

La prescripción en el procedimiento administrativo sancionador en materia de Libre Competencia a partir de las modificaciones a la **Ley del Procedimiento Administrativo General**(*)

The statute of limitations in the antitrust sanctioning procedure in light of the amendments made to the General Administrative Procedure Act

Juan Chang Tokushima(**)

Baxel Consultores

Mario Drago Alfaro(***)(****)

Baxel Consultores

Resumen: El 21 de diciembre de 2016 fue publicado el Decreto Legislativo No. 1272, norma mediante la cual se modificaron diversas disposiciones de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444 (LPAG). Una de ellas consistió en la modificación del inciso 2 del artículo II del Título Preliminar, la cual tuvo como consecuencia que las condiciones establecidas en la LPAG pasasen de ser supletorias a ser expresamente obligatorias. En particular, cuando se contrapongan a una norma especial que establezca condiciones menos favorables para los administrados. El presente artículo tiene como objetivo determinar cuáles son los efectos de la referida modificación al régimen de prescripción aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores. En específico, si el régimen de prescripción aplicable a los procedimientos de libre competencia se ha visto modificado.

Palabras Clave: Prescripción – LPAG - Libre Competencia - Retroactividad Benigna

(*) Nota del editor: Este artículo fue recibido el 10 de mayo de 2018 y su publicación fue aprobada el 20 de junio de 2018.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Economía, Regulación y Competencia de los Servicios Públicos de la Universidad de Barcelona. Socio de Baxel Consultores. Correo electrónico: jchang@baxel.pe

(***) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Baxel Consultores. Fundador y Director de PsychoLAWgy. Correo electrónico: mdrago@baxel.pe

(****) Los autores agradecen el apoyo brindado por Elody Malpartida Zamora y Eduard Saavedra Valdivia en la preparación de este artículo.

La prescripción en el procedimiento administrativo sancionador en materia de Libre Competencia a partir de las modificaciones a la Ley del Procedimiento Administrativo General
The statute of limitations in the antitrust sanctioning procedure in light of the amendments made to the General Administrative Procedure Act

Abstract: On December 21st 2016 the Legislative Decree No. 1272, a regulation that modified various provisions of the General Administrative Procedure Act, Law No. 27444 (LPAG), was published. One of them consisted in the modification of subsection 2 of Article II of the Preliminary Title, which had as a consequence that the conditions established in the LPAG were no longer supplementary, but mandatory. In particular, when a special rule establishes less favorable conditions for the administered. The purpose of this article is to determine the effects of the aforementioned modification to the statute of limitations applicable to sanctioning administrative procedures. Specifically, if the statute of limitations applicable to antitrust procedures has been modified.

Keywords: Statute of limitations – LPAG – antitrust - benign retroactivity

Sumario: 1. Introducción_2. La prescripción: potestad del Estado y derecho fundamental_3. La prescripción en el derecho administrativo sancionador_4. La modificación al inciso 2 del artículo II del Título Preliminar de la LPAG_5. Los efectos de la modificación de la LPAG a la prescripción en el procedimiento administrativo sancionador_6. El régimen de prescripción aplicable a los procedimientos sancionadores de libre competencia_7. Conclusiones_8. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

En el derecho administrativo sancionador, la figura de la prescripción determina, por el sólo paso del tiempo, la extinción de la responsabilidad en favor del supuesto infractor⁽¹⁾. Es decir, la autoridad administrativa pierde la habilitación legal para imputar y/o sancionar la comisión de una infracción.

Hasta el 21 de diciembre de 2016, los diversos procedimientos sancionadores administrativos podían tener distintos regímenes de prescripción (y con ello, diferentes condiciones para su aplicación). De hecho, lo estipulado en la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, “LPAG”), antes de su modificatoria, fue aplicado supletoriamente con respecto a sus disposiciones contenidas en el capítulo que regula los procedimientos sancionadores (incluyendo las normas en materia de prescripción). Esto, debido a que el artículo 229.2 de la LPAG original, disponía lo siguiente: “En las entidades cuya potestad sancionadora está regulada por leyes especiales, este Capítulo se aplicará con carácter supletorio. La potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal de las entidades se rige por la normativa sobre la materia”.

Así, la LPAG se aplicaba de forma obligatoria solo cuando la norma especial no establecía regulación alguna. Si la norma especial contenía una regulación específica, ésta era preferida, incluso si resultaba menos favorable para el Administrado.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de las modificaciones a la LPAG, introducidas por el Decreto Legislativo No. 1272 del 21 de diciembre de 2016, la manera en que la LPAG es aplicada a los procedimientos

(1) Al respecto, y dentro del ámbito penal, López Barja de Quiroga menciona respecto a esta figura legal que “(...) el paso del tiempo provoca la autoestabilización del sistema sin que sea precisa ninguna actuación para confirmar la vigencia de la norma en el caso concreto. Los efectos del tiempo son hipotéticos y, por lo tanto, se trata de una ficción que en aras a la seguridad jurídica se concreta en plazos concretos en relación con la importancia del delito de que se trate. Se considera que transcurrido dicho plazo el sistema se ha autoestabilizado y la paz jurídica restablecida, dando lugar a la innecesariedad de la pena o, con mayor rotundidad, a la falta de fines a que asociar una pena impuesta una vez transcurrido el tiempo (estimado hipotéticamente) de la prescripción.

Así pues, la prescripción tiene un fundamento jurídico material y, correlativamente, una naturaleza jurídica sustantiva o material. Esta naturaleza no obstaculiza que la prescripción tenga un claro sentido personal. La prescripción del delito es una causal de extinción de la responsabilidad criminal. En efecto, pues, es posible que el delito se encuentre prescrito en relación con una persona, pero no con relación a otra”. (Jacobo López Barja de Quiroga. *Tratado de Derecho Penal*. (Navarra: Civitas, 2010), 1438.



Juan Chang Tokushima y
Mario Drago Alfaro

especiales ha cambiado de manera sustancial. Así, con estas modificaciones se ha establecido, sin lugar a dudas, que las disposiciones de la LPAG prevén *condiciones mínimas* que deben ser respetadas en cualquier procedimiento especial. O dicho de otra manera, las normas que regulen procedimientos especiales (sean reglamentos o incluso normas con rango legal), no pueden establecer condiciones menos favorables para el administrado que las contenidas en la LPAG.

En el ordenamiento jurídico peruano existe una variedad de normas que regulan procedimientos sancionadores *especiales*. Uno de ellos es el Decreto Legislativo No. 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, “la Ley de Competencia”), que contiene el marco regulatorio en materia de derecho *antitrust* en el Perú. Esta norma describe aquellas conductas que son consideradas anticompetitivas, define las reglas que regirán el procedimiento seguido ante el Indecopi por infracción a la legislación *antitrust*, así como el esquema de sanciones y el dictado de medidas correctivas para los administrados, entre otros.

En el marco de un procedimiento sancionador en materia del derecho *antitrust*, la Ley de Competencia ha previsto normativamente la figura de la prescripción. De esta forma, en base a la especialidad del procedimiento, la figura de la prescripción habría sido regulada con condiciones menos favorables para los administrados, en relación con las establecidas en la LPAG.

En ese sentido, el propósito del presente artículo es explicar cómo, en nuestra opinión, debe aplicarse la figura de la prescripción dentro de los procedimientos sancionadores comprendidos bajo la Ley de Competencia, a raíz de las modificaciones introducidas a la LPAG. Este mismo razonamiento puede ser trasladado a cualquier procedimiento administrativo sancionador con regulación especial. Para lograr ello, examinaremos la naturaleza jurídica de la prescripción como institución jurídica, para luego analizar los cambios normativos de la LPAG, y los efectos que ha generado en la figura de la prescripción en los procedimientos especiales, centrándonos en el caso específico del derecho *antitrust*.

2. La prescripción: potestad del Estado y derecho fundamental

La Constitución Política del Perú de 1993 ha previsto la figura jurídica de la prescripción en el inciso 13 de su artículo 139, conforme al cual: “(...) *Son principios y derechos de la función jurisdiccional* (...) La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la *prescripción* producen los efectos de cosa juzgada”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional (en adelante, “el TC”), a nivel jurisprudencial, ha desarrollado el concepto de prescripción y cómo éste debe ser interpretado y aplicado. Así, de manera general, el TC ha indicado que la prescripción debe ser entendida como: “(...) *la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones*. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al *ius puniendi*, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella (...)”⁽²⁾.

De esta forma, a través de la figura de la prescripción se limita el uso del *ius puniendi* del Estado, y se establecen las condiciones y supuestos sobre las cuales éste tendría las facultades de poder investigar la responsabilidad (y sancionarla), en este caso administrativa, ya sea de las personas jurídicas o personas naturales que se encuentren inmersos dentro de la conducta imputada.

(2) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 03711-2011-PHC/TC.

La prescripción en el procedimiento administrativo sancionador en materia de Libre Competencia a partir de las modificaciones a la Ley del Procedimiento Administrativo General
The statute of limitations in the antitrust sanctioning procedure in light of the amendments made to the General Administrative Procedure Act

En esa misma línea, CHANAMÉ ha precisado que la prescripción "(...) es el modo *de adquirir un derecho o librarse de una obligación* por el transcurso del tiempo. *Es la situación en la cual ya no se puede iniciar o continuar un proceso, así como de no poder penalizar a una persona, porque el término del plazo deja sin efecto el derecho de acción*"⁽³⁾.

Cabe precisar que, detrás de la definición anterior se encuentran el principio pro homine y el principio de seguridad jurídica, que también son reconocidos por el ordenamiento jurídico. Así también, el TC lo ha reconocido cuando estableció que: "(...) *mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado*, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con ello, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo. *De este modo desde la Carta Magna, inspirada en el principio pro homine, el Estado auto limita su potestad punitiva en la medida en que, por el paso del tiempo se elimina la incertidumbre jurídica en el caso de la extinción de la acción penal*"⁽⁴⁾.

Una de las áreas del derecho en el que se ha defendido a la prescripción como garantía del principio de seguridad jurídica es en el derecho penal. Al respecto, el TC ha sido bastante claro en señalar que el transcurso del tiempo determina que desaparezca el reproche a la conducta ilegal. De esta manera, a la prescripción se le ha considerado como: "(...) una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada *en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al ius puniendi, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma*. Es decir, que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo"⁽⁵⁾.

De lo mencionado precedentemente, se desprende que el *ius puniendi* no es una potestad absoluta del Estado. Ello, en tanto si bien el Estado tiene plenas facultades para *ejercer* su facultad sancionadora al investigar y sancionar a quien

habría cometido un hecho delictivo, dicha potestad debe ser ejercida dentro de los plazos previstos en el marco legal vigente.

De esta manera, siendo la prescripción una clara limitación al ejercicio del *ius puniendi*, tenemos que la prescripción es, en sí misma, un derecho con relevancia constitucional. Así lo ha reconocido el TC cuando, en el marco de un proceso penal, indicó que "*La prescripción de la acción penal tiene relevancia constitucional, toda vez que se encuentra vinculada con el contenido del derecho al plazo razonable del proceso, el cual forma parte del derecho fundamental al debido proceso*. Es por ello que muchas de las demandas de *habeas corpus* en las que se ha alegado prescripción de la acción penal han merecido pronunciamiento de fondo por parte de este Tribunal"⁽⁶⁾.

En esa misma línea, el TC ha indicado que "(...) la prescripción (mejor aún, el acceso a su declaratoria), en tanto parte integrante del derecho al debido proceso, *puede considerarse prima facie como un derecho fundamental de configuración legal*, pues al legislador le corresponde configurar los presupuestos o elementos (clases, plazos, excepciones, condiciones, etcétera.) que han de cumplirse para que ella opere, así como prefigurar el procedimiento que se deba seguir para ello"⁽⁷⁾.

Dicho de manera más simple, el TC ha reconocido que *existe el derecho a prescribir*.

Si bien es cierto que la naturaleza de ésta figura es la misma en el derecho penal y

(3) Raúl Chanamé, "Capítulo VIII - Poder Judicial (Art. 138 al 149)," en: *La Constitución comentada*, vol. 2, (Lima: Ediciones Legales, 2015), p. 945.

(4) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 092-2005-PHC/TC.

(5) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 02203-2008-PHC/TC.

(6) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 02407-2011-PHC/TC.

(7) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 03708-2013-PA/TC.



Juan Chang Tokushima y
Mario Drago Alfaro

en el derecho administrativo sancionador, los plazos de prescripción en el derecho penal responden a una lógica especial (teniendo en cuenta los bienes jurídicos protegidos). De esta forma, “la prescripción pareciera estar ligada a la gravedad del hecho y, en menor medida, a la responsabilidad del sujeto. Lo primero porque los plazos de prescripción de la acción penal se determinan en función a la gravedad de la pena con que se conmina el delito (artículo 80 del Código Penal), y también porque los delitos de lesa humanidad no prescriben. Lo segundo porque el artículo 81 del Código Penal reduce el plazo de prescripción en una mitad si el agente tenía menos de veintinueve años o más de sesenticinco años al momento de comisión del hecho punible”⁽⁸⁾. La misma lógica no se sigue dentro de los procedimientos administrativos sancionadores, donde el *reproche* es distinto al que existe en el derecho penal.

Teniendo en cuenta lo antes mencionado, podemos determinar que la prescripción tiene una doble dimensión o connotación: por un lado, esta figura jurídica consiste en una limitación a la manifestación de la potestad sancionadora del ente público; por otra lado, también debe ser considerada como un derecho, toda vez que es parte del derecho al debido proceso ya que se encuentra con el derecho a un plazo razonable y al principio de la seguridad jurídica.

3. La prescripción en el derecho administrativo sancionador

Como es bien conocido por la jurisprudencia y la doctrina, varios de los principios aplicables a un proceso penal son extensibles a los procedimientos administrativos sancionadores⁽⁹⁾. Por ello, si nos remitimos a la LPAG encontraremos como principios de la potestad sancionadora administrativa a los principios de legalidad, tipicidad, irretroactividad, entre otros.

Esta *extensión* de los principios del derecho al penal al derecho administrativo sancionador también se evidencia en la regulación de la prescripción para los procedimientos regidos por entidades del Estado.

Es más, desde su modificación, la LPAG ahora plantea una *clara obligación de la Administración de declarar, de oficio, la prescripción*, cuando corresponda. Esto, en contraste con la LPAG original que disponía que la prescripción era, ante todo, una *vía de defensa* que debía ser planteada por el administrado, no existiendo un claro mandato legal para que la Autoridad Administrativa debiera aplicarla de pleno derecho (aunque a nuestro entender, su aplicación debió siempre considerarse como obligatoria por parte de la Administración al implicar la protección de un derecho constitucional).

LPAG original	LPAG vigente
<p>Los administrados plantean la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos, debiendo en caso de estimarla fundada, disponer el inicio de las acciones de responsabilidad para dilucidar las causas de la inacción administrativa.</p> <p>Artículo 233.3 de la LPAG original.</p>	<p>La autoridad declara de oficio la prescripción y da por concluido el procedimiento cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar la existencia de infracciones. Asimismo, los administrados pueden plantear la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos.</p> <p>En caso se declare la prescripción, la autoridad podrá iniciar las acciones necesarias para determinar las causas y responsabilidades de la inacción administrativa, solo cuando se advierta que se hayan producido situaciones de negligencia.</p> <p>Artículo 250 de la LPAG vigente, con Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo No. 006-2017-JUS (en adelante, “TUO de la LPAG”).</p>

En ese sentido, encontramos que, a nivel del derecho administrativo sancionador, la

(8) Ivan Meini, “Sobre la prescripción de la acción penal,” *Foro Jurídico* 9. (2009): 70-81.

(9) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 00156-2012-PHC/TC.

La prescripción en el procedimiento administrativo sancionador en materia de Libre Competencia a partir de las modificaciones a la Ley del Procedimiento Administrativo General
The statute of limitations in the antitrust sanctioning procedure in light of the amendments made to the General Administrative Procedure Act

prescripción también tiene una doble dimensión: como límite a la potestad sancionadora de la administración (quien debe aplicar la prescripción de pleno derecho) y como derecho del administrado (en tanto se encuentra intrínseca la protección al debido procedimiento).

4. La modificación al inciso 2 del artículo II del Título Preliminar de la LPAG

Tal y como hemos indicado, el 21 de diciembre de 2016 fue publicado el Decreto Legislativo No. 1272, norma mediante la cual se modificaron diversas disposiciones de la LPAG. Entre ellas, el inciso 2 del artículo II del Título Preliminar de la LPAG original.

Con anterioridad a la publicación del Decreto Legislativo No. 1272, el inciso 2 del artículo II del Título Preliminar indicaba lo siguiente: “Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, *se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto*”. Es decir, debido al texto original de la LPAG, las Autoridades Administrativas consideraban que las condiciones establecidas en dicha norma eran de aplicación supletoria a las disposiciones que regulaban los procedimientos especiales. Esto, incluso pese a que, mediante el Decreto Legislativo No. 1029 del año 2008, el artículo 229.2 de la LPAG fue modificado estableciéndose expresamente que “Los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este capítulo (que regula los procedimientos sancionadores)”. En nuestra opinión, esta situación de confusión (e inaplicación del criterio de protección mínima que debía regir desde el año 2008 con la modificación del artículo 229.2, al menos en lo que respecta a los procedimientos sancionadores) se habría debido a que el referido Decreto Legislativo No. 1029 mantuvo el texto original del inciso 2 del artículo II del Título Preliminar, conforme al cual “los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto”.

Sin embargo, una vez que el Decreto Legislativo No. 1272 entró en vigencia, el texto del inciso 2 del artículo II del Título

Preliminar de la LPAG fue modificado de tal forma que hoy contiene el siguiente texto: “Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales *no podrán imponer condiciones menos favorables* a los administrados que las previstas en la presente Ley”.

De esta forma, la modificación a esta norma, contenida además dentro del Título Preliminar de la LPAG (y, por tanto, transversal a todo su contenido), cierra cualquier duda sobre que las condiciones establecidas en la LPAG *no pueden ser consideradas simples reglas supletorias*. Ello significa que, actualmente, la LPAG se convierte en más que una norma que llena los *vacíos* de los procedimientos especiales, para pasar a ser la garantía mínima del debido procedimiento para el administrado.

Ahora la Administración debe aplicar lo dispuesto en la LPAG antes que lo contemplado en las leyes especiales, salvo, claro está, que la norma especial contenga condiciones más favorables para el administrado. Es decir, esta disposición que ya se encontraba en el artículo 229.2 de la LPAG (modificado por el Decreto Legislativo No. 1029): (i) pasó a ser reconocida como norma imperativa para cualquier tipo procedimiento y ya no solo a los procedimientos sancionadores (al encontrarse en el Título Preliminar); y, (ii) esclareció su obligatoriedad al eliminar el conflicto existente entre la propia redacción original del inciso 2 del artículo II y el texto del artículo 229.2 modificado por el Decreto Legislativo No. 1029.

La aplicación preferente (y mandatoria) de la LPAG por sobre cualquier norma especial (incluyendo las que tengan rango de ley), en la medida que sea más beneficiosa para el Administrado se desprende muy claramente de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo No. 1272. En dicho documento se indicó lo siguiente:



Juan Chang Tokushima y Mario Drago Alfaro

“Precisiones en lo referido al contenido de la LPAG (artículo II del Título Preliminar)

Cabe anotar que con las modificaciones efectuadas en lo referido al ámbito de aplicación de la LPAG se busca, tomando en cuenta las experiencias vividas en nuestro país en estos últimos años, disponer que esta norma contenga disposiciones comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y regule todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales. Asimismo, *se tiene como finalidad que las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no impongan condiciones menos favorables a los administrados que aquellos regulados en la LPAG.*

No tomar en cuenta lo anterior implicaría ir en contra de la vocación unificadora de la LPAG, aspecto que, por cierto, es uno de sus objetivos centrales, y todo lo que ello involucra, esto es, asegurar la existencia de un parámetro de unidad como criterio rector de los procedimientos administrativos y la actuación estatal, circunscribir la existencia de procedimientos administrativos especiales a las situaciones que lo justifiquen y establecer un núcleo de aplicación general para todos los procedimientos”⁽¹⁰⁾.

¿Por qué la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo No. 1272 hace énfasis en la *vocación unificadora* que tiene la LPAG? Como ya hemos explicado en la parte introductoria de este documento, las Autoridades Administrativas se fueron amparando en sus propias normas especiales para justificar la aplicación de distintos estándares de derechos y regulaciones ante cada una de ellas. La nueva LPAG busca eliminar estos diferentes estándares, para establecer en una norma con rango legal una protección mínima a los Administrados. Así y como refiere MORÓN: “Desde la vigencia de la Ley N° 27444, con el objeto de excluirse de muchas de sus disposiciones, las entidades emplearon una fórmula de evasión a partir de ampararse en la especialidad de sus procedimientos. De ese modo, afirmando su especialidad, se

diferenciaban de la norma general y se permitían mantener o introducir normas diferentes aun por vía reglamentaria interna. Así, *plazos, recursos, formas de notificación, modalidades de eficacia, exigencias, requisitos, plazos, entre otros, adoptaban reglas distintas a las generales, simplemente afirmando su “especialidad”, vaciando de contenido a la LPAG”⁽¹¹⁾.*

De esta manera, y según el referido autor, a partir de las modificaciones introducidas a la LPAG queda claro que “Estamos frente a algunos límites explícitos e implícitos que la LPAG impone a la capacidad de diferenciación que la reglamentación puede dar a los procedimientos especiales. Tales son los siguientes: (...) *Los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento. Entendiendo a los derechos y deberes de las autoridades administrativas, de los administrados, y demás partícipes en el procedimiento”⁽¹²⁾.*

Al respecto, sobre esta modificación en específico, MORÓN aclara lo siguiente: “(Se han impuesto) tres condiciones para la regulación de cualquier procedimiento sancionador especial: i) No pueden apartarse de todos los principios de la potestad sancionadora administrativa (art. 246 del T.U.O. de la LPAG); ii) *No pueden apartarse de la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador (arts. 247 a 255 del T.U.O. de la LPAG), y, iii) que los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo”⁽¹³⁾.*

En ese sentido, es claro que el objetivo de la referida modificación era que la LPAG sea

(10) Página 3, acápite I.1.2 de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo No. 1272. Véase URL: http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n_de_motivos_dl_1272.pdf (visitado por última vez el 11 de julio de 2018).

(11) Juan Carlos Morón, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. (Lima: Gaceta Jurídica, 2017), p. 49.

(12) Juan Carlos Morón. *Op. Cit.* p. 63.

(13) Juan Carlos Morón. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (Lima: Gaceta Jurídica, 2017), p. 384.

La prescripción en el procedimiento administrativo sancionador en materia de Libre Competencia a partir de las modificaciones a la Ley del Procedimiento Administrativo General
The statute of limitations in the antitrust sanctioning procedure in light of the amendments made to the General Administrative Procedure Act

considerada como una norma que contenga las *condiciones mínimas* para el administrado, las cuales deben ser respetadas por las normas que regulen los procedimientos especiales. Estas incluyen a las reglas aplicables a la prescripción, contenidas en el artículo 250 del TUO de la LPAG, tal y como veremos a continuación.

5. Los efectos de la modificación de la LPAG a la prescripción en el procedimiento administrativo sancionador

Debemos precisar que, el Decreto Legislativo No. 1272 no realizó modificaciones a los artículos de la LPAG que contienen las disposiciones sobre el régimen de prescripción aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores. Es por este motivo que, a la fecha, el artículo 250 del TUO de la LPAG establece las siguientes condiciones (que deben ser consideradas como protección mínima) en el marco de la institución de la prescripción.

- a) *Sobre el plazo de prescripción*; el artículo 250 indica que "(...) La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales (...). En caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad *prescribirá a los cuatro (4) años*".
- b) *Sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción*; el cómputo del plazo de prescripción "(...) comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido en el caso de las infracciones instantáneas o infracciones instantáneas de efectos permanentes, desde el día que se realizó la última acción constitutiva de la infracción en el caso de infracciones continuadas, o desde el día en que la acción cesó en el caso de las infracciones permanentes".
- c) *Sobre la suspensión del cómputo del plazo de prescripción*; de acuerdo al artículo 250 de la LPAG, "(...) El cómputo del plazo de prescripción sólo se suspende con la iniciación del procedimiento sancionador a través de *la notificación al administrado de los hechos constitutivos de infracción que les sean imputados a título de cargo*, de acuerdo a lo establecido en el artículo 253, inciso 3 de esta Ley".

Cabe recalcar que el texto del artículo al cual se hace referencia dice lo siguiente: "Decidida la iniciación del

procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3 del artículo precedente (...)". Dichos datos, de acuerdo al artículo 252 del TUO de la LPAG son "(...) los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia".

- d) *Sobre la reanudación del cómputo del plazo de prescripción*; dicha reanudación deberá llevarse a cabo de manera inmediata "(...) si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de *veinticinco (25) días hábiles*, por causa no imputable al administrado".

A pesar de no haber sido modificado mediante el Decreto Legislativo No. 1272, la regulación contenida en el artículo 250 de la LPAG debe leerse y aplicarse en conjunto con las modificaciones introducidas al inciso 2 del artículo II del Título Preliminar del TUO de la LPAG. Afirmamos ello puesto que, tal y como lo mencionamos en el acápite anterior, dicha modificación tuvo como consecuencia que las condiciones establecidas en la LPAG, ahora, establezcan, sin lugar a dudas, las *condiciones mínimas* de derechos que deben ser otorgados al Administrado.

Teniendo en cuenta lo ya explicado en párrafos previos, tenemos que el plazo de prescripción previsto en el artículo 250 del TUO de la LPAG, en la medida que debe ser considerado como un estándar mínimo al derecho a prescribir del Administrado, será siempre aplicable, salvo que exista una norma que establezca, por ejemplo, un plazo de prescripción más beneficioso para el Administrado (un plazo menor a cuatro años). Es decir, el artículo



Juan Chang Tokushima y
Mario Drago Alfaro

250 del TUO de la LPAG no deja de ser supletorio cuando no existe norma expresa que rija procedimientos especiales sino que, a su vez, resulta mandatorio siempre que la norma especial contenga disposiciones menos beneficiosas para el Administrado (como lo sería un plazo de prescripción mayor a cuatro años).

Ciertamente, si bien hubiera sido deseable que el Decreto Legislativo No. 1272 hubiese introducido una modificación expresa al texto del artículo 250 del TUO de la LPAG para ajustarlo al mandato del nuevo inciso 2 del artículo II del Título Preliminar. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, bajo dicha premisa, el Decreto Legislativo No. 1272 hubiera tenido que hacer modificaciones mucho más profundas (en cantidad) a la LPAG; cuestión desproporcionada si tenemos en cuenta la claridad del nuevo texto del inciso 2 del artículo II del Título Preliminar y su Exposición de Motivos.

En este sentido, en nuestra opinión, la modificación a una disposición contenida en el Título Preliminar de la LPAG, lo que determina es que el resto de esta ley se ajuste a los principios introducidos en ella. De esta manera, una interpretación sistemática de la norma lo que nos lleva a defender es, precisamente, la lectura del artículo 250 que hemos explicado en un inicio. Esto es, que el plazo de prescripción de cuatro años contenido en el TUO de la LPAG será supletorio, en la medida que no exista norma sectorial o especial que establezca un plazo de prescripción. Sin embargo, dicho plazo de prescripción de cuatro (4) años será mandatorio cuando, existiendo una norma sectorial o especial, ésta fije un plazo de prescripción menos beneficioso para el Administrado. Esta misma lógica debe ser aplicada para la demás regulación contenida en la LPAG de la cual sea posible derivar derechos (como lo es el derecho de prescripción contenido en el artículo 250).

Por lo antes mencionado, bajo el texto vigente de la LPAG, ahora se establecen las condiciones mínimas que deben estar reguladas al régimen de prescripción en todo procedimiento administrativo sancionador, que son: (i) *la duración del plazo de prescripción es de máximo 4 años*; (ii) se ha establecido las disposiciones para establecer el inicio del cómputo de la prescripción de acuerdo a la clase de infracción; (iii) la suspensión de la prescripción se suspende con la notificación de la resolución que da inicio el procedimiento; (iv) el cómputo del plazo se reanuda en el caso el procedimiento se paralizase por más de veinticinco (25) días hábiles.

6. El régimen de prescripción aplicable a los procedimientos sancionadores de libre competencia

Un ejemplo de cómo se daría la aplicación del régimen de prescripción contenido en la LPAG en un procedimiento especial, lo encontramos si analizamos la regulación de las condiciones de la prescripción que se han establecido en la Ley de Competencia y la LPAG.

La Ley de Competencia establece, en su artículo 42, el régimen de prescripción aplicable a los procedimientos de administrativos sancionadores en materia de libre competencia, de la siguiente forma:

“Las infracciones a la presente Ley prescribirán a los cinco (5) años de realizado el último acto de ejecución de la conducta infractora. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Secretaría Técnica relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del presunto responsable. El cómputo del plazo se volverá a iniciar si el procedimiento permaneciera paralizado durante más de noventa (90) días hábiles por causa no imputable al investigado”.

Para determinar cuál de las dos normas (si el artículo 250 del TUO de la LPAG o el 42 de la Ley de Competencia) o, en realidad, los dos estándares, es aplicable a los procedimientos de libre competencia es necesario determinar cuál resulta más favorable para el administrado. En primer lugar, encontramos que la LPAG contempla un plazo de prescripción menor al contenido en la Ley de Competencia, toda vez que establece un máximo de cuatro años en lugar de cinco años previstos en la Ley especial.

Pero, además, encontramos que la LPAG establece una *suspensión* al cómputo del

La prescripción en el procedimiento administrativo sancionador en materia de Libre Competencia a partir de las modificaciones a la Ley del Procedimiento Administrativo General
The statute of limitations in the antitrust sanctioning procedure in light of the amendments made to the General Administrative Procedure Act

plazo de prescripción (que luego puede ser reanudado), en lugar de la *interrupción* de dicho plazo como lo establece la Ley de Competencia. Ello también resulta ser una condición mucho más favorable para el Administrado. Bajo la LPAG, el Administrado no pierde el plazo de prescripción transcurrido, el cual es reanudado a los veinticinco días hábiles de encontrarse paralizado, en lugar de un reinicio del cómputo (es decir, comenzar el cómputo del plazo de prescripción desde cero) a los noventa días de paralización. Ambos supuestos, claro está, por causa no imputable al administrado.

Asimismo, la LPAG establece que la referida *suspensión* únicamente se dará con la notificación de la resolución de imputación. En ella, según lo dispuesto en la norma, deberá contener "(...) los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia". Es decir, lo que la LPAG busca es que el administrado tenga completo conocimiento de lo que se le imputa, del porqué de la imputación y de las consecuencias que podría sufrir de demostrarse una infracción.

Esta situación de *completo conocimiento* de la imputación no se daba bajo la Ley de Competencia. De hecho, tal y como lo indica su artículo 42, la interrupción (no suspensión) se da con cualquier acto de la Secretaría Técnica en el marco de la investigación. La amplitud con la que ha sido redactado dicho artículo resulta sumamente peligrosa, toda vez que bajo una lectura simplista (e incorrecta) de la Ley de Competencia, la interrupción del plazo de prescripción se daría cuando ni siquiera existe un procedimiento sancionador iniciado (como, por ejemplo, durante las investigaciones preliminares) o, incluso peor, cuando no existe indicio alguno de la infracción, pero se realiza cualquier acto dentro de una investigación preliminar (como un requerimiento genérico de información). Una interpretación de este tipo, que a nuestro entender es incorrecta, incentivaría un uso irrestricto (y abusivo) de las investigaciones preliminares a *ciegas*.

De hecho, con anterioridad a la modificación de la LPAG, diversos autores habían reconocido que los actos emitidos por la Administración de manera previa al inicio del procedimiento no interrumpen el plazo de prescripción. MORÓN, por ejemplo, al comentar la LPAG de manera previa a su modificación, indicaba que "No tienen efecto suspensivo, ningún acto de la administración inspectiva (requerimientos de información, levantamiento de actas sobre declaraciones, investigaciones reservadas, etcétera)".⁽¹⁴⁾

Para afirmar lo anterior, MORÓN se sustenta en comentarios de especialistas en la materia como SANTA MARÍA PASTOR y PAREJO ALFONSO, quienes señalan: "En este sentido, el Tribunal Supremo afirma primero que *no interrumpen la prescripción, ni las diligencias previas ni la información reservada* (...) No se computa, sin embargo, bajo ningún concepto, el plazo que algunas normas conceden al denunciado para formular descargos antes de instruirse el procedimiento, ni tampoco, en general, las exigencias de orden interno pueden ser de excusa"⁽¹⁵⁾.

Al mismo tiempo, AGUADO I CUDOLA, señala que "(...) debe rechazarse con toda contundencia el efecto interruptivo de aquellas actuaciones que no añadan nada a la situación jurídica objeto de eventual conocimiento (...) "⁽¹⁶⁾, por lo que quedarán "(...) *excluidas aquellas actuaciones previas que tiene por finalidad decidir si hay motivos suficientes para abrir el correspondiente expediente* (...) "⁽¹⁷⁾.

En todo caso, tal y como se evidencia en el análisis anterior de ambas normas, es claro

- (14) Juan Carlos Morón. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (Lima: Gaceta Jurídica, 2015), p. 800.
(15) Juan Alfonso Santamaría y Luciano Parejo citados por Morón, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (Lima: Gaceta Jurídica, 2015), p. 800.
(16) Luciano Aguado citado por Morón, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (Lima: Gaceta Jurídica, 2015), p. 801.
(17) *Ibidem*.



Juan Chang Tokushima y Mario Drago Alfaro

que la LPAG, bajo su nuevo texto, establece condiciones más favorables para el Administrado que la Ley de Competencia. Por tanto, en aplicación de lo recogido en el inciso 2 del artículo II del Título Preliminar del TUO de la LPAG, la aplicación de la prescripción en el marco de los procedimientos de libre competencia debe regirse, a partir del 22 de diciembre de 2016, por lo establecido en el artículo 250 del TUO de la LPAG, en lugar de lo contemplado en el artículo 42 de la Ley de Competencia.

De manera acertada, otras autoridades han adecuado oportunamente sus normas especiales al TUO de la LPAG, reduciendo el plazo de prescripción de cinco a cuatro años. Por ejemplo, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) ha publicado en julio de 2018, un nuevo Reglamento de Infracciones y Sanciones que señala lo siguiente en comparación con su versión anterior:

Resolución SBS N° 816-2005	Resolución SBS N° 2755-2018
<p>Artículo 18.- Prescripción</p> <p>La facultad para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe a los cinco (5) años computados a partir de la fecha en que se cometió la infracción o desde que cesó si fuera una acción continuada. Dicho plazo se interrumpe con la iniciación del procedimiento sancionador.</p>	<p>Artículo 9. Prescripción</p> <p>9.1 La facultad de la Superintendencia para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe a los cuatro (4) años, computados conforme a lo previsto en el artículo 250 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General.</p> <p>9.2 El cómputo del plazo de prescripción comienza a partir del día en que la infracción se hubiera cometido en el caso de las infracciones instantáneas o infracciones instantáneas de efectos permanentes; desde el día que se realizó la última acción constitutiva de la infracción en el caso de infracciones continuadas, o desde el día en que la acción cesó en el caso de las infracciones permanentes.</p>
	<p>9.3 El plazo de prescripción se suspende con el inicio del procedimiento sancionador, a través de la notificación de los hechos que sean imputados como infracción. El cómputo del plazo de prescripción se reanuda inmediatamente si el trámite del procedimiento sancionador se mantiene paralizado por más de veinticinco (25) días por causa no imputable al presunto infractor. La paralización del procedimiento se produce cuando no se realizan las actuaciones internas exigidas para la continuación del procedimiento.</p> <p>9.4 La Superintendencia declara de oficio la prescripción y da por concluido el procedimiento cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar la existencia de infracciones. Asimismo, los administrados pueden plantear la prescripción por vía de defensa y el órgano competente debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos.</p>

En sus considerandos, el nuevo Reglamento de la SBS justifica este cambio de la siguiente manera: “*resulta necesario*

aprobar un nuevo reglamento acorde con las disposiciones normativas vigentes, así como realizar precisiones que permitan a la Superintendencia contar con mecanismos efectivos para un mejor ejercicio de su potestad sancionadora”.

Desde nuestro punto de vista, la posición de la SBS deberá ser adoptada también por la autoridad de competencia, a fin de evitar la ilegalidad de sus decisiones por contradecir el TUO de la LPAG y violar los derechos de los administrados.

Ahora bien, ¿qué ocurre con los procedimientos en trámite? Al respecto, la aplicación de normas más favorables supone una excepción al principio de irretroactividad de las normas. De hecho, el propio TC ha corroborado la validez de aplicar normas de manera retroactiva, cuando constituyen un beneficio para el investigado: “El principio de retroactividad benigna, entonces, propugna la *aplicación de una norma penal posterior a la comisión del hecho delictivo, a condición de que dicha norma contenga disposiciones más favorables al actor*”⁽¹⁸⁾.

Esta regla es (y debe ser) aplicable dentro de los procedimientos administrativos. Y es que, en efecto, la retroactividad benigna también se encuentra contemplada en la LPAG. Así, el artículo 230 del TUO de la LPAG se indica que:

“(…) Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción,

(18) Sentencia recaída en el Expediente No. 3729-2009-PHC/TC.

La prescripción en el procedimiento administrativo sancionador en materia de Libre Competencia a partir de las modificaciones a la Ley del Procedimiento Administrativo General
The statute of limitations in the antitrust sanctioning procedure in light of the amendments made to the General Administrative Procedure Act

incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición”.

Esto también lo reconoce y explica Morón⁽¹⁹⁾ cuando dice, al comentar la LPAG en su texto vigente, que: “*Si la norma posterior contempla una sanción más benigna, establece plazos inferiores de prescripción, deroga el carácter ilícito de la conducta, si modifica los elementos del tipo de modo que no aplique a los hechos incurridos, o si establece plazos inferiores de prescripción (sic) será de aplicación al caso concreto la norma posterior de manera retroactiva.* En todo caso, para adoptar la decisión la autoridad debe plantearse hipotéticamente la decisión sancionadora que adoptaría con uno y otro marco legal y decidirse por la que en definitiva y de manera integral arroje los resultados más convenientes o beneficiosos para el infractor”.

En este caso, es evidente que la LPAG no fue modificada en el plazo de prescripción, que es de cuatro (4) años. Lo que ha sido materia de modificación ha sido la naturaleza misma de su aplicación. Este plazo de cuatro años pasó de ser supletorio, a ser mandatorio cuando la norma especial establezca un plazo mayor.

Por tanto, con el Decreto Legislativo No. 1272 y la configuración de un supuesto de retroactividad benigna, la Administración se ve obligada a aplicar las condiciones que establece el artículo 250 del TUO de la LPAG a los procedimientos que se inicien o que se encuentren en trámite, en cuanto sean más beneficiosos para el Administrado. Los procedimientos en materia de libre competencia no son la excepción.

7. Conclusión

Teniendo en cuenta lo anteriormente analizado, puede concluirse que, tras la modificación de la LPAG, sus disposiciones

son de aplicación obligatoria cuando las normas especiales establezcan condiciones menos favorables para el administrado (como, por ejemplo, las condiciones para la configuración de un supuesto de prescripción). En este sentido, en los procedimientos de libre competencia deberá aplicarse el régimen de prescripción contenido en el artículo 250 del TUO de la LPAG, en lugar del contemplado en la Ley de Competencia debido a que ésta última ley establece disposiciones menos favorables a las reconocidas por la LPAG. Al mismo tiempo, la aplicación de la LPAG por sobre las normas especiales no solo debe ocurrir para los procedimientos iniciados con posterioridad a la publicación del Decreto Legislativo No. 1272, sino también para los procedimientos que se encontraban en trámite al momento en el que dicha norma entro en vigencia. Ello, toda vez que se ha configurado un supuesto de retroactividad benigna.

8. Referencias Bibliográficas

Chanamé Orbe, Raúl. Título IV: Capítulo VIII – Poder Judicial (Artículos 138 al 149). En *La Constitución Comentada, Vol. II*. Lima: Ediciones Legales.

López Barja de Quiroga, Jacobo. 2010. *Tratado de Derecho Penal*. Navarra: Civitas.

Meini, Iván. 2009. Sobre la prescripción de la acción penal. *Foro Jurídico* 9: 70-81.

Morón, Juan Carlos. 2017. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 12ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.


Tribunal Constitucional. 2008. Sentencia recaída en el Expediente No. 02203-2008 PHC/TC.

_____. 2008. Sentencia recaída en el Expediente No. 02203-2008-PHC/TC.

_____. 2009. Sentencia recaída en el Expediente No. 3729-2009-PHC/TC.

_____. 2011. Sentencia recaída en el Expediente No. 03711-2011- PHC/TC.

_____. 2012. Sentencia recaída en el Expediente No. 00156-2012-PHC/TC.

_____. 2013. Sentencia recaída en el Expediente No. 03708-2013-PA/TC. 

(19) Morón, J. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Undécima edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2015. p. 778.