Esto es así toda vez que la relación jurídica se constituyó con la norma 1, es decir la configuración de la relación jurídica se concretizó a partir de la aplicación de la norma 1 en un determinado momento en el tiempo, sin embargo, en la fase recursiva se publica la norma 2, que modifica parcialmente la norma 1. Así pues, imaginemos que la norma 1 exige 5 requisitos para la obtención del título habilitante, mientras que la norma 2 (publicada después de la configuración de la relación jurídica con la norma 1) elimina dos de los requisitos exigidos con la normativa 1. A partir de la opción interpretativa planteada, no podría aplicarse la norma 2, en la medida de que existe una relación jurídica ya constituida con la norma 1, la cual viene siendo discutida en el procedimiento recursivo. Grafiquémoslo para mejor entender:



*Las fechas utilizadas en el presente ejemplo son solo ilustrativas.

40 Espinoza Espinoza, Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil; op. cit., pp. 203 y ss.

41 El contenido de este artículo es idéntico al actual artículo 103° de la Constitución Política del Perú.

42 Fiore, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, 54.

Una segunda interpretación consiste en tomar como premisa que la normativa aplicable es aquella que se encuentra vigente al momento del otorgamiento de la autorización, de acuerdo con las exigencias que establezca la nueva normativa, que expresa la sensibilidad actual acerca de los valores a proteger. Esto involucra determinar cuando realmente se habría configurado una relación jurídica entre la Administración Pública y el administrado, por lo cual correspondería aplicar la Ley 2, norma vigente al momento de resolver el recurso impugnativo.

Sobre la base de lo expuesto, podemos realizar algunas conjeturas adicionales:

- (i) El cambio de la normativa que regula el otorgamiento de un determinado título habilitante puede darse en cualquier momento antes del otorgamiento de la autorización.
- (ii) El otorgamiento de la autorización puede materializarse en segunda instancia administrativa, como consecuencia de declarar fundada un recurso impugnativo interpuesto contra un acto administrativo que deniega el otorgamiento de autorización.
- (iii) Cabe interpretar que –incluso en fase recursiva– puede aplicarse la ley 2, de ser el caso, en tanto podría otorgarse en dicho momento la autorización administrativa, siempre que el recurso impugnativo verse sobre una materia de la ley 2. Esta interpretación abrazaría la tesis de que se aplicará la norma vigente al momento del otorgamiento del título habilite. No aplicaría esta posición a los extremos no controvertidos por el administrado.

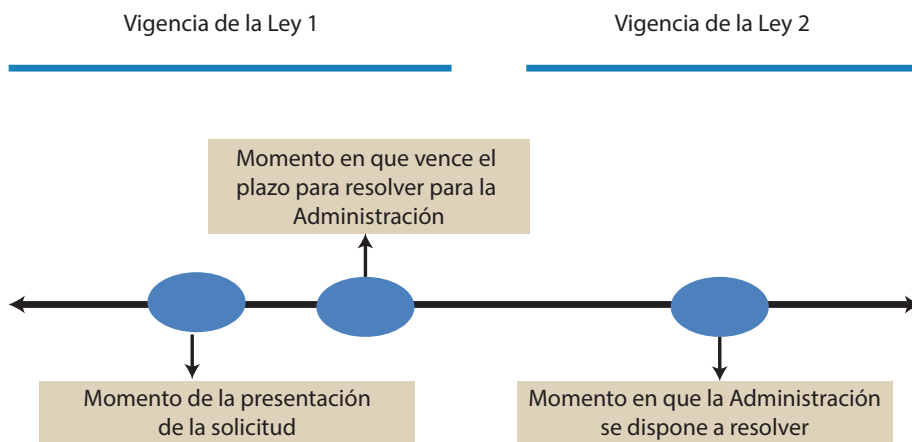
De acuerdo al razonamiento expuesto, podría adecuarse la solicitud del administrado incluso en etapa recursiva. Esto tiene su principal fundamento en que la exigencia de protección del interés público demanda la aplicación de la nueva Ley, así como que estamos ante una situación jurídica aún no perfeccionada. Es más, en aplicación de principios del procedimiento administrativo (tales como el de impulso de oficio, razonabilidad, informalismo, celeridad, eficacia), este planteamiento podría tener mucha más solidez.

Es preciso dejar en claro que la nueva normativa no puede modificar situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas, es decir que la relación jurídica ya configurada no puede ser modificada posteriormente. Esto involucra que si, por ejemplo, en fase recursiva se discuten los requisitos 1 y 2 (más no el requisito 3, el cual queda consentido), si una nueva norma modifica el requisito 3 (para exigir una formalidad mayor o sustituirlo por un nuevo requisito), no puede aplicarse en fase recursiva esta nueva ley (en el extremo de la modificación del requisito 3), puesto que este extremo de la relación jurídica entre la Administración Pública y el administrado ya quedó definido bajo la Ley 1.

Nosotros compartimos el segundo criterio, por el cual incluso en vía recursiva la solicitud del administrado debería adecuarse siempre que el objeto del recurso impugnativo esté vinculado al cambio normativo, pues la voluntad de la Administración se encuentra en proceso de formación. Ello también responde a que la determinación de la norma jurídica no solo gira en torno de un análisis de la norma más beneficiosa para el particular, sino también a lo que exija el interés público al momento de otorgamiento de la autorización administrativa.

4.1.2 El cambio normativo se produce cuando el expediente se encuentra fuera del tiempo para resolver

Como es común en la Administración pública, en la tramitación de los procedimientos administrativos normalmente no se cumplen los plazos establecidos en la normativa. Estando a ello, en la práctica han venido sucediendo una serie de situaciones que obligan a los operadores jurídicos a tomar postura, como es el caso de un cambio normativo cuando la solicitud del administrado se encuentra fuera de plazo legal para resolver. Grafiquemos la situación:



*Las fechas utilizadas en el presente ejemplo son solo ilustrativas.

En este caso, al igual que en los anteriores, pueden establecerse dos posturas: (i) la primera que considera que el transcurso del tiempo imputable a la Administración Pública no puede afectarle al administrado, por lo cual corresponde aplicar la normativa vigente a la fecha máxima en que debió responderse la solicitud del administrado (norma 1); (ii) la segunda, que considera aplicable la norma vigente al momento de resolver, es decir con la norma 2.

Este caso fue analizado por el profesor Laguna de Paz⁴³ (en el ámbito urbanístico), tomando en cuenta los perjuicios que podrían generarse cuando el cambio normativo implica una afectación al administrado, en el sentido que se incrementan los requisitos exigidos. Expresamente señala:

"201. Matizaciones. Con todo, no hay que olvidar que la aplicación de la nueva normativa puede provocar perjuicios al solicitante, especialmente cuando ésta establezca requisitos o condiciones más estrictos para su obtención. Esto explica que, en algunos casos, se matice el alcance de la regla general:

*1. En el ámbito urbanístico, la jurisprudencia viene sancionando la aplicación de la legislación vigente en el momento de dictar la resolución, salvo que el expediente se resuelva fuera de plazo, **en cuyo caso la normativa aplicable será la vigente en el momento de la presentación de la solicitud**."*

(Énfasis añadido).

No obstante ello, este supuesto merece un mayor análisis a la luz de la normativa nacional vigente, lo cual implica tomar en cuenta los efectos jurídicos de la inacción de la Administración, así como las facultades, derechos o prerrogativas de los administrados ante esta situación.

En principio debe señalarse que ante la inacción de la administración pública el remedio específico que se prevé es la aplicación o uso del silencio administrativo (positivo o negativo). Para el silencio administrativo positivo, nos parece que el tema es pacífico, porque una vez transcurrido el plazo para resolver se entiende aprobada la solicitud del administrado, y por ende se aplica la normativa vigente a ese momento. Ello incluso es ratificado por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 2966-2002-AC/TC⁴⁴, y el profesor Rubio Correa⁴⁵ quien enseña:

"Cuando se produce el silencio administrativo positivo el procedimiento concluye y, con ello, la norma aplicable a ese derecho es la vigente en la fecha del silencio. Las normas posteriores no le podrán ser aplicadas porque el hecho cumplido ocurrió antes de su vigencia y eso será un caso de retroactividad prohibido por la Constitución."

Ahora bien, los problemas los encontramos en los supuestos en que los procedimientos administrativos se encuentran regidos por el silencio administrativo negativo. En este caso es preciso indicar que por tratarse

43 Laguna de Paz, *La autorización administrativa*, 185-187.

44 La parte central de los fundamentos de esta sentencia son los siguientes: "6. El artículo 103° de la Constitución prescribe que ninguna ley tiene efecto retroactivo. Pues bien, en el caso que nos ocupa, la demanda pretende que la Primera Disposición Transitoria y Final de la antes mencionada Ley N° 27261, Ley de Aeronáutica Civil, que establece que "todos los procedimientos en trámite se adecuan a la presente ley, a partir de la fecha de su entrada en vigencia"; empero, la solicitud de la recurrente no puede considerarse como procedimiento en trámite, ya que se ha producido el silencio administrativo a su favor generando un derecho adquirido a su beneficio, por lo cual la nueva ley no puede alcanzar ni afectar los derechos adquiridos antes de su vigencia".

45 Rubio Correa, *Aplicación de la norma jurídica en el Tiempo*, 146.

de una potestad del administrado⁴⁶, éste podría ejercitarlo tiempo después de transcurrido el plazo legal para resolver.

Si el administrado decide no ejercer el silencio administrativo negativo, debe entenderse que ha decidido esperar la respuesta de la Administración Pública, por lo cual su decisión aún se encuentra en formación. Ello es muy importante ya que la actuación del particular involucra esperar el pronunciamiento de la Administración, es decir se consiente la demora en el procedimiento. Estando a ello, lo que corresponde es *aplicar la norma vigente al momento de resolver la solicitud (ley 2)*, en caso no se haya acogido al silencio administrativo negativo.

En caso la Administración no haya emitido un pronunciamiento formal y el administrado se acoja al silencio administrativo negativo, desde nuestro punto de vista es de aplicación la norma jurídica vigente al momento de resolver, pues la posición de la administración pública se encuentra en proceso de formulación y el silencio administrativo negativo no constituye o genera un derecho sustantivo en favor del administrado. Es preciso recordar que el silencio administrativo negativo es un remedio ante la inacción de la Administración, mediante el cual se otorga el derecho al administrado a que su pedido sea revisado por el superior jerárquico, para lo cual se asume la desestimación de su solicitud. Sobre la naturaleza del silencio administrativo negativo, el profesor SANTAMARÍA PASTOR⁴⁷ ratifica esta posición pues considera que, a diferencia del silencio administrativo positivo, en el negativo se trata de una presunción legal, cuyo único efecto es permitir al interesado interponer un recurso pese a que, físicamente, no exista un acto formal que impugnar.

En ese orden de ideas, acogerse al silencio administrativo negativo no involucra, en estricto, la constitución de una relación o situación jurídica, sino únicamente representa un remedio para acelerar el resultado del procedimiento administrativo. Por tanto, en estos casos puede haber una resolución posterior sobre el fondo (en tanto el silencio no exime a la Administración de resolver).

4.2 Casos de modificaciones en el ámbito procesal

Merece una reflexión especial un par de casos vinculados a cambios en las facultades de los órganos resolutores, que significó en algún caso ampliar el conjunto de medidas que pueden imponérsele al administrado. El primer grupo está compuesto por dos casos vinculados a procesos penales en los que la modificación normativa amplía los plazos de investigación, detención preliminar, entre otros. En el segundo caso, estamos frente a un procedimiento administrativo de eliminación de barreras burocráticas, en el que el cambio normativo le permitiría al INDECOPI inaplicar al caso en concreto una norma emitida por un gobierno local.

4.2.1 Cambios en las normas procesales aplicables en el ámbito penal

Las dos situaciones que analizaremos están vinculados a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0290-2002-HC/TC. En ambos supuestos, el máximo intérprete de la Constitución sostuvo que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto, acogiéndose de esa forma a la teoría de los hechos cumplidos, que también se encuentra recogida en el Código Procesal Civil, y posteriormente en el Código Procesal Penal.

En términos generales, respecto del *primer supuesto* (ampliación del plazo de instrucción) el Tribunal sostuvo que la ampliación del plazo de instrucción en realidad no representa una norma limitativa de derechos, sino más bien vinculada a la ordenación de la instrucción penal. En el *segundo supuesto* (ampliación del plazo de prisión preventiva) el Tribunal Constitucional no brinda una clara explicación y se limita a referirse a la doctrina jurisprudencial (que no cita), en la cual se habría dicho que, en el caso de delitos complejos, el plazo máximo de prisión preventiva tiene una duración de 30 meses, susceptible de prolongarse por uno igual.

Específicamente, nos referiremos a dos temas de particular importancia vinculados a la aplicación retroactiva (en el marco de un proceso de hábeas corpus) de la Ley N° 27553, que modificó los artículos 202° del Código de Procedimientos Penales y 137° del Código Procesal Penal. Las modificaciones fueron las siguientes:

⁴⁶ Esto ha sido reconocido por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 1003-1998, el cual dispone que es una potestad (tal como se definió en el presente trabajo) del administrado el ejercer o el silencio administrativo negativo para acudir a la siguiente instancia o esperar el pronunciamiento de la entidad administrativa. Cabe indicar que esta posición es un claro cambio de criterio respecto al silencio administrativo que realizar el último intérprete de la Constitución. Expresamente señala: *"Estima que, por el contrario, el administrado, transcurrido el plazo para que la Administración resuelva el recurso impugnativo interpuesto, tiene la potestad de acogerse al silencio administrativo –y así acudir a la vía jurisdiccional- o de esperar el pronunciamiento expreso de la Administración"*.

⁴⁷ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo General; op. cit., pp. 97-98

- (i) En la modificación del artículo 202° del Código de Procedimientos Penales se establece un plazo de instrucción adicional de 8 meses para los procesos considerados como complejos, lo cual habría entrado en vigencia después del momento en que se cometieron los delitos.
- (ii) El artículo 137° del Código Procesal Penal estableció en su versión original que la prisión preventiva podía extenderse por el plazo de 15 meses⁴⁸; no obstante la Ley N° 27553 amplió dicho a 36 meses.

En el caso analizado por el Tribunal, la formalización de la investigación se produjo antes del 14 de noviembre de 2001, es decir, tiempo antes de la vigencia de la Ley N° 27553 (que entró en vigencia el 14 de noviembre de 2001). El demandante alegó que el plazo de instrucción y de prisión preventiva no podía ampliarse por un período adicional, pues la Ley N° 27553 entró en vigencia después de que se cometieron los hechos materia de la investigación.

No obstante ello, el caso nos presenta dos interrogantes: ¿la medida de ampliar el plazo de instrucción no está vinculada a un acto procesal cuyo plazo hubiera empezado a contabilizarse? ¿Acaso el incremento del plazo de prisión preventiva no significa en realidad la modificación de un acto procesal con principio de ejecución? Para absolver estas dudas realizaremos un breve repaso de aspectos conceptuales, de forma puntual.

En principio, un acto procesal es un hecho voluntario lícito, en virtud del cual se inicia, desarrolla o concluye un proceso, el cual puede ser producido por las partes o el órgano jurisdiccional o terceros vinculados con aquel. Atendiendo a ello, ejemplos de actos procesales son la demanda civil, la contestación de demanda, el conjunto de actos de tramitación y decisión (autos, resoluciones y sentencias), actos de comunicación, actos de prueba, actos dispositivos (tales como el allanamiento, desistimiento y la transacción).

En este contexto nacen dos preguntas: ¿Por qué los actos procesales sometidos a plazo no pueden ser modificados por una norma? ¿Qué debemos entender por actos procesales con principio de ejecución? En la teoría general del proceso el principio de preclusión es uno de los ejes que garantizan la armonía del proceso (entendido como un conjunto de actuaciones concatenadas destinadas a la resolución de un conflicto de intereses), lo cual significa que el cumplimiento de los términos y plazos son de orden público y no pueden revertirse, justificándose así que no sean aplicables el cambio de reglas de juego a actos cuyos plazos vienen transcurriendo.

Por otro lado, entendemos que los actos procesales con “principio de ejecución” están referidos a actos procesales emitidos por un órgano resolutor (de naturaleza jurisdiccional o administrativa) que resuelven el fondo de una controversia o pedido y han obtenido la condición de “firmeza” (pues no cabe su revisión por otro órgano u organismo), o -sin adquirirla- son de ejecución inmediata (actos administrativos, medidas cautelares). Atendiendo a ello, esta regla de derecho transitorio impide que las normas procedimentales vigentes al momento de emitir el acto, resolución o sentencia puedan ser modificadas en el íter de su ejecución. Este caso puede estar referido a la ampliación del plazo para ejecutar determinado acto administrativo, o incluso incrementar las atribuciones de ejecución del órgano encargado de la ejecución de la decisión⁴⁹.

Sobre la base de este desarrollo conceptual, podemos afirmar que la medida de *ampliar el plazo de instrucción* –emitida en el íter de la investigación–, sí está vinculada a un acto procesal cuyo plazo empezó a transcurrir, y por ende no debería aplicarse al investigado. Pudo argumentarse, incluso, que este cambio significaba una modificación sustancial de las reglas iniciales con que se inició el proceso. En ese orden de ideas, discrepamos de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, sobre la base de los siguientes argumentos:

- (i) Como explicamos, la teoría de los hechos cumplidos en materia procesal debe ser leída a la luz del derecho fundamental de toda persona de ser sometido al procedimiento previamente establecido por ley⁵⁰, lo cual implica límites a la aplicación inmediata de la norma, a fin de brindar predictibilidad y seguridad jurídica en este campo.

48 Este plazo operó en virtud del Decreto Ley 25824 del 09 de diciembre de 1992, en atención al cual se eleva el plazo de 12 a 15 meses de detención preventiva, en caso se trate de procedimientos especiales.

49 En este punto agradezco los valiosos aportes del doctor Julio Rodomiro Flores Espinoza, especialista en materia procesal del Banco Central de Reserva del Perú, quien compartió -desinteresadamente- algunas reflexiones sobre el alcance de este tema.

50 El numeral 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú establece que son principios y derechos vinculados a la función jurisdiccional, que ninguna persona pueda ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, ni sometida a procedimiento distinto a los previamente establecidos.

- (ii) Una de las reglas generadas en el proceso de ponderación es que los actos procesales cuyo plazo empezó a contabilizarse, debe regirse por la norma anterior, lo cual significa una garantía para el procesado o investigado, en el sentido de conocer previamente la vía procedimental y las implicancias de su desarrollo.
- (iii) En el caso en concreto, el acto procesal objeto de análisis es el auto de apertura de instrucción, que fue emitido al amparo de una normativa que no establecía la posibilidad de ampliar la instrucción por ocho meses adicionales (por adquirir la condición de complejo). Es decir, las reglas de juego iniciales establecieron que el acto de apertura de instrucción solo podía establecer una investigación de ocho meses.
- (iv) La modificación al artículo 202° del Código de Procedimientos Penales no resulta aplicable, pues entró en vigencia cuando la instrucción se encontraba en curso (ya se había otorgado la única prórroga de 60 días que establecía la norma vigente⁵¹) y el ordenamiento vigente al momento de su apertura (e incluso al momento de la ampliación) no contemplaba una ampliación. Es decir, se trataba de un acto procesal cuyo plazo empezó a ejecutarse, y cualquier modificación implicaba un cambio intempestivo en la estructura del procedimiento, vulnerando la predictibilidad mínima aplicable en materia procesal.
- (v) El argumento del Tribunal Constitucional es que la norma modificatoria cuya aplicación se cuestiona no es una norma limitativa de derechos constitucionales, sino que tiene por objeto limitar temporalmente la duración de la etapa de instrucción penal. Sobre el particular, debemos señalar que es irrelevante calificar esta norma como limitativa de derechos, pues lo importante es analizar si representa un acto procesal cuyo plazo había empezado.

Respecto de la medida de detención, debemos señalar que al momento de publicarse la Ley N° 27553 (es decir el 13 de noviembre de 2001), el procesado no habría cumplido más de 15 de meses de detención, plazo máximo aplicable para procedimientos especiales, y por ende tampoco se le habría aplicado la prórroga prevista en el mismo artículo 147°. En ese contexto, debemos manifestar que estamos de acuerdo con el sentido de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, pues incluso al amparo de la Ley N° 27553, el juez tenía la facultad de declarar la complejidad del proceso y ordenar un período adicional de 15 meses, siempre que así lo requiera el Ministerio Público.

Distinto sería el caso si la Ley N° 27553 hubiese entrado en vigencia con posterioridad a la emisión de la prórroga o habiéndose cumplido el plazo (incluida la prórroga), supuestos en los cuales el Tribunal Constitucional ha indicado que es aplicable la norma vigente al momento de emitirse la resolución de prórroga (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 365-2002-HC/TC)⁵². En ese pronunciamiento, se corrige el criterio recogido en la sentencia recaída en el Expediente N° 1300-2002-HC/TC, lo cual nos parece correcto.

Una arista más a este asunto, que no ha pasado desapercibido, es si la prórroga de la detención debe ampararse en la Ley N° 27553, en el supuesto en que esta norma haya entrado en vigencia mientras transcurría el plazo inicial de detención preliminar. De hecho, años más tarde, es una cuestión clave que se ha presentado en casos mediáticamente importantes como son las investigaciones contra Gregorio Santos Guerrero y Martín Belaunde Lossio, a propósito de cambios normativos para facilitar las investigaciones por delitos de corrupción, que a continuación comentaremos brevemente.

Precisamente en la Casación 309-2015-LIMA, publicada el 09 de abril de 2016, la Sala Penal Permanente resolvió el recurso de casación presentado por el señor Gregorio Santos Guerrero contra las sentencias que determinaron la prórroga de la investigación preparatoria por once meses. En este caso se discutió si la norma procesal aplicable para la prórroga de la investigación preparatoria debía ser la vigente al momento del inicio de la investigación (27/09/2012, con la versión inicial del Código Procesal Penal que establecía una prórroga de 8 meses) o la vigente al momento de la prórroga (30/12/2014, cuando ya se encontraba vigente la Ley 30077⁵³ que prevé una prórroga de 36 meses).

51 El artículo 202° antes de la modificación de la Ley 27533 establecía que "El Plazo de la Instrucción será de cuatro meses, salvo distinta disposición de la ley. Excepcionalmente, a pedido del Ministerio Público o si lo considera necesario el Juez, a efecto de actuarse pruebas sustanciales para el mejor esclarecimiento de los hechos, **dicho plazo puede ser ampliado hasta en un máximo de sesenta días adicionales**, poniéndose en conocimiento del Tribunal Correccional correspondiente, mediante resolución debidamente fundamentada" (Énfasis añadido).

52 Nos referimos a la sentencia recaída en el Expediente N° 365-2002-HC/TC.

53 Que entró en vigencia el 30 de agosto de 2013.

En este caso, la Corte Suprema advirtió que el plazo de investigación preparatoria tiene presupuestos distintos a los que dan mérito a la prórroga, pues se basa en criterios como las “dificultades” de las investigaciones como sería la demora en la realización de determinado acto de investigación. Por ello, la prórroga es un acto con criterios autónomos que requiere la emisión de un acto procesal independiente; motivo por el cual debe aplicarse la norma vigente al momento de emitir el acto, es decir, el artículo 342 del Código Penal modificado por la Ley N° 30077. Este criterio ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 1775-2011-PHC/TC.

En el caso del señor Martín Belaunde Lossio la Sala Penal Permanente, en el cuarto fundamento del Auto de Calificación de Casación N° 142-2015/LIMA, se desestimó el argumento planteado por su defensa en el sentido de que no debía aplicarse a la ampliación de la investigación la Ley N° 30077, sino la versión inicial del artículo 342° del Código Procesal Penal que preveía una prórroga de ocho (08) meses, pues en caso de duda en la interpretación de la norma debía aplicarse aquella más favorable al procesado. Sobre el particular, la Sala declaró que la ultra-actividad benigna se encuentra taxativamente reservada para el Derecho Penal material (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal), y lo que corresponde es la aplicación inmediata de la norma vigente al momento de emisión del acto procesal.

4.2.2 *Modificación de las prerrogativas del INDECOPI en materia de eliminación de barreras burocráticas a fin de inaplicar al caso en concreto normas de alcance general*

Un caso que merece particular importancia es el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas iniciado por la Asociación de Empresas Privadas de Servicios Públicos (ADEPSEP⁵⁴), contra la Municipalidad Distrital de José Luis Bustamante y Rivero (en adelante la Municipalidad) ante la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI (en adelante “CAM”⁵⁵), por considerar que la disposición contenida en la Ordenanza N° 0106-MDJLBYR⁵⁶, que establece la prohibición de instalación de antenas para la telefonía móvil celular en su circunscripción, constituye la imposición de una barrera burocrática ilegal e irracional que obstaculiza el desarrollo de sus actividades económicas en el mercado.

En primera instancia⁵⁷ la CAM declaró FUNDADA la denuncia por considerar que la prohibición de la instalación de antenas de telefonía celular en la circunscripción territorial de la corporación municipal constituye la imposición de una barrera burocrática ilegal por razones de fondo⁵⁸. La Municipalidad interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Sala N° 1 del Tribunal de Defensa de la Competencia, quien confirmó la decisión de la CAM.

El problema radica en que con fecha *04 de abril de 2007* (durante la tramitación del recurso de apelación) se publicó en el diario Oficial El Peruano la Ley N° 28996, Ley de eliminación de trabas, la cual fortaleció las facultades de la entonces CAM, mediante la cual se otorga facultades a la CAM para inaplicar al caso en concreto las disposiciones de Ordenanzas municipales o regionales declaradas como barreras burocráticas ilegales o irracionales.

Antes de la vigencia de la Ley N° 28996, la norma no establecía la facultad de inaplicación de barreras burocráticas de alcance general, sino únicamente la posibilidad de emitir un Informe que, en el mejor de los casos, constituía una recomendación para que el Concejo Municipal modifique o elimine la barrera burocrática declarada ilegal y/o irracional en un plazo determinado⁵⁹. A continuación, explicamos gráficamente la situación descrita:

54 Actualmente denominado Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional o AFIN.

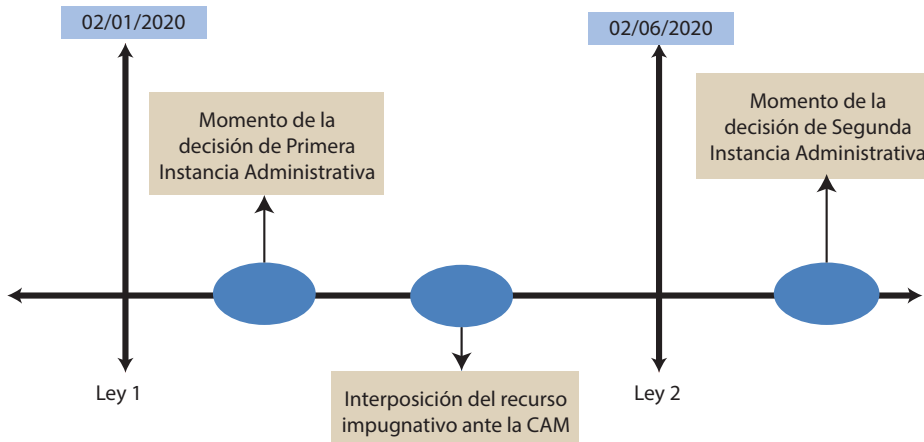
55 Actualmente Comisión Eliminación de Barreras Burocráticas.

56 Expediente N° 000089-2006/CAM

57 Resolución N° 019-2007/CAM-INDECOPI

58 Los principales argumentos de la CAM fueron que dicha disposición implica una afectación a la operación del servicio público de telecomunicaciones, al prohibir dentro de su jurisdicción la infraestructura necesaria para la prestación del mencionado servicio público, competencia exclusiva del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; asimismo, dicha disposición no ha sido emitida de conformidad con la Ley Orgánica de Municipalidades y las normas técnicas en materia ambiental y su facultad no ha sido ejercida conforme a la legislación en materia de telecomunicaciones, las normas sobre organización del espacio físico del suelo aprobadas por la municipalidad provincial respectiva, así como con la normativa técnica en materia de construcción y edificaciones a nivel nacional, lo cual no ha sido acreditado por la municipalidad.

59 Luego de lo cual se abría la posibilidad de interponer las acciones legales correspondientes, o inclusive operando una suerte de “silencio administrativo” ante el “no pronunciamiento” de la presunta entidad y/u órgano infractor



*Las fechas utilizadas en el presente ejemplo son solo ilustrativas.

Cuando el Tribunal del INDECOPI confirmaba lo resuelto por la CAM, y ordenaba que la CAM “*proceda de conformidad con el artículo 48° de la Ley del Procedimiento Administrativo General*”; no era claro si se refería a la versión de la Ley N° 28032 (en adelante “Ley 1”) o al citado artículo modificado, en virtud a la Ley N° 28996 (en adelante “Ley 2”); suscitándose contradictorios pronunciamientos, entre la CAM y el Tribunal del INDECOPI respecto del alcance de las facultades del órgano resolutor. A continuación, analizaremos las soluciones del caso en concreto.

- i) La Ley 2 es una norma material es decir incide sobre situaciones jurídicas sustantivas ya agotadas, en consecuencia, la norma aplicable sería la Ley 1

Esta fue la tesis defendida por la CAM, en virtud de la cual ordenó notificar las resoluciones, dando a entender que ya se había generado una situación jurídica durante la vigencia de la Ley 1, debido a que la Resolución del Tribunal únicamente confirmaba lo resuelto por la Comisión, que ya había identificado la prohibición descrita como barrera burocrática.

En este orden de ideas, durante la vigencia de la Ley 1, los efectos de esta relación jurídica se agotaron como consecuencia de la declaración como barrera burocrática ilegal de la medida prohibitiva establecida en la Ordenanza, por lo cual se dispuso aprobar un Informe y ponerlo en conocimiento del Concejo Municipal de la Municipalidad de José Luis Bustamante y Rivero para que adopte las medidas que correspondan, dentro del plazo legalmente establecido, y no así para disponer su inaplicación al caso en concreto.

- ii) La Ley 2 es una norma procesal, en consecuencia, la Ley N° 28996 sería aplicable a la fase recursiva, de manera inmediata

Esta sería la postura seguida por Sala N° 1 del Tribunal del INDECOPI, en aplicación supletoria del artículo 103° de la Constitución y la Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil. Bajo este criterio, el Tribunal no solo estaba facultado a identificar y declarar una medida contenida en una Ordenanza municipal como barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad, sino también a disponer su inaplicación al caso concreto⁶⁰.

En esta línea de pensamiento, la Ley 2 incide sobre las potestades del órgano resolutor, y por ende en los efectos de sus decisiones, e implica un refuerzo de las competencias del INDECOPI en esta materia, por lo cual debe ser considerada como una norma procesal que debe aplicarse de forma inmediata, al no subsumirse en alguna excepción de las establecidas en Segunda Disposición Complementaria Final del Código Procesal Civil.

60 En el caso materia de análisis, el Tribunal del INDECOPI señaló que “carece de objeto disponer la inaplicación de la Ordenanza N° 0106-MDJLBYR es caso concreto” ya que “En el Expediente, no se encuentra evidencia que AFIN realice actividades económicas en el sector de telecomunicaciones (...)”.

iii) Posición y reflexión personal

A nuestro criterio la aplicación de la Ley 1 constituye una situación jurídica sustantiva a favor de ADEPSEP, consistente en la declaración de la Ordenanza controvertida como barrera burocrática, cuya consecuencia inicialmente fue ordenar a la Municipalidad Provincial a que revise la norma a la luz de los parámetros desarrollados por la CAM, lo cual debe cumplirse de forma inmediata. La norma no modifica la situación jurídica obtenida por ADEPSEP (lo cual sí nos pondría en un escenario de retroactividad propia), sino las consecuencias de la situación (cuyo efecto se suspende por el recurso impugnativo), es decir, el efecto de la declaración de un determinado acto como barrera burocrática.

En ese orden de ideas, lo importante para tomar posición en el presente caso es analizar si el efecto de la declaración se refiere a un aspecto procesal o sustantivo. Si es procesal deberá aplicarse la Ley 2, mientras que si se considera sustantiva deberá aplicarse la Ley 1. La razón es que, tratándose de una norma sustantiva, la situación jurídica comprendería tanto la declaración, así como de sus consecuencias (pues su cumplimiento es inmediato). De considerarse una norma de alcance estrictamente procesal, entonces debe aplicarse la Ley 2 por regla general.

Debemos descartar que estemos frente a una regla de ejecución forzosa (procesal), pues de lo que se trata no es regular la forma en cómo ejecutar una determinada decisión, sino en modificar las consecuencias de una determinada situación jurídica, por lo cual -a nuestro criterio- estaría mucho más cercana la aplicación de la Ley 1 por su naturaleza sustantiva. Un argumento a favor de la aplicación de la Ley 1 es que su origen responde a una (fuerte) política de simplificación administrativa cuyo principal objetivo es optimizar la libertad de empresa en el país.

Otra fue la situación con el reciente Decreto de Urgencia N° 044-2019 (que aprueba medidas para fortalecer la protección de salud y vida de los trabajadores) en el que se establece que la presentación de la demanda contencioso-administrativa no suspende la ejecución de la resolución de sanción que haya agotado la vía administrativa (situación que modifica la regla general del Texto Único Ordenado de la Ley 26979). Sin perjuicio de las disposiciones expresas sobre su vigencia (que eliminaría una problemática práctica el día de hoy), conceptualmente plantea un caso, pues debe analizarse la naturaleza de la norma que busca quitar los efectos suspensivos de la demanda contencioso-administrativa.

A diferencia del caso de ADEPSEP, nuestra posición es que el Decreto de Urgencia contiene una norma procesal que está estrictamente vinculada a la ejecución de la decisión (nada relacionada a la materia sustantiva que se discute en el procedimiento sancionador), por lo cual en este caso sí correspondería la aplicación de la nueva ley⁶¹.

4.3 Aplicación del principio de retroactividad benigna y su alcance en aspectos vinculados a la ejecución de la sanción (beneficios)

4.3.1 Algunos alcances conceptuales

El principio de retroactividad benigna y el principio de irretroactividad de las normas, a pesar de que, en muchos países, son entendidas como dos caras de una misma moneda (como parece ser el caso peruano), en realidad responden a fundamentos distintos. Mientras que el sustento de la irretroactividad en materia penal es que los particulares conozcamos de antemano los comportamientos que ameritan la aplicación de una sanción (auténtica expresión del principio de legalidad y por ende de la seguridad jurídica); el de la retroactividad benigna es que no se siga castigando por un hecho que actualmente no se considera digno de reproche⁶².

Un tema adicional de interés es si la aplicación retroactiva de las normas sancionadoras en materia administrativa goza de rango constitucional, a pesar de no encontrarse expresamente. ¿Tiene implicancias que la retroactividad benigna no tenga rango constitucional? A nuestro criterio sí, pues se otorga discrecionalidad al legislador para recogerla o no en las normas con rango de ley, y además porque restringe una vía procedimental para recurrir cualquier agravio a este derecho: la vía constitucional. Sobre el

61 Un análisis muy detallado sobre el particular se puede leer en: FIORE, Pascuale. De la irretroactividad e interpretación de las leyes; op. cit., pp. 522-532.

62 En ese orden de ideas, se ha dicho que la retroactividad benigna es una concreción del principio de proporcionalidad, en tanto se considera desproporcionado continuar aplicando una pena que ha sido reducida (o eliminada) por una nueva valoración del legislador. La nueva sanción responde a las necesidades actuales de la sociedad respecto de determinado comportamiento, es decir a una nueva valoración del desvalor. Sobre el particular, se recomienda revisar: Juan Antonio Lascuráin Sánchez, *Sobre La Retroactividad Penal Favorable* (Madrid: Civitas, 2000), 31-38

particular, debo manifestar que no me inclino por la tesis de otorgarle rango constitucional a esta garantía, pues considero que la Constitución es bastante clara en el artículo 103 al momento de restringirlo al ámbito penal, como también fue bastante clara para incorporar el principio de tipicidad (*lex previa*) en el ámbito administrativo sancionador (artículo 2.24)⁶³.

Asimismo, tampoco nos adherimos a las tesis que defienden la aplicación de la analogía en *bonam partem* (a fin de aplicar la misma razón en el derecho penal al derecho administrativo) pues considero que no existe un vacío legal que deba cubrirse con este método de integración, por la claridad del texto constitucional. Si bien es cierto existe la misma razonabilidad o lógica entre la retroactividad benigna en el ámbito penal y en el ámbito administrativo, mal haría (a mi juicio) calificar esta situación como un vacío jurídico que merezca ser integrado.

Es importante indicar que el principio de retroactividad benigna es aplicable solo al derecho penal sustantivo, y no al derecho procesal, en el que resulta de aplicación el aforismo *tempus regit actum*⁶⁴. Esta regla también puede extenderse a los actos de ejecución de la pena, pues se ha considerado que la naturaleza de este tipo de normas es procesal (sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expediente Nos 1593-2003-HC/TC y 1300-2002-HC/TC). En atención a ello, se ha dicho que debe aplicarse la norma vigente al momento de solicitar un beneficio; no obstante, a nuestro criterio es discutible esta afirmación, toda vez que la solicitud es un acto de postulación al acto procesal en sí mismo, el cual debe ser el eje del análisis para la aplicación de la norma, como expresamos líneas arriba.

4.3.2 Aplicación práctica: supuesto de las multas

El aspecto clave que nos importa resaltar en el presente acápite es la definición del momento de aplicación de la norma sancionadora más favorable, especialmente para el caso de las sanciones pecuniarias (multas). El actual TUO de la Ley de Procedimiento establece que la aplicación de la norma más favorable se extiende "*incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición*". Es decir, procede la aplicación del principio de retroactividad benigna en todos los extremos no ejecutados hasta el momento de entrada en vigencia de la ley más favorable.

El punto que nos interesa resaltar es que un sector de la doctrina⁶⁵ considera que esta interpretación solo es aplicable para las sanciones no pecuniarias, pues en el caso de las multas debe entenderse que su ejecución es inmediata, y por ende su cumplimiento no puede extenderse en el tiempo. Consideramos que es una interpretación válida que persigue solucionar el principal problema de la retroactividad benigna: el oportunismo.

El término "sanción en ejecución" es clave para aclarar este asunto. Desde una perspectiva jurídica los actos administrativos son ejecutivos desde su emisión, sin embargo, existen actos cuya ejecución se prolonga. Es preciso señalar que nada tiene que ver aquí la ejecutabilidad de los actos administrativos, sino más bien la forma de cumplimiento del acto administrativo. Nosotros entendemos una "sanción en ejecución" cuando estamos frente a una sanción cuyo cumplimiento **incluso** ha iniciado, pero no ha concluido. La sanción de multa tiene la naturaleza de sanción de cumplimiento **inmediato**, por lo cual en este caso el plazo de cumplimiento debe limitarse al otorgado formalmente por la ley, una vez que la resolución de sanción quedó firme. Esto también puede ser aplicable a sanciones no pecuniarias como la cancelación del título habilitante.

4.4 El derecho transitorio en materia de inversiones: ¿basta cumplir la norma para que la actuación regulatoria carezca de vicios de legalidad?

Un último grupo de casos nos servirá para demostrar que no basta la aplicación de la ley (en nuestro caso la teoría de los hechos cumplidos del artículo 103 de la Constitución Política del Perú) para concluir que un cambio normativo se ajusta a los cánones jurídicos (nacionales e internacionales) en materia de inversión privada. Es importante advertir que los parámetros, y por ende las decisiones sobre el fondo del asunto, no son los mismos en el ámbito de la legislación nacional e internacional. Como observaremos, los órganos encargados de administrar justicia suelen adoptar criterios adicionales que, si bien no se encuentra expresamente en una norma, nacen a partir de principios como el de seguridad jurídica, confianza legítima, predictibilidad, razonabilidad, trato justo y equitativo.

63 Una opinión distinta es la defendida por Víctor Sebastián Baca Oneto, "La retroactividad favorable en el derecho administrativo sancionador", *Themis – Revista de Derecho* N° (2016): 28-31.

64 Fiore, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, 540-541.

65 Baca Oneto, "La retroactividad favorable en el derecho administrativo sancionador", 42-43.

4.4.1 La protección de las expectativas de los inversores en el caso español de energías renovables: revisión de los conflictos a nivel nacional e internacional

El primer ejemplo real que queremos compartir son los conflictos suscitados entre el Estado de España y los inversionistas (usualmente extranjeros) en el campo de energías renovables. Como se sabe, en el año 2007⁶⁶ España impulsó una fuerte campaña de promoción a la inversión privada en materia de generación de energía a través de fuentes renovables, motivo por el cual se implementó un régimen jurídico muy favorable, que incluía: (i) garantizar una retribución por encima del promedio de las demás generadores⁶⁷; (ii) garantizar la compra del 100% de la energía producida; (iii) la futura revisión de las tarifas a cobrar no afectaría a las pre-existentes.

Desde una perspectiva económica, este régimen especial de retribuciones fue insostenible para el sistema eléctrico español, motivo por el cual a partir del mes de noviembre año 2010⁶⁸ el gobierno decidió modificarlo en el sentido de reducir la “sobre-retribución”, y demás beneficios⁶⁹, a las generadoras de energía renovable, a fin de mitigar el déficit que se venía generando en el sistema, y el consecuente impacto a los usuarios con el incremento de las tarifas.

Lo interesante de esta situación es que se generaron dos tipos de reclamos por parte de los inversionistas: por un lado, demandaron al “gobierno español” ante el Poder Judicial nacional por la vulneración al principio de “predictibilidad”, “seguridad jurídica” y “confianza legítima”; y, por otro, acudieron a la vía del arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y la Cámara de Comercio de Estocolmo, amparando su reclamo (principalmente) en la vulneración del estándar de Trato Justo y Equitativo recogido en la Carta de la Energía.

En el primer supuesto, el Poder Judicial español inició en el año 2005 y 2006 una corriente jurisprudencial en el sentido de considerar que la “predictibilidad” o “confianza legítima” no era sinónimo de estabilidad jurídica absoluta, consolidando así la doctrina del “riesgo regulatorio”. Así pues, en la sentencia del Tribunal Supremo del 15 de diciembre de 2005 se dijo que: “Ningún obstáculo legal existe para que el Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de las amplias habilitaciones con que cuenta en una materia fuertemente regulada como la eléctrica, modifique un concreto sistema de retribución siempre que se mantenga dentro del marco establecido por la LSE”. De igual forma, en la sentencia del 25 de octubre de 2006 el Tribunal Supremo señaló: “los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen una “derecho inmodificable” a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de las primas. Dicho régimen trata, en efecto, de fomentar la utilización de energías renovables mediante un mecanismo incentivador que, como todos los de este género, no tiene asegurada su permanencia sin modificaciones para el futuro”.

Este criterio fue ratificado en la Sentencia del Tribunal Supremo 1/2014 del 13 de enero de 2014, en la cual se analizó que “los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen un “derecho inmodificable” a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones, cuando ellos mismos han optado por acudir al mercado (posibilidad que siempre les queda abierta) sino beneficiarse de un sistema público de fijación de aquellas. Adicionalmente indicó que: “la práctica eliminación del riesgo empresarial que supone acogerse a la tarifa regulada, sin competir en precios con el resto de agentes en el mercado, es de suyo una ventaja sobre los operadores del sector eléctrico sujetos a las vicisitudes de la libre competencia, ventaja cuyo reverso lo constituye precisamente, entre otras, la posibilidad de alteración de las medidas administrativas ante cambios de las circunstancias ulteriores (con el respeto de unos mínimos de rentabilidad que en este momento no es el caso recordar)”.

En la mencionada sentencia, también se indica que los operadores que renuncian al mercado, aunque lo hagan inducidos por una retribución mayor, *sabían o debían saber* que dicho marco regulatorio especial podía ser modificado en función de los cambios que podían producirse en el propio sector, tales como la demanda eléctrica, el escenario económico del país. En ese sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que la seguridad jurídica (constitucionalmente reconocida) no resulta incompatible con los cambios normativos propios de un sector tan joven, el cual requirió ajustes sucesivos (propios de la evolución de la “curva de

66 Mediante Real Decreto 661/2007 del 25 de mayo de 2007, en el que la tarifa regulada de estas instalaciones era de 460 euros MW/h, es decir casi 10 veces superior al del mercado, y mayor que el de cualquier otra tecnología del régimen especial.

67 La mejora fue de tal magnitud, en especial a las instalaciones fotovoltaicas de más de 100 kW, ya que se establecieron tarifas reguladas para dichas instalaciones 82% mayores que las tarifas ofrecidas anteriormente en el Real Decreto 436/2004.

68 Nos referimos al Real Decreto 1565/2010.

69 Por ejemplo, a través del Real Decreto 1565/2010 se limitó la cantidad de horas operativas remuneradas, la imposición de un peaje de acceso, creación del impuesto a la energía, eliminación de la indexación objetiva del IPC.

aprendizaje” y la progresiva “madurez” del sector fotovoltaico), como presupuestos que revelan una cierta indefinición inicial.

Respecto a la vulneración del principio de irretroactividad, con apoyo de la jurisprudencia contencioso-administrativa⁷⁰ el Tribunal Supremo sostuvo que el cambio de las reglas de juego (principalmente en materia tarifaria) no implica la aplicación retroactiva de la regulación aprobada, pues no se trata de medidas con efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, en tanto no obligan a revisar ni remueven hechos pretéritos, o alteran la realidad ya consumada en el tiempo, o anulan los efectos jurídicos agotados; sino más bien despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso⁷¹.

En el 2015 el criterio del Tribunal Supremo español fue modificando en el sentido de estimar las demandas de los inversionistas, en tanto se habrían vulnerado sus expectativas legítimas. El primer caso está referido a la sentencia N° 5374/2015 del 10 de diciembre, en el que se analiza la situación jurídica de una empresa titular de una instalación de cogeneración y se le reconoce el derecho a ser indemnizado por los perjuicios generados por las modificaciones normativas. La particularidad en este caso es que se refiere a una planta de “cogeneración”, en las que no se llegó a la potencia instalada prometida y por ende se incumplió uno de los términos que fueron específicamente garantizados (distinto es el caso del sector fotovoltaico en el que sí se alcanzó la potencia instalada).

El cambio jurisprudencial más relevante vino con la sentencia del Tribunal Supremo 1734/2016 de 20 de abril, en el que se considera que los cambios regulatorios producidos en el año 2012 infringieron la confianza legítima de la empresa promotora de una *instalación fotovoltaica*, aun cuando en relación con esta tecnología se había alcanzado sobradamente el objetivo de la potencia instalada. Es decir, alcanzar la potencia instalada, no hace más o menos previsible el cambio. Lo que debe analizarse es la norma que otorgó los beneficios, así como el contexto en que se brindó, a fin de determinar si existió una expectativa legítima del inversor.

En esta sentencia se hace hincapié en el deber de las empresas de soportar el riesgo regulatorio, no obstante, con algunos límites. Expresamente señala:

*“Ciertamente, como ha señalado esta Sala con reiteración, el sistema regulatorio habilita para cambios derivados de la evolución de las propias tecnologías y de las circunstancias económicas, siendo exigible soportar lo que viene a denominarse **riesgo regulatorio**. Esta alterabilidad del marco regulatorio eliminaría la antijuricidad de un posible daño, pues el operador debe contar con esa hipótesis de cambio, lo que se atemperaría, además, con las indudables ventajas que supone acogerse a un régimen retributivo desarrollado en todo o en parte al margen de mercado según se trata de elección entre tarifa regulada o primas.*

Ocurre, sin embargo, que en la norma reglamentaria que establecía el régimen económica para las instalaciones fotovoltaicas a las que no les fueran aplicables los valores de la tarifa regulada previstos en el Real Decreto 661/2007 se recogían unas determinaciones de las que no cabía ni mucho menos inferir, ni siquiera presuntamente, que el riesgo regulatorio del sector pudiera llevar a su suspensión apenas tres años y medio después de su implantación, precisamente porque el Gobierno, al aprobar el reglamento de 2008, había contemplado todas las circunstancias que los destinatarios de la norma podían tener en cuenta para tomar la correspondiente decisión empresarial de proyectar una instalación fotovoltaica y solicitar su inscripción en la sección del registro de preasignación creada por el repetido Real Decreto de 2008.”

Como puede advertirse de la jurisprudencia española, el riesgo regulatorio en este tipo de sectores no solo exige un análisis de la normatividad vigente al momento de tomar la decisión de inversión, sino de las expectativas de cambio. Se trata de un complejo ejercicio de “prognosis”, pues se debe evaluar cuál sería la evolución del sector y los potenciales cambios, lo cual no dependerá exclusivamente de cambios en el mercado en sí mismo, o de las condiciones geográficas, sino también de las condiciones políticas que pueden influir en su desempeño.

Por otro lado, en el caso de los arbitrajes internacionales se sostuvo que los cambios regulatorios en el ámbito de las energías renovables sí constituyen una vulneración a la cláusula de Trato Justo y Equitativo (en adelante “TJE”) previsto en los instrumentos internacionales suscritos por España. Esto fue desarrollado por el tribunal “Plama c. Bulgaria” en el que indicó que: “Conforme al estándar de trato justo y equitativo, el inversor goza de protección solo si (al menos) se crearon expectativas razonables y justificables en tal

70 Los criterios fueron expuestos por la Sala Jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2013 (RCA 188/2012 y RCA 252/2012)

71 Estaríamos frente a un supuesto de retroactividad impropia, en tanto la norma no modifica la realidad ya consumada o los efectos jurídicos agotados.

sentido". De acuerdo con la información pública que se maneja⁷², de un total de 40 arbitrajes, España solo obtuvo pronunciamientos favorables en 3 casos⁷³, mientras que en 11 se habría consolidado la tesis de vulneración del estándar de TJE⁷⁴.

El argumento principal que invocaron los tribunales arbitrales ante el CIADI fue que las autoridades españolas sí generaron expectativas legítimas a los demandantes, en el marco del proceso de promoción a la inversión privada en dicho sector, pues siempre se manifestó que el marco legal tendría vocación de permanencia. Si bien es cierto no en todos los casos hubo declaraciones formales, promesas expresas o convenios específicos (entre el inversor y España), el marco normativo es suficiente para concluir que sí se generaron expectativas legítimas de estabilidad regulatoria⁷⁵. Sobre el particular, CNUDMI⁷⁶ en el año 2012 señaló lo siguiente:

"Las decisiones arbitrales sugieren en este sentido que un inversor puede obtener expectativas legítimas ya sea de (a) compromisos específicos dirigidos a él personalmente, por ejemplo, en la forma de una cláusula de estabilización, o (b) normas que no están dirigidas específicamente a un inversor, sino que se introducen con un objetivo específico de inducir las inversiones extranjeras y en las que se basó el inversor extranjero al realizar su inversión".

En el laudo "9Ren Holding c. Reino de España"⁷⁷, se dijo expresamente que la jurisprudencia constante de arbitraje reconoce que la conducta y los objetivos de política del Estado pueden crear expectativas para los inversores que los induzcan a invertir. En ese sentido, el inversor invocó el laudo "Micula c. Rumania"⁷⁸, en el que se concluyó que el Rumania generó determinadas expectativas en la permanencia de los beneficios debido, entre otros asuntos, a su conducta. De igual forma, el tribunal arbitral en "El Paso c. Argentina"⁷⁹ también abordó el tema de generación de expectativas por parte de un Estado a través de conductas como la reiteración de un compromiso en distintos tipos de declaraciones generales. El tribunal observó este aspecto, en términos similares al Informe de la CNUDMI citado previamente:

"375. Una norma general razonable se puede considerar una violación del estándar de trato justo y equitativo si viola un compromiso específico frente al inversor. El Tribunal considera que un compromiso específico del Estado frente al inversor le otorga a este último una cierta protección contra cualquier cambio en la legislación, aunque es necesario discutir en mayor detalle el concepto de "compromisos específicos". El Tribunal entiende que, dado que no existe una definición general de lo que constituye un compromiso específico, todo depende de las circunstancias. No obstante, parecería ser que existen dos tipos de compromisos que pueden considerarse "específicos": los compromisos dirigidos a un destinatario específico o aquellos con un fin y objeto específicos".

Sobre el particular, es preciso añadir algunas cuestiones que servirán para dimensionar el alcance de lo resuelto por los tribunales arbitrales:

- (i) Los tribunales arbitrales dejaron claro que lo resuelto por el Tribunal Supremo español no influye en el arbitraje internacional, pues una cosa es la resolución de un conflicto de intereses a la luz de la normativa española interna, y otra la resolución de un conflicto que debe ser resuelto a la luz del derecho internacional⁸⁰. Una cosa es la vulneración al ordenamiento jurídico interno, y otra el incumplimiento de una obligación de derecho internacional.

72 https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/12/04/companias/1575445513_552424.html . Consultado el día 01 de enero de 2020 a las 15:40 horas.

73 España ganó los casos contra Isolux y Charanne ante la Cámara de Comercio de Estocolmo. En el CIADI, España solo ganó un arbitraje contra un conglomerado empresarial alemán-español, encabezado por la empresa Marquesado Solar SL (notificado en el mes de diciembre de 2019).

74 Los 11 arbitrajes fueron tramitados ante el CIADI y suman un importe de más de 800 millones de euros. Se trata de los laudos de SolEs Badajoz (41 millones de indemnización); Nextera (290 millones); Antin (101 millones); Masdar (64,5 millones); Eiser (128 millones); Novenergia (53,3 millones); 9REN (41,7 millones), Greentech (39 millones); Demeter y Cube (33 (millones), Infrared Environment Infrastructure, que reclamaba 92 millones de euros y Schwab Holding/OperaFund Ecoinvest (27 millones).

75 Como se dijo en el laudo "Enron Corp. Y Poderosa Assets c. República de Argentina", las promesas o garantías por parte del Estado pueden ser explícitas o implícitas y aun así crear "expectativas legítimas". Las promesas explícitas pueden formularse dentro del marco jurídico o regulatorio del Estado receptor al momento en el que el inversor realiza su inversión. *Enron Corp. y Poderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007.

76 CNUDMI, *Fair and Equitable Treatment* (2012), nota al pie 263, pág. 69.

77 9ren Holding S.A.R.L. c. Reino de España, Caso CIADI N° ARB/15/15, Laudo del 31 de mayo de 2019.

78 A finales de la década de 1990, Rumania atravesaba una importante crisis económica y social, por lo cual realizó grandes esfuerzos para atraer inversiones extranjeras, por lo cual aprobó una serie de incentivos fiscales, a fin de incentivar el crecimiento económico de algunas zonas de país. Se creó la expectativa de que los incentivos se mantendrían por un período de 10 años. Rumania cambió de criterio. Ioan Micula y otros c. Rumania, Caso CIADI No. ARB/05/20, Laudo, 11 de diciembre de 2013.

79 El Paso Energy Int'l Co. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011.

80 De hecho, hoy en día existe una fuerte discusión acerca de si los conflictos entre un Estado de la UE y un inversionista comunitario, en el marco de un tratado bilateral suscrito antes de la conformación de la Unión Europea, pueden ser resueltos por un tribunal arbitral independiente o si deben ser resueltos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso "República Eslovaca c. Achmea BV".

Particularmente, en el laudo “9Ren Holding c. Reino de España” el Tribunal Arbitral señaló que el estándar de expectativa legítima en el derecho interno es distinto que el elaborado en el derecho internacional, principalmente debido a sus fuentes, aunque puedan tratar la misma materia.

- (ii) Si bien es cierto, los tribunales arbitrales aceptan la existencia del denominado “riesgo regulatorio” (que incluso se ha reflejado en laudos CIADI como el de “EDF c. Rumania”⁸¹), en los casos analizados el gobierno español siempre dio luces de la estabilidad del marco regulatorio para promover la inversión, al extremo de que en muchos casos se emitieron cartas formales garantizando este aspecto. En este contexto sí era razonable tener una expectativa de estabilidad del régimen normativo.

Como se ha dicho en “9Ren Holding c. Reino de España” no se requiere una norma con nombre propio que garantice la estabilidad jurídica de las reglas vigentes al momento del otorgamiento del título habilitante (como en el caso del Perú con los Convenios de Estabilidad Jurídica y los Convenios de Estabilidad Tributaria), sino basta una norma de alcance general que establezca un compromiso claro y específico:

“94. A la vez, el Tribunal considera correcta la observación de la CNUDMI (2012) de que las expectativas legítimas pueden surgir de “normas que no están dirigidas específicamente a un inversor, sino que se introducen con un objetivo específico de inducir las inversiones extranjeras y en las que se basó el inversor extranjero al realizar su inversión”⁸². De modo similar, el tribunal de EL Paso trazó una distinción entre “dos tipos de compromisos... los compromisos dirigidos a un destinatario específico o aquellos con un fin y objeto específicos. El artículo 44(3) del RD 661/2007 entra en la segunda categoría.

(Énfasis añadido).

Según lo descrito, para el derecho internacional la legalidad de una intervención regulatoria no pasa por el respeto irrestricto a la teoría de los hechos cumplidos, sino más bien debe evitarse la creación de un ambiente que induzca a los inversores a considerar la vocación de permanencia de la normativa, con lo cual (implícitamente) se estaría trasladando el “riesgo regulatorio” a los potenciales inversores. Desde el punto de vista del inversor, el análisis de la regulación no solo debe tomar en consideración la “fotografía actual” sino los posibles escenarios futuros del marco regulatorio, lo cual no dependerá exclusivamente de una visión del marco jurídico del sector, sino de una aproximación técnica de los escenarios futuros, tal como se afirmó en el caso “Isolux Infrastructure Netherlands C. Reino de España”⁸³.

4.4.2. Las consecuencias del cambio regulatorio en el ámbito peruano: caso de transporte urbano

Finalmente, en Perú hay un caso que llamó poderosamente la atención de los medios de comunicación y fue la decisión de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante “CEB”) de declarar como barrera burocrática ilegal la decisión de la Gerencia de Transporte Urbano de la Municipalidad Metropolitana de Lima de *revocar* las autorizaciones temporales que venía otorgando (muy parecidas a las que actualmente está emitiendo la Autoridad Única del Transporte para Lima y Callao), con el fin de generar un escenario de transición al Sistema Integrado de Transporte (que venía implementándose entre los 2012-2014). El argumento de fondo de la CEB era que resultaba ilegal revocar los títulos habilitantes otorgados, pues suponía un cambio “intempestivo” de las reglas de juego.

Como expliqué en un trabajo específico sobre la materia⁸⁴, la autoridad no provocó un supuesto de cambio intempestivo de reglas de juego que haya generado una revocación de la habilitación, pues la MML acreditó que siempre comunicó a los titulares de las autorizaciones temporales la “precariedad” de dichos títulos habilitantes, evitando así cualquier expectativa que podría generar. En ese sentido, la CEB (durante la tramitación de los procedimientos) entendió que se trataron de condiciones del acto administrativo que no hacían más que advertir el escenario de cambio en el mercado de transporte urbano.

81 Expresamente se indicó que: “La idea de que las expectativas legítimas y, por consiguiente, el TJE, implican la estabilidad del marco jurídico y comercial, puede no ser correcta si se expresa en una formulación demasiado amplia e irrestricta. El TJE podría entonces significar prácticamente el congelamiento de la regulación legal de las actividades económicas, en contraposición con el poder regulatorio normal del Estado y el carácter evolutivo de la vida económica. Salvo en los casos en que se realicen promesas o declaraciones específicas por parte del Estado al inversor, este último no podrá depender de un tratado bilateral de inversión como si fuera una especie de póliza de seguro contra el riesgo de que se realicen cambios en el marco económico y jurídico del Estado receptor. Dichas expectativas no serían legítimas ni razonables”. Laudo emitido el 08 de octubre de 2009, caso EDF Services Ltd. c. Rumania (ARB/05/13).

82 UNCTAD, *Fair an equitable treatment* N° 263 (2012): 69.

83 En este laudo arbitral se dijo que: “Sin exigir de un inversor razonable una investigación jurídica extensiva al momento de invertir, si se puede presumir un conocimiento de decisiones importantes de la máxima autoridad judicial sobre el marco regulatorio de la inversión”. Arbitraje CCE V2013/153, Laudo del 12 de junio de 2016.

84 José Alonzo Jiménez Alemán, “La regulación del transporte pública en Lima Metropolitana e INDECOPI: a propósito de una discutible resolución en materia de barreras burocráticas”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 12, Tomo I (2012).

La CEB tomó consciencia que durante años se informó sobre el cambio del modelo de gestión de transporte, motivo por el cual no podía alegarse que gozaban de un derecho con vocación de permanencia (como sí ocurrió en el caso de España, lo cual puede evidenciarse por la política de promoción a la inversión privada en ese sector, así como por las declaraciones particulares de funcionarios del gobierno a los inversores, generando así una expectativa en un determinado accionar por parte de España).

5. Conclusiones

A la luz de lo expuesto podemos concluir lo siguiente:

- (i) El sistema jurídico peruano acoge la teoría de los hechos cumplidos (aplicación inmediata), sin perjuicio de lo cual en materia contractual rige la teoría de los derechos adquiridos (aplicación ultra-activa), salvo en el caso del derecho punitivo (penal y administrativo) donde aplica la retroactividad benigna.
- (ii) Para la correcta aplicación del derecho transitorio es importante reconocer cuándo se constituye una situación o relación jurídica, así como diferenciar estas categorías (situación o relación) de sus efectos. Nos referimos a tres supuestos principalmente: efectos agotados, efectos pendientes (derivados sin haberse cumplido), y los efectos futuros (que ni si quiera se han producido). De lo que se trata es no modificar la realidad ya consumada o los efectos jurídicos agotados.
- (iii) Lo dinámico de algunos sectores exige que la regulación cambie constantemente, principalmente a nivel de regulación administrativa, motivo por el cual los operadores deben realizar constantemente ejercicios interpretativos sobre la aplicación de los cambios a situaciones o relaciones jurídicas previamente constituidas. Uno de los aspectos que nos llamó la atención fueron los cambios en los requisitos de acceso al mercado, durante la tramitación del respectivo procedimiento administrativo. Considerando que el procedimiento administrativo es un vehículo para la formulación de la voluntad de la Administración Pública, su inicio no debe determinar la creación de una situación o relación jurídica, sino únicamente el inicio de un conjunto de actos destinados a generarle una certeza para la declaración de conocimiento.

Otro aspecto resaltante es que los cambios en la norma reflejan el interés público vigente, razón por la cual la Administración se encuentra obligada a adecuar cualquier pedido a las exigencias del bien común, siempre que no haya sido resuelto sobre el fondo. En ese sentido, si la norma aprobada durante la tramitación del procedimiento incrementa requisitos para la obtención del título habilitante, lo correcto es exigir una adecuación de la solicitud del administrado (otorgándole un plazo razonable, considerando lo atípico de la situación). Lo mismo debería aplicarse en sentido contrario, es decir, no deberá exigirse requisitos o condiciones que se hayan eliminado durante la tramitación del procedimiento.

- (iv) En el procedimiento administrativo (como en cualquier proceso) pueden mezclarse normas de naturaleza sustantiva y procesal, por lo cual es imprescindible, antes de realizar cualquier ejercicio interpretativo, entender cuál es el alcance de la norma (incluso en el mismo Código Procesal Civil pueden advertirse normas de naturaleza sustantiva). Como se indicó, las normas procesales tienen su propia lógica que consiste en atribuir efectos ultra-activos a determinados aspectos (considerados sustanciales para el legislador en pro del derecho constitucional a un procedimiento pre-establecido), tales como las reglas de competencias, los recursos impugnatorios interpuestos, los actos procesales que se encuentran en vía de ejecución, y los plazos que hubieran empezado.

La independencia de los actos procesales es otro de los asuntos que deben mirarse con bastante detenimiento, pues este es uno de los fundamentos que permite la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos. Así pues, se ha podido corroborar que las “prórrogas” a las investigaciones preliminares y “prisiones preventivas” en el ámbito penal han podido ser emitidas aplicando reglas distintas de las que inicialmente sirvieron para los pedidos iniciales, pues se consideraron actos procesales independientes. Esto nos enseña a tener un especial cuidado en el análisis de estas categorías, aplicable también en el ámbito administrativo.

- (v) En el principio de retroactividad benigna sugerimos que siempre se identifique el tipo de sanción, a fin de determinar aquella cuyo cumplimiento es inmediato (como las multas o la cancelación de títulos habilitantes), respecto de aquellos cuyo cumplimiento se prolonga en el tiempo (como son las suspensiones, inhabilitaciones y cierres temporales). Solo podrá aplicarse este principio en el segundo caso, pues en el primero la sanción debe ser cumplida desde el día en que es ejecutable, sin importar si más adelante se suspende debido a la interposición de la demanda contencioso-administrativa. Con

esta interpretación se podría eliminar el oportunismo en el uso de los procesos legales en busca de tiempo para esperar un cambio normativo.

- (vi) En materia de inversión privada, el propósito de nuestro análisis es exhortar a que no basta con cumplir la normativa sobre derecho transitorio, pues resulta necesario considerar los criterios que se vienen adoptando en el arbitraje internacional en materia de riesgo regulatorio. En ese sentido, es necesario que la promoción de la inversión privada a cargo del Estado se realice con la responsabilidad que implica asegurar determinada rentabilidad o generar un ambiente de estabilidad jurídica. Las políticas de gobierno también son importantes para definir las expectativas del inversor. No es un requisito indispensable el suscribir un convenio de estabilidad jurídica, pues basta que la actuación del Estado genere dichas expectativas, lo cual ha sido ratificado en los laudos estudiados en el presente trabajo.

Para los inversores, la lección es conocer el riesgo regulatorio del sector, y como consecuencia de ello realizar un análisis sobre el futuro del mercado desde una perspectiva no solo legal, sino (principalmente) desde una óptica técnica y económica. Por este motivo, en muchos países, como España, las principales consultoras vienen prestando el servicio de análisis de riesgo regulatorio, pues resulta un aspecto que debe tomarse en cuenta antes de invertir.

No está de más señalar que el interés por los casos analizados gira en torno de aprehender las experiencias en otras ramas del derecho (como el civil, penal y procesal), a fin de enriquecer los elementos de interpretación en el ámbito del derecho administrativo. En ese sentido, el presente artículo puede ser un inicio para comprender las problemáticas que, en el futuro (si no es ahora mismo), puedan suceder en la práctica.

6. Bibliografía

Areco, Juan Segundo. *La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1948.

Atienza, Manuel. *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

Baca Oneto, Víctor Sebastián. "La retroactividad favorable en el derecho administrativo sancionador". *Themis – Revista de Derecho* N° 69 (2016).

Cárdenas, Carlos. "La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú". En *Contratación contemporánea teoría general y principios*. Lima: Palestra, 2000.

Chávez Gonzales, Ángel Marco. "El principio de la "retroactividad" tributaria en la Constitución Política de 1993". *Derecho & Sociedad* N° 33 (2009).

Diez Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*, volumen I, Cuarta edición, primera reimpresión. Madrid: Tecnos, 1982

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.

Escobar Rozas, Freddy. "Contribución al Estudio de la Relación Jurídica Intersubjetiva". *Themis Revista de Derecho* N° 38 (1998).

Espinoza Espinoza, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984 (análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial)*. Lima: Editorial Grijley, 2011.

Fiore, Pascuale. *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*. Madrid: Editorial Reus, 1927.

Jiménez Alemán, José Alonzo. "La regulación del transporte pública en Lima Metropolitana e INDECOPI: a propósito de una discutible resolución en materia de barreras burocráticas". *Revista de Derecho Administrativo* N° 12, Tomo I (2012).

Laguna De Paz, José Carlos. *La autorización administrativa*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

Lascurain Sánchez, Juan Antonio. *Sobre La Retroactividad Penal Favorable*. Madrid: Thomson Civitas, 2000.

López Menudo, Francisco. *El principio de irretroactividad en las normas jurídico/administrativas*. Sevilla: Ediciones del Instituto García Oviedo - Universidad de Sevilla, 1982.

Nicoló, Rosario. "Las situaciones jurídicas". *Advocatus, Revista de Derecho*, N° 12 (2005): 103-116 (Traducción de Carlos Zamudio Espinal y revisada por Rómulo Morales Hervías).

Roppo, Vincenzo. *Instituzioni di diritto privato*. Cuarta edición. Bolonia: Monduzzi, 2001, pp. 48-67. Traducción de Leysser León realizada en "Derecho de las Relaciones Obligatorias, Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios". Lima: Editorial Jurista Editores, 2007

Rubio Correa, Marcial. *La vigencia y validez de las normas jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Themis, Revista de Derecho N° 51 (2005).

Rubio Correa, Marcial. *Aplicación de la norma jurídica en el Tiempo*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2012.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios del Derecho Administrativo General*, Segunda edición. Madrid: Editorial Iustel, 2009.

UNCTAD, Fair an equitable treatment, (2012).

Zatti, Paolo. "Las Situaciones Jurídicas". *Revista Jurídica del Perú* N° 64, año XX (2005): 357-389 (Traducción de Vladimir Contreras Granda y Gilberto Mendoza del Maestro. Revisión y notas de Rómulo Morales Hervias).